

ISSN -1517-509X

# **Diké**

Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC  
XVI – Semestral – 2017.1





UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

## **Diké**

REVISTA JURÍDICA DO CURSO DE DIREITO DA UESC  
XVI – SEMESTRAL – 2017.1

RODOVIA ILHÉUS – ITABUNA, KM 16  
ILHÉUS - BA

Direitos desta edição reservados à  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCIJUR  
Universidade Estadual de Santa Cruz  
Rodovia Ilhéus/Itabuna, km 16 - 45662-000 Ilhéus, Bahia, Brasil  
Tel.: (73) 3680-5028 - Fax: (73) 3689-1126  
<http://www.uesc.br/editora> e-mail: [editus@uesc.br](mailto:editus@uesc.br)

GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA  
RUI COSTA - GOVERNADOR

SECRETARIA DE EDUCAÇÃO  
WALTER PINHEIRO - SECRETÁRIO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ  
ADÉLIA MARIA CARVALHO DE MELO PINHEIRO - REITORA  
EVANDRO SENA FREIRE - VICE-REITOR

DIRETORA DA EDITUS  
Rita Virginia Alves Santos Argollo

PROJETO GRÁFICO E CAPA  
GEORGE PELLEGRINI E CRISTIANO MAIA

DIAGRAMAÇÃO  
LÁRIA FARIAS BATISTA DOS SANTOS

ILUSTRAÇÕES DA CAPA  
DETALHE DO PATERNON, NA GRECIA. FOTOGRAFIA: THERMOS.  
E A DEUSA GREGA DIKÉ, QUE PERSONIFICA A JUSTIÇA.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

D575

Diké - Revista Jurídica do curso de Direito da UESC/Universidade Estadual de Santa Cruz, Departamento de Ciências Jurídicas. Ilhéus: UESC, 2017  
301p.  
Semestral.

I. Direito - Periódicos. I. Universidade Estadual de Santa Cruz.  
Departamento de Ciências Jurídicas.

ISSN - 1517-509X

CDD340.05

---

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCIJUR

DIRETOR

VALDIR FARIAS MESQUITA

VICE - DIRETORA

GISELLE BOAVENTURA BARROS SOUTO

COORDENADOR DO COLEGIADO DO CURSO DE DIREITO

GUILHARDES DE JESUS JÚNIOR

VICE - COORDENADOR

LAURÍCIO ALVES CARVALHO PEDROSA

Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC

CONSELHO EDITORIAL

ADRIANO MARTELETO GODINHO

ALEXANDRE BERNARDINO COSTA

ANTÔNIO CARLOS WOLKMER

CARLOS VALDER NASCIMENTO

DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR

GILMAR FERREIRA MENDES

GEORGE SARMENTO LINS JÚNIOR

WALBER DE MOURA AGRA

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

COORDENAÇÃO EDITORIAL

GUILHARDES DE JESUS

LUANA ROSÁRIO

REVISÃO

LÍLIAN DE BRITO SANTOS

NATÁLIA MARIA REIS OLIVEIRA FURTADO

## CORPO DE PARECERISTAS

Ana Lia de Almeida – Universidade Federal da Paraíba - UFPB  
Ana Thereza Meirelles – Universidade do Estado da Bahia – UNEB  
André Luiz de Araujo Oliveira – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia - UFRB  
Carina Gouvêa – Universidade Estácio de Sá /UNESA/RJ  
Cesar Peghini – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU  
Cláudia Albagli – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Daniela Portugal – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Dimitri Sales – Universidade Paulista – UNIP  
Fábio Periandro – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Fernanda Ravazzano – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Gladstone Leonel da Silva Júnior – Universidade Católica de Brasília – UCB/DF  
Glauber de Lucena Cordeiro – Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN  
Henrique Garbellini Carnio – Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP  
Laurício Pedrosa – Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC  
Lígia Melo de Casimiro – Faculdade Paraíso de Juazeiro do Norte, Ceará  
Luciana Santos Silva - Universidade Estadual do Oeste da Bahia – UESB  
Luizella Giardino Barbosa Branco – Universidade Salvador – UNIFACS  
Marcelo Pereira Santos – Universidade Estácio de Sá – UNESA/RJ  
Maria Eunice Borja – Universidade Jorge Amado – UNIJORGE  
Pedro Pontes de Azevedo – Universidade Federal da Paraíba – UFPB  
Tagore Trajano de Almeida Silva – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Thais Bandeira – Universidade Federal da Bahia – UFBA  
Valdirene Daufemback - Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça  
Wagner Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC

NOTA: A REVISÃO DOS ARTIGOS É DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DOS AUTORES

# SUMÁRIO

EDIDORIAL..... 9

CIÊNCIA DO DIREITO E DEMOCRACIA: DIGNIDADE ÉTICA E POLÍTICA

ALEXANDRE COSTA..... 13

OS DIREITOS HUMANOS EM ROBERTO MANGABEIRA UNGER

PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR..... 41

PLANO DIRETOR E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM DEBATE A PARTIR DO  
CASO DE SALVADOR/BA

CLÁUDIO OLIVEIRA DE CARVALHO

RAONI ANDRADE RODRIGUES..... 73

RACIONALIDADE ECONÔMICA, ESCOLHAS TRÁGICAS E O CUSTO DOS DI-  
REITOS NO ACESSO À SAÚDE

OSMIR GLOBEKNER..... 120

AS MULHERES NO LEGISLATIVO DA REGIÃO LITORAL SUL A PARTIR DA LEI  
DE COTAS POR GÊNERO EM CANDIDATURAS

BIANCA LEITE

SASKYA LOPES..... 150

O PLURALISMO JURÍDICO COMO FORMA ALTERNATIVA DE GARANTIA SO-  
CIAL DE ACESSO À JUSTIÇA NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS DE TERRA  
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RUY MEDEIROS

ANA PAULA SOTERO

NADINE AMORIM..... 194

CIDADANIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS: BREVE ANÁLISE DA MOROSIDADE PROCESSUAL DO INSTITUTO DA ADOÇÃO COM ÊNFASE NA COMARCA DE JOINVILLE/SC

JESSIKA MURAKAMI

MÔNICA LIEDKE..... 231

OS ENTRAVES DO ACESSO À JUSTIÇA NA ASSESSORIA JURÍDICA DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013 NO RIO DE JANEIRO

LUIZ OTÁVIO RIBAS

GÉSSICA OLIVEIRA

ALINE HAMDAN ..... 268

## EDITORIAL

**O**s antigos sabiam que o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte. Não por acaso, para os romanos, Direito era a arte do bom e do justo e, para os gregos, enquanto arte, o *jus* estava relacionado com a virtude. Na dogmática, se a técnica se aparta da virtude, o Direito carece de fundamentação e sentido, para se converter em mero exercício de poder. Esse é o desafio que o mito de Diké nos traz. Filha da Titã Têmis, essa, o aspecto mais primevo da justiça, enquanto princípio que rege o mundo, Diké, oriunda desse princípio, é a deusa grega que enuncia os julgamentos. Diké, sustentando uma espada na mão direita e na mão esquerda uma balança de pratos, cujo fiel só se equilibra no momento do pronunciamento da justiça, remete à uma acepção de justiça como igualdade. Minha representação mítica preferida, confesso. Daí a felicidade ao receber o convite para fazer a reestruturação editorial da Revista Diké, que chega agora em vossas mãos, leitora ou leitor.

Trata-se de uma Revista que possui história, com importância para gerações de discentes e docentes do Curso de Direito desta Universidade e Região. Mas, novos desafios se colocam. Aceito o convite, estava lançado um desafio quase titânico. Resolvemos, em homenagem à tradição, tarefa ainda mais prazerosa por se tratar do nome Diké, manter o nome da Revista e a sequência dos números e volumes das edições. Mas, diante da necessidade de atendimento às normas de produção científica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal

de Nível Superior – CAPES – para periódicos científicos da área de Direito, resolvemos, com o projeto de Reestruturação Editorial, compor novos Conselho Editorial, Corpo de Pareceristas, Linha Editorial e Política de Submissão e Avaliação às Cegas, lançando mão do Sistema de Editoração Eletrônica, a plataforma SER.

Nosso objetivo é trazer ao público de pesquisadores, estudantes e leitoras e leitores, uma Revista crítica, problematizadora, de profundidade teórica, abordagens empíricas, que valorize a indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão e que estabeleça interfaces interdisciplinares e plurais.

Alexandre Bernardino Costa, membro do Conselho Editorial, em contribuição especial para a Dikê, defende que na sociedade contemporânea, pós-tradicional e hipercomplexa, a busca da justiça social visa a recuperar a dignidade política do Direito e a teoria reflexiva do Direito insere a democracia como elemento fundamental das decisões jurídicas;

Pedro Lino de Carvalho Júnior abordará a visão ungeriana dos direitos humanos e problematiza em que medida estes poderiam se constituir em um entrincheiramento de posições políticas, a ponto de criar embaraços a seu projeto de construção de uma democracia radical;

Cláudio Oliveira de Carvalho e Raoni Andrade Rodrigues irão questionar a participação popular, os aspectos jurídicos, políticos e tecnocráticos que têm permeado a construção de um novo plano diretor para a cidade de Salvador;

Osmir Antonio Globekner trata da questão da racionalidade econômica na alocação dos recursos sociais escassos em saúde, partindo da discussão sobre o tema das escolhas trágicas;

Bianca Muniz Leite e Saskya Miranda Lopes refletem sobre a relação da mulher com a política, a partir de um recorte espacial da região Litoral Sul dos territórios de identidade da Bahia e do histórico de firmamento da Lei de Cotas, por gênero, para candidaturas de partidos e coligações;

Ruy Hermann Araújo Medeiros, Ana Paula da Silva Sotero e Nadine Araújo Amorim fazem análise de decisões judiciais de conflitos de terra que utilizam o pluralismo jurídico como forma de solução para dirimir os problemas relacionados ao acesso do direito à terra e à propriedade;

Mônica Souza Liedke e Jessika Harumi Murakami abordarão a Cidadania e Efetividade dos Direitos Fundamentais civis a partir da análise da morosidade processual do instituto da adoção na comarca de Joinville/SC;

Luiz Otávio Ribas, Gêssica Oliveira, Aline Hamdan questionam os entraves do acesso à Justiça na assessoria jurídica popular das manifestações de 2013 no município do Rio de Janeiro;

O desafio de Diké está posto, boa leitura!

**Luana Rosário,**  
**A Editora.**



# CIÊNCIA DO DIREITO E DEMOCRACIA: DIGNIDADE ÉTICA E POLÍTICA<sup>1</sup>

ALEXANDRE BERNARDINO COSTA<sup>2</sup>

**RESUMO:** O ARTIGO VERSA SOBRE A CIÊNCIA DO DIREITO NA CONTEMPORANEIDADE, AS NECESSIDADES DE ATUALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO JURÍDICO E DO SABER UNIVERSITÁRIO. ABORDA A INTERDISCIPLINARIDADE E ÉTICA NA PRODUÇÃO DO SABER JURÍDICO E PROBLEMATIZA COMO A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, PÓS-TRADICIONAL E HIPERCOMPLEXA, NECESSITA DE UMA NOVA FORMA DE CONHECIMENTO CIENTÍFICO E DE DIREITO. RESSALTA QUE A TEORIA DO DIREITO DEVE PASSAR POR PROFUNDAS MODIFICAÇÕES QUE SUPEREM O NORMATIVISMO E QUE SE APROXIMEM DE UMA TEORIA DEMOCRÁTICA. CONCLUI QUE A BUSCA DA JUSTIÇA SOCIAL VISA A RECUPERAR A DIGNIDADE POLÍTICA DO DIREITO. UTILIZA A PESQUISA BIBLIOGRÁFICA.

**PALAVRAS-CHAVE:** TEORIA, CIÊNCIA, DIREITO, DEMOCRACIA.

**ABSTRACT:** THIS ARTICLE REMARKS ABOUT THE SCIENCE OF LAW IN THE CONTEMPORARY WORLD, THE NEEDS OF UPDATING THE LEGAL KNOWLEDGE, AS WELL AS

---

1 Artigo elaborado para a Diké, recebido em 11/09/2015.

2 Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Associado da Faculdade de Direito da UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UnB no Mestrado em Direitos Humanos.. Membro do Núcleo de Estudos para a Paz e Direitos Humanos da UnB. Membro fundador do Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais. Editor chefe da revista *Insurgência*. Coordenador do Grupo de pesquisa "Movimento Direito". Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Direito Achado na Rua".

THE ACADEMIC LITERATURE. INTERDISCIPLINARITY AND ETHICS IN THE PRODUCTION OF KNOWLEDGE. THE CONTEMPORARY SOCIETY, POST TRADITIONAL AND HYPER-COMPLEX, DEMANDS A NEW STRUCTURE IN TERMS OF THE SCIENTIFIC AND LEGAL KNOWLEDGE. THE THEORY OF LAW MUST GO THROUGH DEEP CHANGES IN ORDER TO SURPASS THE LEGALISM AND TO APPROXIMATE TO A DEMOCRATIC DEMOCRACY. THE QUEST FOR SOCIAL JUSTICE SEEKS TO RESTORE THE POLITICAL DIGNITY OF LAW.

KEYWORDS: THEORY, SCIENCE, LAW, DEMOCRACY.

## INTRODUÇÃO

As constantes modificações da sociedade contemporânea e, sobretudo, a velocidade em que elas ocorrem, estão intimamente ligadas à maneira como vemos o mundo e nos enxergamos. Uma das formas básicas dessa visão é o conhecimento científico, sujeito, portanto, às mesmas modificações e alterações constantes. A frequência e a velocidade das alterações dos possíveis modos de ver a ciência terminam por exigir do pesquisador um instrumental adequado a esses novos tempos.

Por sua vez, o conhecimento jurídico, ou a Ciência do Direito, não estão alheios aos processos de mudança social. Ao contrário, as inovações tecnológicas, as mudanças políticas, as modificações de comportamento, as constantes alterações na Economia, a pluralidade de modos de ver e de se inserir no mundo contemporâneo vêm a exigir um Direito que dê conta da complexidade crescente da sociedade atual.

Paradoxalmente, o surgimento de novas necessidades faz nascer novos direitos e novas formas de conhecê-lo e novas disciplinas, como é o caso. Ao mesmo tempo, exige-se um conhecimento cada vez mais amplo, transdisciplinar, para que possamos lidar com os novos problemas.

## 1 CONHECIMENTO CIENTÍFICO

Uma discussão sobre o que se denomina ciência é de fundamental importância, na medida em que os efeitos do que se chamou aqui de modernização reflexiva se fazem sentir também sobre esta forma de conhecimento. O discurso científico da modernidade caracteriza-se por um distanciamento das demais formas de conhecimento: o religioso, o filosófico e o senso comum. Especialmente no que tange ao conhecimento vulgar ou senso comum o distanciamento ocorreu associado à ideia de que a ciência era a detentora da verdade, enquanto as demais formas de conhecimento ocupavam-se de outro objeto ou percebiam somente a aparência dos fenômenos, impossibilitando sua utilização para a elaboração de um conhecimento verdadeiro.

O aporte teórico supra é fundamental em metodologias que buscam isolar o objeto de estudo, verificar o seu comportamento sem interferir diretamente e, a partir de hipóteses formuladas para responder às questões por ele propostas, enunciar uma verdade que não se propõe comprometida, seja com grupos e relações de poder - política, seja com valores morais vigentes na sociedade - ética. A construção do conhecimento científico é a sua separação e distanciamento do senso comum e demais formas de conhecimento. Entendendo o senso comum como o conjunto de saberes produzido a partir da prática cotidiana, percebeu-se a elaboração de um discurso que não tinha a preocupação em enunciar uma verdade, e que se contentava com uma análise da aparência das coisas, sem aprofundar as relações de causa e efeito, probabilidades, frequência etc. Tudo isso porque o objetivo do senso comum é tão somente a resolução dos problemas do cotidiano humano, sem elaboração de leis universais e, portanto, permeado de pré-noções, pré-conceitos, crenças etc.

A fundamentação do conhecimento científico é a busca de

um discurso verdadeiro e objetivo, que estaria isento de valores. Consequentemente, ocorreu o que Boaventura de Sousa Santos (1997, p.223) chama de priorização da racionalidade cognitivo-instrumental sobre a racionalidade moral-prática e a racionalidade estético-expressiva. A bomba atômica utilizada na 2ª Grande Guerra é o maior exemplo desta ausência de valoração no conhecimento científico, que se coloca à disposição, em nome de uma aparente neutralidade, de qualquer uso, sem que seja possível inserir uma discussão ético-política sobre seus fundamentos.

A diferenciação entre senso comum e ciência ocorreu basicamente pelos preconceitos existentes no conhecimento vulgar. Contudo, a ciência hoje se caracteriza exatamente pela impossibilidade de extrair de seus conteúdos os pré-conceitos. A linguagem pressupõe, para que haja comunicação, seja no Direito, seja no conhecimento científico, a existência de visões parciais e pré-noções, para que seja efetivada a comunicação. A tentativa de expurgar os pré-conceitos do conhecimento científico levaria hoje a um sem número de metadiscursos que tentariam clarificar o significado do discurso anterior.

Boaventura de Souza Santos (1989, p. 34) aponta a necessidade de realizar hoje o que chama de segunda ruptura epistemológica. Após a primeira ruptura, separação da ciência e do senso comum, impõe-se uma reconciliação, para que seja possível haver um diálogo entre as duas formas de conhecimento, para uma síntese inovadora, que se perceba como provisória, uma verdade situada temporal e espacialmente, que não se pretenda total.

Quanto à relação “ética-ciência”, Rubem Alves (2000, p.98) indica a insuficiência do método científico para a elaboração de um discurso verdadeiro e universal, opondo a ética como elemento essencial à construção do conhecimento científico.

Pode-se resumir o papel desempenhado pelo conhecimento humano a partir do Iluminismo com o seguinte: a única forma

de realmente conhecer a realidade e enunciar verdades sobre ela, que serão aceitas por todos, é pelo discurso científico. A ciência assumiu o papel antes desempenhado pela religião e, desta forma, transformou-se em dogma.

Uma das bases do conhecimento científico consiste na possibilidade de dividir o mundo real em *caixas* ou *gavetas*, para poder olhá-las isoladamente, sem que o observador interfira no objeto de sua elaboração discursiva. A estas *caixas* foi dado o nome de disciplinas. No passado a criação de disciplinas ou áreas do conhecimento científico era absolutamente fundamental, uma vez que a multiplicidade de formas de compreensão de um determinado objeto impossibilitava a elaboração de um discurso rigoroso. Desde a criação de um ramo da ciência seria possível aprofundar e precisar os conceitos para que as verdades dali extraídas pudessem ser mais confiáveis.

Porém a especialização do conhecimento gerou graves consequências para a forma de racionalidade concebida, pois a fragmentação do saber, onde se sabe cada vez mais de cada vez menos, impossibilita uma percepção do todo. A visão de uma realidade compartimentada e, sobretudo, a impossibilidade de comunicação dos campos de conhecimento, na qual, por exemplo, os juristas desconhecem o que fazem os sociólogos ou os cientistas políticos, faz com que o saber gerado torne-se cada vez mais verdadeiro na sua especialidade e cada vez mais falso na sua totalidade. As disciplinas fragmentaram os fenômenos científicos, estabelecendo trincheiras acadêmicas, permitindo um “hiper-aprofundamento” do conhecimento, mas uma relação atrofiada com a realidade e com o saber.

Diante deste quadro, a interdisciplinaridade apresenta-se como um caminho a ser seguido. Georges Gusdorf (1967) analisou bem a temática ao afirmar que o saber interdisciplinar constituiu-se pela possibilidade de várias especializações do conheci-

mento científico buscar compreender uma mesma temática. Não se trata aqui da superposição de várias ciências, ao contrário, a interdisciplinaridade abre novas portas que não se confundem com as *caixas* ou *gavetas* citadas anteriormente. A interdisciplinaridade além de tornar mais articulado o conjunto dos diversos “ramos” do saber, o amplia, constituindo mesmo novos espaços de investigação e campos de visibilidade.

Uma forma ainda mais ampla de lidar com o conhecimento e com a realidade é a transdisciplinaridade que ultrapassa as fronteiras das disciplinas e das formas de conhecer, permitindo uma renovação do pensamento e da cultura. Difere da interdisciplinaridade porque promove um alargamento do saber, realiza um encontro das múltiplas faces do humano, tanto no campo do conhecimento científico, quanto da cultura, dos valores e da ética. Permite o diálogo e o entendimento entre os opostos e os diferentes.

Alvino de Sá (2004), em um artigo que discute a transdisciplinaridade e a responsabilidade da academia na questão prisional, demonstra que ela possibilita uma visão conjunta dos contrários e a sua compreensão, rejeitando toda atitude que se negue ao diálogo e à discussão. Nesse mesmo artigo, o autor, ao discutir as ideias de Maria Lúcia Rodrigues, explica que a transdisciplinaridade

difere da multidisciplinaridade, que significa a confluência de múltiplas disciplinas para a compreensão do mesmo fenômeno, e da interdisciplinaridade, que significa a troca de informações e de conhecimento e a transferência de métodos entre disciplinas, possibilitando um alargamento e flexibilização de conhecimento.

A transdisciplinaridade ultrapassa o campo das ciências, dialoga também com as outras formas de conhecimento, como a arte, a literatura, a poesia e a experiência interior. Buscando superar a insuficiência ou distorção da compreensão cartesiana e

analítica dos fenômenos, ela reconcilia as ciências exatas, valorizadas em demasia na modernidade, com as ciências humanas e com os outros saberes da humanidade. Por isso, a educação transdisciplinar além de ensinar a abstrair, ensina a contextualizar, a concretizar e a globalizar, tendo como pilares os seguintes enfoques: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver em conjunto e aprender a ser.

A teoria do Direito necessita de incorporar ao seu discurso a inter e a transdisciplinaridade, caso pretenda estar adequada para acompanhar a modernização reflexiva e a problemática aqui proposta. Nesse sentido, a hermenêutica revela-se o campo propício para o desenvolvimento destas possibilidades diante de tamanhos desafios.

O quadro descrito sobre o conhecimento científico compõe aquilo que Kuhn denomina por mudança de paradigma, cuja primeira característica hoje é se saber paradigma. Mas, primeiramente, é necessário saber o que são paradigmas, e segundo o próprio autor são “[...] as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, 2000, p,80) .

Menelick de Carvalho Netto (1999, p.236-237) sintetiza bem a importância da noção de paradigma:

Tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de

óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinado.

A produção do conhecimento científico exige uma discussão sobre o que se denomina ciência, considerando como se deu sua formação e sua homologação como discurso do verdadeiro. No século XXI, a modernidade reflexiva convive com uma mudança do paradigma científico, uma vez que a separação do conhecimento em disciplinas e do saber científico das demais formas de saber continua não dando conta de explicar a realidade, pelo contrário, em alguns aspectos, a distorceu. Nesse sentido, a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade apresentam caminhos para uma possível reconciliação dos saberes e para a produção de uma sintaxe inovadora.

## **2 A HIPERCOMPLEXIDADE DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Algumas especificidades permitem uma diferenciação da forma como o ser humano se desenvolve hoje e se desenvolveu até bem pouco tempo atrás. Esta diferenciação, como se vê adiante, autoriza a dizer da radicalização de características essenciais da modernidade, que ocorre de uma maneira inimaginável até dias muito próximos. Praticamente, todos os autores que se debruçam sobre esta temática concordam com estas afirmações, embora tenham designações diferentes para este período e para suas características: pós-modernidade, contemporaneidade, modernização reflexiva, sociedade pós-tradicional, sociedade pós-industrial, globalização, neoliberalismo econômico etc. Tal diversidade de ideias e conceitos revela a perplexidade pela qual passa a ciência social hoje na tentativa de compreender o que acontece, ao mesmo tempo em

que revela um consenso: os tempos que vivemos hoje não mais correspondem às explicações até recentemente aceitas, sendo necessária a reformulação deste saber, para uma possível compreensão dos fenômenos sociais.

Diante da variedade de abordagens possíveis para a problemática proposta, faz-se necessário eleger algumas categorias e autores para interlocução em razão da pertinência com a temática que é objeto deste estudo. Porém essa escolha revela também o lugar de onde se fala, ou de onde se parte para tentar explicar tal ou qual fenômeno. Dessa forma, a posição aqui adotada parte da ideia de que, apesar de modificações tão radicais, o projeto de modernidade não está exaurido, ao contrário, várias características aqui apontadas revelam uma radicalização dos processos jurídicos, políticos, sociais e epistemológicos, ou seja, a modernização da sociedade moderna.

A modernidade da sociedade moderna exige que seja feita uma reavaliação da possibilidade da qual o Iluminismo partiu: oferecer luzes sobre as trevas, que faria com que o “homem” fosse autor e senhor de seu próprio destino. Assim, chega-se a um ponto onde o homem contemporâneo defronta-se com uma situação de risco cada vez maior, ao mesmo tempo em que toma consciência desse risco pela inevitável confrontação cotidiana. Isto pode ser sentido, por exemplo, pela incerteza do emprego e desempenho profissional ou pela impossibilidade de previsão do futuro. (GIDDENS, 1997, p. 18)

Agnes Heller (1999, p. 21) expõe o paradoxo de uma sociedade que se pretendia calculando adequadamente os seus riscos:

Com as experiências devastadoras dos regimes totalitários, devemos pelo menos aprender que não temos nenhuma posição privilegiada na história. Os modernos não têm mais oportunidade que os pré-modernos de conhecer o futuro. Talvez tenham até menos. Isto é uma descoberta intrigante,

pois a modernidade é um arranjo social orientado para o futuro, não para o passado.

Anthony Giddens (1997, p. 38) aprofunda a ideia de risco ao expor o conceito de “risco manufaturado”, que seria:

[...] resultado da intervenção humana na natureza e nas condições da vida social. As incertezas (e oportunidades) que ele cria são amplamente novas. Elas não podem ser tratadas com remédios antigos, mas tampouco respondem à receita do iluminismo: mais conhecimento, mais controle.

Ressalte-se que a ideia de risco significa também o surgimento de oportunidades. As potencialidades de realização dos valores na sociedade pós-industrial são tão grandes quanto as incertezas. Não se trata aqui de propor um modo de ver os tempos atuais de maneira otimista ou pessimista, trata-se, sim, de buscar compreender melhor a situação em que se encontra a sociedade moderna partindo do que lhe é peculiar.

Apesar da existência de algumas características estáveis da sociedade pós-tradicional, é possível afirmar que estes são tempos de crise, que, na definição de Antônio Gramsci, ocorre quando o velho já morreu e o novo ainda não nasceu. A crise revela as possibilidades e os limites de uma determinada época, sem que seja possível prever, com exatidão o que ocorrerá no futuro, mas, ao mesmo tempo, alimenta os sonhos e utopias de uma nova sociedade, por isso, faz-se necessária uma análise detalhada dos seus elementos.

A tentativa frustrada de aprofundar o conhecimento e, conseqüentemente, de se obter o controle das possibilidades futuras, gera sérios traumas, sobretudo quando se trata da incerteza de significados de valores:

Talvez (homens e mulheres) estejam conscientes das suas

responsabilidades futuras, mas apenas em termos abstratos. [...] No mundo pré-moderno todos podiam imaginar como seus netos viveriam e o que fariam. Hoje, nenhum de nós sabe grande coisa sobre os netos. Viver na incerteza é traumático (HELLER, 1999, p. 21).

O aprofundamento da ideia de risco, e do risco manufaturado, terá influência direta sobre o direito e sua tentativa de regulação das relações sociais e políticas. Da mesma forma, a incerteza e a pluralidade de valores morais gerarão novas formas jurídicas e, sobretudo, novos discursos de fundamentação. Essas observações são confirmadas por autores que partem de referências distintas, por vezes antagônicas, como Boaventura de Sousa Santos, Habermas, Agnes Heller ou Rafaelle de Giorgi, que afirmam: “Na sociedade moderna há mais Direito e, contemporaneamente, menos Direito, do mesmo modo como há mais segurança e maior risco, um mais alto grau de racionalidade e conjuntamente um grau mais alto de incalculabilidade dos eventos” (DE GIORGI, 1998, p.29).

A sociedade contemporânea define-se também como pós-tradicional, não porque as tradições tenham desaparecido, mas porque “Em uma sociedade globalizante, culturalmente cosmopolita, as tradições são forçadas à visão aberta: razões ou justificativas têm que ser oferecidas para elas” (GIDDENS, 1997, p. 40), o que gera a necessidade de um discurso de fundamentação, inclusive na tradição jurídica.

Todas estas mudanças geram também o que se pode chamar de “modernização reflexiva”, processo que faz com que a sociedade tenha consciência de seus próprios dilemas, colocando-se em situação de permanente questionamento sobre suas decisões jurídicas, políticas e, até mesmo, pessoais: “Informação produzida por especialistas (inclusive conhecimento científico) não pode mais ficar inteiramente confinada a grupos específicos, mas passa a ser rotineiramente interpretada e ativada por

indivíduos leigos no curso de suas ações cotidianas” (GIDDENS, 1997, p. 41).

Deve-se ainda citar outro conceito que está presente em todas as discussões sobre os problemas contemporâneos da modernidade que é o de “globalização”. A maior parte dos autores cuida da globalização em termos econômicos, e as discussões giram em torno de categorias tais como: eficiência, competitividade, mercado de capitais transnacionalizado etc. Contudo a globalização é um fenômeno que afeta as mais diversas formas de manifestação social, ao ponto de interferir na vida cotidiana das pessoas.

É especialmente importante para o Direito a abordagem correta e aprofundada do fenômeno da globalização, que revela seus contornos problemáticos ao tocar na temática da Soberania, fundamental para o direito, como demonstra José Eduardo Faria (1999, p.23):

Para cientistas políticos, especialistas em relações internacionais, cientistas sociais e juristas, o grande desafio é, justamente dar conta dessa ruptura entre a soberania formal do Estado e sua autonomia decisória substantiva, por um lado, e da subsequente recomposição do sistema de poder provocada pelo fenômeno da globalização.

Boaventura de Sousa Santos (1999, p.56) já apontou os riscos para a Democracia, na Europa, devido ao esvaziamento dos foros tradicionais de decisão política e jurídica pelo surgimento de foros econômicos, que não se pautam pelas exigências procedimentais da democracia, como determinantes de decisões que afetarão todos os habitantes daquele continente nas próximas décadas, inserindo este fato em uma categoria a que chama de ‘fascismo societal’:

O caráter fascista do Acordo Multilateral de Investimentos (AMI) reside em que ele é uma Constituição para os investidores, visando a proteger exclusivamente os interesses destes, com total desprezo pela idéia de que o investimento é

uma relação social onde circulam outros interesses sociais que não os dos investidores. Aliás, foi o próprio diretor-geral da Organização mundial do comércio, Renato Ruggiero, quem caracterizou assim as negociações em curso: “Estamos a escrever a constituição de uma economia global única.” (THE NATION, janeiro, semana 12/30, 1997, p. 6)

A importância da teoria do Direito, na modernidade da sociedade moderna, revela-se pela função que o direito assume no paradigma do Estado Democrático de Direito, pois, se ele se constitui como sistema relativamente autônomo, que deve ser considerado de forma ampla, incluindo em seu âmbito desde as funções do Estado até as regulações da esfera privada, ele também se mostra como uma espécie de “fio condutor” dos demais sistemas sociais, como a economia e a política. Habermas, ao trabalhar a tensão entre faticidade e validade, tendo como referencial básico a democracia, busca explicar a tensão permanente entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas. Para tanto ele compreende o sistema jurídico para além de limites

Eu incluo no sistema jurídico em sentido amplo os sistemas de ação regulados juridicamente, no interior dos quais surge uma esfera nuclear da produção privada e autônoma de atos jurídicos, constituída através de um direito reflexivo, contra-discursos de ação dirigidos por normas jurídicas materiais. (HABERMAS, 1997, p.243)

O paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser trabalhado com a perspectiva do pluralismo, pois o sistema de regulação social deixa de ser monopólio do Estado para estar disseminado por toda a sociedade, constituindo um sistema autônomo, porém aberto, que tem como parâmetros básicos os conceitos de Democracia e de Constituição, produzindo direito em todos os subsistemas da sociedade.

Consequentemente, Habermas vê a teoria do direito como a

tentativa de compreensão deste sistema jurídico:

A teoria do direito abrange, não somente a legislação e a administração, portanto todos os sistemas parciais que se ocupam reflexivamente da produção e reprodução do direito, mas também o sistema jurídico, em sentido mais amplo. Ela se distingue da dogmática jurídica através da pretensão de produzir uma teoria da ordem jurídica em sua totalidade. E nisso ela leva em conta as perspectivas dos outros participantes, ao introduzir na própria perspectiva de esclarecimento, que é a do jurista especializado, os papéis do legislador político, da administração e dos membros do direito (enquanto clientes ou cidadãos). (HABERMAS, 1997, p.244)

Esses são alguns dos elementos que devem ser ponderados ao buscar-se uma reflexão sobre a teoria e a prática do direito na contemporaneidade. Também devem ser levadas em conta as modificações ocorridas na própria forma de pensar os problemas de um ponto de vista que se afirma como científico.

### 3 TEORIA DO DIREITO

As ciências sociais vivenciaram os problemas até aqui demonstrados, porém, afirmar o mesmo da teoria do direito é, no mínimo, arriscado. Isto se deve ao fato de que, embora a sociedade esteja já no século XXI, a elaboração e a reprodução do conhecimento jurídico ainda estão no século XIX, tendo passado o século XX sem maiores questionamentos acerca de sua fundamentação e (re)produção, salvo algumas poucas ressalvas a serem feitas para Núcleos e pesquisadores de excelência.

O conhecimento jurídico ainda é hoje permeado por duas noções básicas: o positivismo normativista e o jusnaturalismo. A doutrina de direito natural dividiu-se em três bases de-

envolvidas ao longo da história: direito natural cosmológico, direito natural teológico e direito natural antropológico. A primeira está de acordo com a visão grega de natureza, na qual o direito se integrava. A segunda parte da necessidade da fé em um Deus que é a origem de todas as coisas, inclusive do direito. As relações sociais e políticas eram normatizadas e organizadas segundo uma ordem divina, que permanecia rígida e inquestionável, fundada na tradição. A terceira corrente, jusnaturalismo antropológico, estabelece suas bases na razão humana, estando associada ao Iluminismo e à Revolução Francesa que, na sua Declaração de Direitos, adota essa perspectiva para explicar e justificar a nova ordem, segundo a qual todo homem é sujeito de direitos por sua própria condição humana. Nessa época, inicia-se a elaboração de uma doutrina jusnaturalista que se assemelha à ideia de ciência e permanece em discussão por alguns autores até os dias de hoje. Esse jusnaturalismo tem em Hobbes, Locke e Rousseau seus principais sustentáculos. O positivismo normativista revela-se em sua plenitude nos trabalhos de Kelsen, que pretendeu alçar o conhecimento jurídico ao *status* de ciência, segundo o modelo desenvolvido no século XIX. Para tanto era necessário elaborar uma gaveta exclusiva para o direito, para purificar a teoria de elementos estranhos ao seu objeto. Pode-se partir deste estágio do desenvolvimento da teoria do direito para avaliar a discussão proposta, para a qual o positivismo kelseniano serviu, e serve de base até hoje, para um discurso pretensamente científico do direito. A reprodução da ideia de Kelsen no imaginário dos operadores jurídicos ocorre de tal forma marcante que, mesmo sem ter lido uma linha sequer de sua obra, é possível a um estudante de Direito, ou bacharel, reproduzir o pensamento positivista sem grandes dificuldades. A teoria do Direito segue o modelo de ciência que lhe é contemporâneo (embora muitas vezes a impressão é de que ela não consegue

acompanhar a história) e o positivismo buscou adequar a teoria do Direito a um modelo epistemológico que vigia no início do século XX. Tal modelo buscava, a partir de uma visão objetiva, descrever e explicar seu objeto de estudo. Para tanto, fazia-se necessário isolar os diversos tipos de conhecimento que, na sua especialidade, possibilitariam uma melhor explicação do mundo real. Kelsen construiu a Teoria Pura na tentativa de compor uma verdadeira ciência do direito:

Desde o começo foi meu intento elevar a jurisprudência que - aborta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda ciência: objetividade e exatidão.(KELSEN, 1991, Prefácio à Primeira Edição da Teoria Pura do Direito)

Tal teoria do Direito geraria, necessariamente, um modelo de interpretação. Desta forma, Kelsen volta-se contra o modelo jusnaturalista de uma única decisão correta, que revela justiça, para conceber um quadro de decisões possíveis, que deve ser levado em consideração na aplicação da norma. Para o positivismo, existem duas espécies de interpretação, absolutamente distintas: "[...] a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica" (KELSEN, 1985, p. 364).

Caberia à interpretação da ciência jurídica, através de processos lógicos, estabelecer um quadro das significações possíveis de uma norma jurídica, criando condições para que o aplicador do direito pudesse fazer a escolha das opções possíveis. Contrapondo-se ao argumento das teses jusnaturalistas da única decisão correta, que visa gerar segurança jurídica, Kelsen propõe outra fórmula:

É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade, legisladora quão longe está sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita de tal maneira que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica. (KELSEN, 1985, p. 371)

Contudo, ao propor o conceito segundo o qual o aplicador cria o Direito, Kelsen não obtém o controle da aplicação do próprio Direito e, conseqüentemente, possibilita um decisionismo por parte do operador jurídico que não se vê obrigado a seguir qualquer uma das opções possíveis fornecidas pela interpretação da ciência jurídica:

A propósito é importante notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem que aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. (KELSEN, 1985, p. 369)

Na tentativa de construção de uma teoria pura do Direito, Kelsen sacrificou o que lhe era mais caro, a segurança jurídica, ao possibilitar o decisionismo pelo operador jurídico, tornando a ciência do direito um mero exercício especulativo, que em nada contribui para a limitação do poder discricionário da autoridade. (CARVALHO NETTO, 1997, p. 243)

A condição paradigmática que o positivismo normativista kelseniano obteve, gerou e gera efeitos perversos em uma cultura jurídica autoritária, como se revela a brasileira. A crítica possível à criação do direito no caso concreto esbarra em um decisionismo, que torna impossível o diálogo sobre as bases de fundamentação das decisões jurídicas das autoridades competentes. Esta situação tem resultados bastante graves para a democracia.

A teoria do Direito de Ronald Dworkin surge exatamente para contrapor-se ao positivismo ainda que atualizado e sofisticado, na versão elaborada por J. L. Austin ou H. L. A. Hart, que se traduz em tradicionalismo e decisonismo: "Direito é verdadeiro em virtude dos fatos sobre os quais um povo em particular, seus soberanos, como no caso de Austin, ou as pessoas em geral, no caso de Hart, decidiram ou pensaram". (DWORKIN, 1997, p. 49)

Dworkin estabelece a necessidade de uma teoria do Direito que avance para além do positivismo, utilizando-se da Hermenêutica como seu ponto central. Este autor contemporâneo busca construir uma teoria do direito que esteja em acordo com o paradigma dos dias atuais, com uma visão de ciência e de democracia para uma sociedade hipercomplexa e pós-tradicional. Segundo Menelick de Carvalho Netto:

Essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo senso comum social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que diz respeito ao Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissionais. (CARVALHO NETTO, 1997, p. 29)

Dworkin parte de um conceito de direito que busca unificar pontos de vista até recentemente divergentes, ou, no mínimo, distintos: o ponto de vista externo, do sociólogo ou do historiador; e o ponto de vista interno, do interessado na decisão prática. Para o autor, "As duas perspectivas sobre o direito, a externa e a interna, são essenciais, e cada uma delas deve incorporar ou levar em conta a outra" (DWORKIN, 1999, p. 18). Estas seriam duas formas de compreender o aspecto argumentativo do direito, crucial na prática do direito:

O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. [...] Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições. (DWORKIN, 1999, p. 17)

O autor dialoga com duas concepções que são antagônicas à sua proposição, o convencionalismo, fundado na tradição, e o pragmatismo, de caráter instrumental, para construir a ideia de direito como **integridade** que, ao lado da **justiça**, da **equidade**, e do **devido processo legal** constituem as bases de sua teoria.

A integridade política para Dworkin (1999, p. 213) se revela no princípio legislativo, que determina aos legisladores a tentativa de tornar o conjunto de leis moralmente coerente e, no princípio jurisdicional, que exige também esta coerência:

[...] a integridade se torna um ideal político quando nós fazemos a mesma exigência do Estado e da comunidade tomada para ser um agente moral, quando nós insistimos para que o Estado atue segundo um conjunto de princípios singular e coerente mesmo quando seus cidadãos estão divididos a respeito do que os princípios corretos da justiça e honestidade realmente são. (DWORKIN, 1999, p. 215)

Dworkin faz então o desenvolvimento de sua teoria do Direito fundada em princípios, que irão revelar-se diante da especificidade de cada caso concreto. Para tal intento, o autor norte-americano desenvolve duas premissas: a primeira, segundo a qual a divergência sobre o significado do direito e a possibilidade de construção de uma teoria hermenêutica funda-se no paradoxo da comunicação: nós nos comunicamos porque não nos comunicamos, ou seja, apesar da completa ausência de probabilidade que a comunicação seja feita, contrafactualmente, ela se realiza,

e o que possibilita isto é a existência de um pano de fundo compartilhado por todos aqueles que integram a comunicação. Isto é possível a partir da ideia de paradigma, que compreende pré-noções e pré-conceitos, que possibilitam uma trama construtiva do direito (CARVALHO NETTO, 1999, p.476). A segunda premissa de Dworkin é aquela na qual há uma confrontação à Razão Prática de Kant, guiada pelo imperativo categórico da generalidade: devemos agir de tal modo que a máxima de nossa ação possa ser sempre uma lei universal. O caráter principiológico da teoria do professor de Harvard inverte a lógica kantiana, pois coteja os princípios em relação ao caso concreto, possibilitando uma decisão moralmente válida que se submete às condições de aplicação. É clássico o exemplo do próprio Kant, segundo o qual ele teria sido procurado por um aluno perseguido pela polícia política do Kaiser para se esconder e, ao ser indagado pelos policiais, apontou onde se encontrava o aluno. Neste caso, o princípio moral "não mentir" foi aplicado de forma absoluta. Ao contrário, segundo a tese da integridade, o princípio moral "não mentir" seria confrontado com o "não delatar" que, dadas as situações específicas de aplicabilidade, deveria ser utilizado.

Partindo destes pré-supostos, Dworkin pode construir uma teoria que se assemelha a uma redação coletiva de um romance, na qual os aplicadores do direito escrevem cada capítulo da novela jurídica, e devem fazê-lo construindo sua decisão a melhor possível. Os capítulos do romance devem ser encadeados para que haja uma lógica, mas, ao mesmo tempo, constituem a evolução histórica do direito. O Juiz é simultaneamente crítico e autor da construção do direito.

Por todos esses motivos, caberá ao aplicador do Direito o conhecimento de todo o conteúdo do passado do Direito, para que seja possível a reconstrução da ordem jurídica, ao mesmo tempo há somente uma única decisão correta, aplicável ao caso concreto, no qual o Juiz deve levar em conta todas as possibilidades

para todos envolvidos. Habermas sintetiza a tarefa e a capacidade deste operador do direito:

O Juiz Hércules dispõe de dois componentes de um saber ideal: ele conhece todos os princípios e objetivos válidos que são necessários para a justificação; ao mesmo tempo, ele tem uma visão completa sobre o tecido cerrado dos elementos do direito vigente que ele encontra diante de si, ligados através de fios argumentativos. [...] Hércules deve descobrir a série coerente de princípios capaz de justificar a história institucional de um determinado sistema de direitos. (HABERMAS, 1997, p. 263)

Dworkin, ironicamente, desenvolve então uma figura: a que chama de Juiz Hércules, que irá construir o discurso de aplicação da norma ao caso concreto. Segundo Chueiri:

Privilegia-se o ponto de vista do Juiz não por ser mais importante que o do cidadão comum, do professor de direito ou do advogado, mas por servir de paradigma, em face da maior clareza da estrutura da argumentação judicial que influi de forma substancial no discurso jurídico como um todo. (CHUEIRI, 1997, p.178)

Essa tese é de fundamental importância, na medida em que inclui no processo de construção coletiva do Direito todos os atores envolvidos, todas as partes interessadas, a associação do conceito de direito com a Democracia.

Por fim, deve-se esclarecer que os princípios possuem caráter deontológico, não são máximas que se constituem como diretrizes da prática jurídica. Eles se densificam na aplicação no caso concreto, ao mesmo tempo em que possibilitam o desenvolvimento da teoria democrática do direito. Ao contrário de diversas teorias que ainda têm o paradigma kelseniano como base, os princípios não são normas programáticas que informam ou orientam a atividade de interpretação do direito, mas se constituem como normas jurí-

dicas que devem ser aplicadas no seu conjunto.

Contudo, algumas das considerações mais importantes sobre a teoria de Ronald Dworkin são feitas por Jurgen Habermas que, inicialmente, debruça-se sobre o juiz Hércules, que estaria condenado a uma infinita solidão ao ter sobre si a tarefa de, considerando todos os envolvidos no processo, conhecendo profundamente a teoria e história do Direito, e trabalhando o Direito como um sistema principiológico, chegar a uma única decisão correta. Afirma Habermas que:

Dworkin oscila entre a perspectiva dos cidadãos que legitima os deveres judiciais e a perspectiva de um juiz que tem a pretensão de um privilégio cognitivo, apoiando-se apenas em si mesmo, no caso em que sua própria interpretação diverge de todas as outras. (HABERMAS, 1997, p.276)

Habermas (1997, p.273) aplica então a teoria da ação comunicativa à teoria do Direito para que possa ser possível incluir todos os envolvidos no processo de interpretação: “[...] é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento através do mecanismo de reflexão do agir comunicativo, ou seja, através da prática da argumentação, que exige de todo participante a assunção das perspectivas de todos os outros”. E assim constrói uma visão do magistrado de forma substancialmente distinta de Dworkin.

Autor importante na linha de raciocínio iniciada por Habermas é Peter Häberle, na obra “Hermenêutica Constitucional - A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição”, onde o autor desenvolve a ideia de que, para que haja democracia, é necessário que todos os cidadãos participem do processo de interpretação da Constituição, sobretudo porque o conceito de democracia está mais atrelado à ideia dos direitos fundamentais do que ao governo. Também se faz de extrema importância para Häberle (1997, p.14) o conceito aberto de

ciência, extraído de Popper, como parte integrante da interpretação e concretização da constituição. Desta forma, afirma o autor:

Para uma pesquisa ou investigação realista do desenvolvimento da interpretação constitucional, pode ser exigível um conceito mais amplo de hermenêutica: cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública [...] representam forças produtivas de interpretação; eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos como pré-intérpretes.

É interessante observar também que Häberle (1997, p.37) integra e recupera para a interpretação constitucional a ideia de povo, contudo, para ele este conceito não fica limitado ao processo político eleitoral democrático: “Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão”.

Outro autor que recupera a ideia de povo no processo democrático e na teoria do direito é Friedrich Müller (1998), para quem o povo deve ser trabalhado como questão fundamental do Estado Democrático de Direito, rejeitando o tratamento do conceito de povo como ícone, como forma idealizada, ou a sua construção a partir de processos de exclusão. Sustenta o autor que a adequada apreciação do conceito de povo está intimamente relacionada com a prática dos direitos fundamentais. Dessa forma, o povo não é uma abstração pré-determinada, pois ele se constrói historicamente, a partir dos movimentos sociais que passam a incluir cada vez mais agrupamentos no conceito ampliado.

O que pode ser percebido da discussão, até agora, travada entre os autores é a necessidade de inclusão democrática reflexiva de todos os envolvidos no processo de interpretação e concretização do direito. O paradigma do Estado Democrático de Direito

tem de absorver a interpretação pluralista caso queira afirmar-se como democrático. Ponto de fundamental relevância é que o próprio paradigma tem que ser assumido como provisório e precário, sob pena de instaurar-se como dogma e figura de retórica.

Habermas (1997, p.278) busca preservar a discussão hermenêutica ao inserir a ação comunicativa na prática jurídica, sugerindo um esforço para não permitir que o pano de fundo que existe em relação à compreensão procedimentalista do direito seja confundido como ideologia, para tal intento: “O juiz singular tem que conceber sua interpretação construtiva como um empreendimento comum, sustentado pela comunicação pública dos cidadãos”.

O autor almeja combater a ideia de uma dogmática jurídica e afirma a necessidade de uma teoria do direito que busque seus fundamentos numa teoria da argumentação jurídica, pois, só assim, seria possível transpor o caráter monológico do juiz Hércules. Habermas (1997, p.282) também aplica a reflexividade à teoria do direito, para recompor a ideia de certeza da decisão jurídica:

Uma vez que o ideal absolutista não é mais plausível sob condições do pensamento pós-metafísico, a idéia reguladora da ‘única decisão correta’ não pode ser explicitada com o auxílio de uma teoria, por mais forte que ela seja. A própria teoria tem que ser vista como uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os limites e possibilidades da teoria do direito, na contemporaneidade, se revelam pelos mesmos pontos pelos quais ela é característica da modernidade da sociedade moderna, ou seja, sua reflexividade. A teoria argumentativa tem na compreensão

de seus limites, na sua precariedade e seu caráter provisório exatamente sua força, pois não se pretende totalizadora e nem tampouco idealista. Dessa forma, pode desenvolver uma teoria calcada no paradigma do Estado Democrático de Direito, tendo em perspectiva a permanente inclusão no debate democrático. Também porque, ao trabalhar com um processo decisório que se estabelece mediante suas condições discursivas diante do caso concreto, possibilita a densificação de princípios de uma sociedade aberta e em permanente incerteza em relação ao futuro.

A teoria de Dworkin, pelo seu alto grau de complexidade e sofisticação, possibilita o aprofundamento da reflexão em torno da hermenêutica e do Direito. Sua superação do pragmatismo e do tradicionalismo deve ser lida em conformidade com o contexto social, político e epistemológico que se vive nos dias de hoje, pois não é possível falar em sociedade pós-tradicional e trabalhar o direito em uma perspectiva conservadora, seja o conservadorismo de direita, que gera perigos graves à democracia com seus fundamentalismos, seja ao conservadorismo de esquerda, que busca a superação e o futuro com o aprisionamento de formas sociais passadas. A abertura do paradigma vigente possibilita uma reflexão radicalmente democrática centrada nos direitos humanos, sem que isto signifique um estado de perplexidade e conseqüente imobilismo frente a processos sociais como a globalização; ao contrário, a teoria reflexiva do direito insere a democracia como elemento fundamental das decisões jurídicas que por sua vez, por pertencerem a uma sociedade plural, admite o pluralismo como categoria central do direito.

A ideia de pluralismo, por sua vez, permite que seja discutida a inclusão no Direito de atores que, no paradigma anterior, sobretudo fundado no positivismo jurídico, não podiam ser considerados. Ao mesmo tempo, o pluralismo obriga a uma discussão do papel do Estado como regulador, e os limites do Estado Nacional como centro da elaboração jurídica. Também se afasta a ideia de que o pluralismo se constitui

como normatividade jurídica sempre em oposição ao direito estatal, pois a compreensão do direito passa obrigatoriamente pela interpretação constitucional de forma aberta e plural.

Essa discussão permite o aprofundamento da reflexão contemporânea sobre o direito, nas palavras de Vera Karam de Chueri (1997, p. 195) : “Com isto, pode-se dizer que o direito recupera sua dignidade científica, política e ética no âmbito das humanidades, enquanto via para a fundamentação de um projeto de justiça social” .

A modernidade da sociedade moderna aponta novos limites e novas possibilidades para a teoria do direito, uma delas, creio que a principal, é o reconhecimento do direito como campo privilegiado para a radicalização da democracia. A autocompreensão do paradigma do Estado Democrático de Direito fornece, à teoria do direito, instrumentos importantes no processo de inclusão permanente a que se propõe e, para isso, tem que alargar sua autocompreensão para além da chamada dogmática, para encontrar na rua a enunciação legítima de seus princípios norteadores, mas isso já é assunto para outra conversa.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**. São Paulo: Ars Poética, 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série. n. 6. Brasília: Faculdade de Direito da UnB, 1999.

CHUEIRI, Vera Karam de. A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin. In: ROCHA, Leonel Severo. Paradoxos da Auto Observação: Percursos jurídicos da teoria contemporânea. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 184.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ementina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FARIA, José Eduardo. **O direito da economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: \_\_\_\_\_. **Modernização reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995. p. 73-134.

GIORGI, Raffaele de. **Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HELLER, Agnes. Uma crise global da civilização. In: \_\_\_\_\_. **A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999, p. 13-32.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna. 5. ed. Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000.

MÜLLER, Friedrich **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Neumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SÁ, Alvino Augusto de. Transdisciplinaridade e responsabilidade da academia na questão penitenciária. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1993.

\_\_\_\_\_. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. Porto: Afrontamento, 1988.

# OS DIREITOS HUMANOS EM ROBERTO MANGABEIRA UNGER<sup>3</sup>

PEDRO LINO DE CARVALHO JÚNIOR<sup>4</sup>

A imaginação sobre o dogma, a vulnerabilidade sobre a serenidade, as aspirações sobre as obrigações, a comédia sobre a tragédia, a esperança sobre a experiência, a profecia sobre a memória, a inovação sobre a repetição, o pessoal sobre o impessoal, o tempo sobre a eternidade. E, acima de tudo, a vida.

(O homem despertado – Imagem e esperança-  
Roberto Mangabeira Unger)

**RESUMO:** A LUTA PELA AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DESPONTOU NOS ÚLTIMOS DECÊNIOS COMO A LÍNGUA FRANCA NA QUAL SE EXPRESSAM AS PRETENSÕES EMANCIPATÓRIAS DE GRANDE PARCELA DA HUMANIDADE. NO ENTANTO, NÃO SÃO POUCAS AS CRÍTICAS QUE LHE SÃO ENDEREÇADAS, AS QUAIS SE ORIGINAM DE DISTINTAS MATRIZES TEÓRICAS E IDEOLÓGICAS. SOB A ÊGIDE DESSAS APRECIACÕES MAIS AMPLAS, O PRESENTE ARTIGO PRETENDE ABORDAR A VISÃO UNGERIANA DOS DIREITOS HUMANOS E AVALIAR EM QUE MEDIDA ESTES PODERIAM SE CONSTITUIR EM UM ENTRINCHEIRAMENTO DE POSIÇÕES POLÍTICAS, A PONTO DE CRIAR EMBARAÇOS A SEU PROJETO DE CONSTRUÇÃO DE UMA DEMOCRACIA RADICAL. VALENDO-SE DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA, O

---

3 Recebido em 09/09/15, aprovado em 05/12/15.

4 Procurador do Trabalho/PRT5 e Professor Assistente de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Bacharel e Doutorando em Filosofia (UFBA). Membro do Grupo de Pesquisa Poética Pragmática- Para uma elaboração filosófica contemporânea (UFBA), sob coordenação do Prof. Dr. José Crisóstomo de Souza. Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC – 1990/1999).

ESTUDO BUSCA DEMONSTRAR QUE SE UNGER AMBICIONA, COMO PASSO INICIAL, RESTRINGIR A PAUTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA FAZER AVANÇAR UM PROJETO DE RADICALIZAÇÃO DEMOCRÁTICA, É EXATAMENTE PARA MELHOR ASSEGURÁ-LA NO FUTURO, POIS ELA ENCONTRARÁ, NOS ESPAÇOS A SEREM ABERTOS POR UMA DEMOCRACIA DE ALTA ENERGIA, UM PLANO MAIS ELEVADO DE AFIRMAÇÃO DA LIBERDADE HUMANA, CAPAZ DE GARANTIR ÀS PESSOAS O PODER DE AGIR E AUTONOMIA PARA TRANSCENDER OS CONTEXTOS QUE AS CONFORMAM, CAPACITANDO-AS A ANSIAREM E COMPARTILHAREM O DESENVOLVIMENTO DE FUTUROS SOCIAIS ALTERNATIVOS.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS HUMANOS. ENFOQUES CRÍTICOS. EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO.

**ABSTRACT:** THE STRUGGLE FOR THE AFFIRMATION OF HUMAN RIGHTS EMERGED IN RECENT DECADES AS THE LINGUA FRANCA IN WHICH TO EXPRESS THE EMANCIPATORY CLAIMS OF LARGE PORTION OF HUMANIKIND. HOWEVER, THERE ARE CRITICISMS TO IT, WHICH ORIGINATE FROM DIFFERENT THEORETICAL AND IDEOLOGICAL STANDPOINTS. UNDER THE AEGIS OF THESE BROADER ASSESSMENTS, THIS ARTICLE AIMS TO ADDRESS THE UNGERIAN VIEW OF HUMAN RIGHTS AND ASSESS TO WHAT EXTENT THESE COULD CONSTITUTE AN ENTRENCHMENT OF POLITICAL POSITIONS AS TO IMPEDE HIS PROJECT OF A RADICAL DEMOCRACY. DRAWING ON LITERATURE, THE STUDY SEEKS TO DEMONSTRATE THAT UNGER AIMS, AS A FIRST STEP, TO RESTRICT THE AGENDA OF FUNDAMENTAL RIGHTS TO ADVANCE A DEMOCRATIC RADICALIZATION PROJECT EXACTLY TO BETTER SECURE IT IN THE FUTURE AS IT WILL THEM FIND ITS SPACE IN A HIGH-ENERGY DEMOCRACY, AT A HIGHER LEVEL OF AFFIRMATION OF HUMAN FREEDOM, FIT TO GUARANTEE PEOPLE THE POWER TO ACT AND AUTONOMY TO TRANSCEND THE CONTEXTS THAT CONFORM THEM, ENABLING THEM TO YEARN AND SHARE THE DEVELOPMENT OF AN ALTERNATIVE SOCIAL FUTURE.

**KEYWORDS:** HUMAN RIGHTS. CRITICAL APPROACHES. DEMOCRATIC EXPERIMENTALISM.

## INTRODUÇÃO

Os direitos humanos são invocados em toda parte e sob as mais diferentes alegações. Pode-se asseverar, inclusive, que a luta para afirmá-los despontou nos últimos decênios como a língua franca na qual se expressam as pretensões emancipatórias de grande parcela da humanidade. Malgrado haja um razoável consenso no que concerne à centralidade que ocupam nas sociedades contemporâneas, esta aparente convergência se dissipa, no entanto, tão logo se pretenda definir no que eles se constituem, qual o fundamento que os alicerçam e o alcance da proteção que oferecem. Com efeito, os grandes problemas dos direitos humanos estão centrados em sua conceituação, fundamentação, determinação e realização. De todos estes, o mais grave, sem dúvida, é a dificuldade em efetivá-los. Os fatos falam por si: milhões de pessoas morrem de fome todos os anos; outras tantas sofrem as mais graves privações e opressões. As guerras se multiplicam, enquanto solenes declarações de direitos são proclamadas. Em suma, há um profundo descompasso entre o reconhecimento formal dos direitos humanos, seu discurso garantidor e sua prática.

É bem verdade que não ostentam um conteúdo político e jurídico imanente, mas desenvolveram-se como uma espécie de moldura aberta capaz de abrigar as mais distintas aspirações da humanidade. De todo modo, conquanto na esfera internacional exista uma inegável repulsa às flagrantes violações dos direitos humanos, como na prática da tortura e do genocídio, a ponto de existirem diversos instrumentos, ainda débeis, para confrontá-las, o mesmo não se pode afirmar em relação aos direitos sociais e econômicos, os quais são sistematicamente negados ou restringidos a expressiva parcela da população do planeta e, mesmo nos países mais desenvolvidos que chegaram a construir um Estado de Bem-Estar Social, o que se vê hoje é um grande

desmonte de tais estruturas por força dos câmbios operados na economia mundial. Como quer que seja, as três principais declarações de direitos que se sucederam historicamente, a Declaração dos Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, finalmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assim como um vasto conjunto de diplomas normativos que a esta se seguiu, pretendem assegurar ao gênero humano um conjunto de liberdades fundamentais no campo político, econômico e social.

Cabe assinalar que somente após a Segunda Guerra Mundial a temática dos direitos humanos ingressou com veemência no cenário internacional como resposta às terríveis atrocidades praticadas durante sua conflagração, de tal maneira que, a partir do seu desenlace, produziu-se uma dinâmica expansionista irrefreável no sentido do reconhecimento das mais amplas posições jurídicas às pessoas, que lhes seriam inerentes pelo simples fato de serem humanas.

Na contemporaneidade, a maior parte dos teóricos que se dedica ao seu estudo identifica a existência de pelos menos três “dimensões” ou “gerações” dos direitos humanos. A primeira delas constituída pelos direitos civis e políticos, ou seja, direitos do indivíduo frente ao Estado, direitos, portanto, de cunho “negativo”, que exigem, em regra, uma “abstenção” do ente estatal, dentre os quais o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, prerrogativas estas às quais se agregaram as chamadas liberdades políticas (liberdade de expressão, de voto, de imprensa). Os direitos da segunda dimensão seriam os assim denominados direitos sociais e econômicos. Seriam direitos prestacionais, de cunho “positivo”, no sentido de deferir às pessoas determinadas prestações, como saúde, educação, previdência social, trabalho, moradia, dentre outras, demandas estas a serem postas perante o Estado, que haveria de desenvolver programas e políticas públicas para assegurá-las. Por fim, os di-

reitos da terceira dimensão, que beneficiariam o gênero humano coletivamente, como o direito ao meio ambiente hígido, à conservação do patrimônio histórico, a autodeterminação dos povos e outros congêneres, em suma direitos que se buscam associar a uma ideia de solidariedade humana.

Sem entrar no debate se existiriam outras gerações de direitos e como estas dimensões interagiriam entre si, é patente que tal enquadramento apresenta, de antemão, uma ambivalência difícil de superar, pois as distintas dimensões dos direitos obedecem a diversos e, por vezes, antagônicos critérios de racionalidade, na medida em que ora pretendem fragilizar o poder do ente estatal, ora desejam sobrecarregá-lo de demandas prestacionais.

Não obstante a inegável autoridade que assumiram nos dias que correm, é importante avaliar as críticas de fundo que lhe são endereçadas, para que seja possível contrastá-las com a visão de Roberto Mangabeira Unger acerca do tema, pois ao mesmo tempo em que este reconhece a importância que desfrutam no mundo contemporâneo, como garantias que protegem as pessoas de opressões públicas e privadas e que devem ser mantidas em uma agenda política transformativa, considera que podem significar um entrincheiramento<sup>5</sup> de posições políticas, representando um obstáculo ao experimentalismo democrático que defende.

## 1. AS TRADICIONAIS CRÍTICAS AOS DIREITOS HUMANOS

Alguns autores sintetizam, em linhas gerais, as principais críticas ao discurso dos direitos humanos, em especial, Edmund

---

5 Na concepção de Unger, significa o grau a que as instituições e preconceitos formadores se fazem imunes à contestação e à revisão em meio à atividade social rotineira.

Burke, Karl Marx e Hannah Arendt, sendo de especial interesse abordá-las, pois representativas dos mais diferenciados espectros ideológicos.<sup>6</sup>

Em suas famosas *Reflexões sobre a revolução francesa*, Edmund Burke (2012), com o objetivo de defender a monarquia na Inglaterra, apontou as fragilidades do discurso dos direitos, acusando-o de se constituir numa metafísica política idealista e racionalista. Na sua compreensão (2012, p. 223), a política deve ser guiada pelo contexto de cada sociedade em particular, uma vez que envolve juízos práticos e concretos, limitados por necessidades prementes, e jamais por uma teoria de acordo com um plano concebido pela razão, como pretendiam os iluministas franceses. Ademais, por serem abstratos e especulativos, os direitos do homem não seriam factíveis na prática, pois as liberdades e restrições somente podem ser aferidas na singularidade do homem situado, como ele indaga provocativamente: “De que adianta discutir o direito abstrato de um homem a remédios e alimentos? A questão é sobre o método de consegui-los e administrá-los. Nessa deliberação sempre aconselhei que se convoque a ajuda do produtor agrícola e do médico, em vez da ajuda de um professor de metafísica”. A seu juízo, os únicos direitos eficazes seriam aqueles criados pela tradição e pela comunidade, de modo que esta humanidade comum suposta pelas declarações dos direitos seria absolutamente irreal, pois diferentes sociedades conduzem a diversos arranjos institucionais.<sup>7</sup>

---

6 Evidentemente outros autores poderiam ser invocados, mas o relevante é apontar as distintas correntes de pensamento neles representadas.

7 Poucos anos após a publicação da obra de Burke, veio a lume as famosas *Anarchical Fallacies: being an examination of the declarations of rights issued during the french revolution*, de Jeremy Bentham, na qual o teórico do utilitarismo analisa detidamente a declaração de 1789, acusando-a de confundir o nível descritivo com o prescritivo. Por exemplo, seu artigo primeiro proclama que *Men (all men) are born and remain free, and equal in respect of rights. Social distinctions cannot be founded, but upon common utility*. Bentham se pergunta: *All men are born free? All men remain free? No, not a single man: not a single man that ever was, or is, or will be. All men, on the contrary, are born*

Marx adota uma posição ambígua em relação ao Direito. Na sua mais radical objeção as prerrogativas que este assegura, manifestada quando de sua análise da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dos revolucionários franceses de 1789, vê com simpatia a afirmação dos direitos do cidadão, pois fortalecem uma comunidade política do ser humano como “ser da espécie”<sup>8</sup>, ao tempo em que critica acerbamente os cognominados direitos do homem:

Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexos que os mantêm em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas. (MARX, 2000, p. 37)

Coerente com sua posição teórica, Marx enxerga na afirmação dos direitos do homem a semente da dissolução da comuni-

---

*in subjection, and the most absolute subjection—the sub-jection of a helpless child to the parents on whom he depends every moment for his existence. In this sub-jection every man is born—in this sub-jection he continues for years—for a great number of years—and the existence of the individual and of the species depends upon his so doing.* Haveria, portanto, uma contradição entre a realidade prática, formulada em termos descritivos, e as supostas faculdades de liberdade e igualdade que estariam situadas no plano do dever-ser. In **The Collected Works of Jeremy Bentham**. Oxford University Press, 1983, p. 498.

- 8 Ou “ser genérico”. Nos seus escritos tardios, em especial a partir da *Ideologia alemã*, Marx abandona esse conceito substituindo-o pela noção de “comunismo” como um *telos*, no qual interesse geral e individual passariam a coincidir, ao tempo em que desenvolve sua noção de materialismo histórico e sua perspectiva do proletariado como classe revolucionária. In *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

dade, que aparta os seres humanos, cindindo-os, uma vez que demarcam uma esfera privada econômica em contraposição à esfera política.<sup>9</sup> Ou seja, ao contrário de Burke (2012), no particular, Marx não criticava os direitos humanos por sua abstração, mas sim por sua concretude, na medida em que buscariam legitimar e naturalizar os valores burgueses. Em seus escritos da maturidade, contudo, notadamente em várias passagens *d'O Capital* e na *Crítica do Programa de Gotha*, realça a importância da conquista de determinados direitos, como a redução da jornada de trabalho e as normas de proteção do meio ambiente laboral, a despeito de enxergar nestes avanços tão somente etapas transitórias para o progresso da luta socialista.

Finalmente, a crítica endereçada por Hanna Arendt que, avaliando o impacto causado pelas guerras e conflitos mundiais do século XX, com seu séquito de centenas de milhares de apátridas, considerou que semelhante situação pôs a nu (ARENDDT, 2007, p.510) a situação dos refugiados, revelando a fragilidade dos direitos humanos. Deveras, como ressaltou em seus escritos, “a perda dos direitos nacionais levou à perda dos direitos humanos” (ARENDDT, 2007, p. 333). Ou seja, sem a tutela da soberania de um país determinado, os apátridas e refugiados estão condenados à situação de indivíduos desprovidos dos direitos básicos mais elementares, até porque, em termos concretos, tem-se buscado construir um sistema de proteção em relação aos imigrantes e refugiados que atua *contra eles* e não para favorecê-los, tal a rigidez das normas anti-imigração vigentes, especialmente nos países europeus.<sup>10</sup> A crítica arendtiana apanha

---

9 Para Marx os reclamos do Direito colocariam as pessoas em situações de concorrência conflitiva, na qual cada sujeito acaba perseguindo seus interesses em detrimento dos interesses alheios, de tal sorte que a ideia de “direitos” acaba estimulando uma espécie de individualismo possessivo, em contraste com o caráter social ou situado de toda atividade humana.

10 Segundo a ONU, em 2015 o número de pessoas forçadas a ir embora de casa por causa de guerras e conflitos no mundo bateu mais um recorde: quase

em cheio exatamente a pretensa e decantada universalidade dos direitos humanos, que revela, no particular dos despatriados, sua expressão mais ilusória.

Não bastassem estas contundentes censuras que são dirigidas ao discurso triunfalista dos direitos humanos, outras ponderações críticas lhe são dedicadas. Alguns se perguntam se eles não seriam a “resposta pós-moderna ao esgotamento das majestosas teorias e grandiosas utopias políticas da modernidade?” (DOUZINAS, 2009, p. 21). Outros lamentam que houve uma perda de interesse em se discutir questões mais amplas como o tema da justiça, cujo discurso estaria vinculado às teorias do Estado-Nação, forma política que estaria esvaziada em um mundo globalizado, o que conduziu à ênfase na abordagem mais dúctil e abstrata que permite o discurso dos direitos humanos, menos prisioneiro aos cânones ideológicos vigentes (CAMPBELL, 2002, p. 254).

À luz de tais considerações, é momento de refletir acerca da visão ungeriana dos direitos humanos, no propósito de demonstrar que, apesar de enxergá-los como eventual empecilho ao ímpeto de mudança de uma democracia radical, consegue apontar alguns caminhos para atenuar a principal ambiguidade presente no Direito em geral e nos direitos humanos<sup>11</sup> em particular,

---

60 milhões de pessoas. Várias embarcações afundaram com imigrantes que faziam a travessia do Mediterrâneo, a partir do norte da África em direção a Europa. Desde 1º de janeiro de 2015, a Organização Internacional de Migração (OIM) estima que cerca de 2 mil pessoas morreram no trajeto, cifra que deve superar de longe os 3.200 de 2014. Contudo, a maior preocupação das autoridades europeias atualmente é como proteger suas fronteiras.

- 11 Para alguns, os direitos humanos seriam uma ferramenta ideológica do ocidente convenientemente utilizada para justificar, quando necessário, ações imperialistas por partes das potências hegemônicas. Por outro lado, no particular, há quem se pergunte se não se trata de um conceito ocidental, de forma que aquilo que o ocidente denomina “direitos humanos” (que se apoia numa perspectiva do individualismo liberal), seria, em última instância, uma forma culturalmente situada de afirmar a dignidade da pessoa humana: um caminho, no mínimo presunçoso, de considerar que esta seria a única forma legítima de fazê-lo, de modo que se deve sempre buscar o que haveria de ser

qual seja o de se constituírem, na maior parte das vezes, mero instrumento do poder, mas que podem assumir, como Jano, dialeticamente, outra face: um fator de indução às mudanças e transformações sociais.

No entanto, antes de avançar nesse sentido, é necessário apresentar um breve panorama do pensamento de Roberto Mangabeira Unger, uma vez que, ao menos no Brasil, o estudo de sua vasta produção teórica não encontrou ainda a merecida atenção nos meios acadêmicos e profissionais.

## 2. UNGER E SEU PERCURSO INTELECTUAL: UM BREVE ESBOÇO

A extensa obra de Unger se estrutura em alguns eixos fundamentais: a teoria social e política, a teoria jurídica, a economia, a religião e a filosofia, unidos, articulados e mobilizados na direção de uma alargada plataforma de transformação social progressista, o que o levou a rebelar-se contra diversas tendências dominantes no pensamento contemporâneo.

Em seu primeiro livro *Conhecimento e política*, Unger (1978) lançou uma erudita e profunda crítica ao liberalismo, ao apontar suas debilidades e insuficiências, ao tempo em que versou sobre temas afins, como a psicologia liberal, o Estado neocapitalista, a teoria do eu e a teoria dos grupos orgânicos. Logo em seguida, publicou outra obra de grande impacto nos meios jurídicos e sociológicos norte-americanos: *O Direito na Sociedade Moderna* (UNGER, 1976) onde, em confronto com o pensamento tradicional acerca do surgimento do Direito como resultado

---

seus equivalentes funcionais em outras culturas, como sugere Raimon Panikkar, conforme argumento que desenvolveu em seu artigo *Is the notion of the human rights a western concept?* In **Diogenes**, n. 20, 1982, pp. 81 e 82.

do consenso, enxergou-o derivado exatamente da desintegração da comunidade: o Direito seria supérfluo se existisse uma comunhão de expectativas e de valores comuns.

Mais adiante, vem a lume o célebre manifesto do *Critical legal studies movement*. Nesse trabalho, Unger (1986), além de apresentar uma contundente censura ao formalismo e ao objetivismo na esfera jurídica, critica, acidamente, as teses da escola da análise econômica do Direito, por considerá-las manifestações ideológicas do liberalismo individualista a serviço da direita conservadora.

Conquanto algumas vertentes do movimento dos “Crits”<sup>12</sup> tenham se aproximado do desconstrucionismo derridiano, Unger sempre foi considerado um moderado no seio dessa linhagem crítica do pensamento jurídico, pois, ao contrário dos seus mais radicais pensadores - que proclamavam a absoluta indeterminação do direito-, ele sempre enxergou na dimensão jurídica uma esfera objetiva, por conceber que mesmo a política opera conformada por significativas restrições (ALTMAN, 1990. P. 173).

Surgiu, posteriormente, *Paixão - Um ensaio sobre a personalidade* (UNGER, 1990). Ao teorizar sobre as paixões e explicitar a imagem modernista do homem, Unger considera que essa abordagem tem implicações para a compreensão da mente e da sociedade, na medida em que vemo-nos, uns aos outros, como produtos de nossas formas de vida social e de nossas tradições de discursos, em vez de enxergarmos essas tradições e formas enquanto manifestações provisórias de nós mesmos, pelo que, em determinado sentido, a paixão é a experiência de um impulso que pode levar o ser humano a desafiar certas convenções sociais.

Nos anos 80, Unger publica uma ambiciosa trilogia: *Social theory: Its situation and its task*, *False necessity* e *Plasticity into*

---

12 Como passaram a ser conhecidos os membros do *Critical legal studies movement*.

*power*<sup>13</sup>, na qual desenvolve abrangente arcabouço de propostas de reconstrução institucional das sociedades, no pressuposto de que são artefatos, criações humanas, e de que os indivíduos são maiores do que qualquer dimensão institucional existente, já que nenhuma forma de vida em sociedade esgota nossos recursos de compreensão e experiência, que sempre as transcendem.

Afora outras obras que conteriam um propósito de divulgação do seu pensamento teórico<sup>14</sup>, Unger ainda publicou três livros de grande relevância: *Politics: The Central Texts* (London: Verso, 1997); *The self awakened: pragmatism unbound* (Harvard University Press, 2007) e *Free trade reimagined*. (Princeton: Princeton University Press, 2007).<sup>15</sup>

No primeiro livro (que condensa os temas da trilogia aludida), bate-se contra o fetichismo institucional e o fetichismo estrutural<sup>16</sup>, por compreender que as estruturas sociais e institucionais vigentes no mundo são contingentes e provisórias e não representam o conjunto das melhores práticas disponíveis resultantes de um suposto processo evolutivo, como pretende certas vertentes da teoria política, especialmente quando avaliam as ricas democracias dos países do primeiro mundo.

O segundo livro vem a ser sua obra filosófica mais densa.

---

13 Em parte traduzida para o português, a exemplo de **Necessidades falsas**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2005.

14 Pode-se mencionar, nesse sentido: **Democracy realized**. *The progressive alternative*. London: Verso, 1996 e **What Should the Left Propose?** London: Verso, 2006, todas vertidas ao português, conforme bibliografia.

15 Mais recentemente, Unger reeditou seu famoso manifesto *The critical legal studies movement: another time, a greater task*. London: Verso, 2015, desta feita com um vigoroso ensaio introdutório, além de ter lançado mais duas obras de relevante interesse filosófico e científico, **The religion of the future** (2014) e **The singular universe and the reality of time** (2014), esta última com Lee Smolin, ambas pela Cambridge University Press.

16 A seguir explicitados.

Nele, Unger manifesta sua adesão ao pragmatismo filosófico<sup>17</sup>, ao tempo em que se propõe radicalizá-lo, por acreditar que a versão apresentada pelos seus pioneiros e seus sucessores teóricos, seria inadequada, distorcida e truncada. Adotando um tom exortativo e romântico e em um misto de análise teórica e de manifesto, Unger busca a reinvenção da política e proclama que a filosofia, da mesma forma que a poesia, deve se tornar profética. Ao enxergar as sociedades e as pessoas como construções em curso, incompletas e com um futuro radicalmente aberto, insiste que podemos usar a imaginação para transformá-las e não esperar por crises que criem o ambiente propício para tanto.

Por fim, na *Reinvenção do livre comércio* (UNGER, 2010), fiel aos seus postulados teóricos, ao propor uma nova divisão internacional do trabalho entre as nações, com o desiderato de assegurar um maior experimentalismo em sua dinâmica, conclui, em síntese, que o livre comércio será o mais vantajoso para os que nele se empenham se lhes assegurar a maior liberdade experimental possível para mudar práticas e instituições.

### 3- UNGER, DIREITO E EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO

É na sua última obra de conteúdo jusfilosófico, no entanto, *O direito e o futuro da democracia* (2004) que Unger sintetiza seu pensamento no campo da filosofia do direito e repercu-

---

17 O pragmatismo não é um movimento homogêneo: não se articula por seguir uma doutrina cerrada e sistemática. Ele é mais um método de fazer filosofia do que uma teoria filosófica. Se alguma coisa compartilham seus membros não é tanto um conjunto de teses, mas sim um estilo de pensamento. Um estilo com atitude. Um método. Um método com atitude, diria William James. Trata-se de orientação anti-solipsista, anticartesiana, antifundacionista e antipositivista, que envolve uma virada da pura subjetividade, da pura objetividade para a intersubjetividade, a sociedade e a cultura, o mundo dos homens, enfim. Ver, no particular, COMETTI (1995).

te o significado do experimentalismo democrático delineado nos seus textos mais amplamente filosóficos e de teoria social, apontando novos caminhos para o Direito, como disciplina que pode se constituir em ferramenta mestra da imaginação institucional, pois nele ideias e interesses se concretizam em instituições.

Considera que o projeto democrático é o mais “poderoso e duradouro conjunto de ideias sociais na história moderna” (UNGER, 2004, p. 16), a tal ponto que foi capaz de unir liberais e socialistas em torno do seu programa, pois significou um esforço em conciliar a busca por dois gêneros de bens: a emancipação individual e o progresso material da sociedade. A seu ver, a humanidade deve sempre experienciar múltiplas formas de vida, vestindo cada uma delas com distintos arranjos institucionais, mesmo porque as promessas da democracia somente se cumprem com a incessante renovação das suas práticas e instituições, o que lhe possibilita a invenção permanente do novo, capacitando-a a diminuir a distância entre as atividades rotineiras, reprodutoras das estruturas, e as atividades transformadoras, capazes de contestá-las. Verifica, no entanto, que o dominante pacto social-democrata que impera nos países ocidentais passou a representar um grave obstáculo ao avanço da política direcionada à edificação de futuros sociais alternativos. Deveras, o acerto reformista que historicamente o caracterizou, ao restringir seus movimentos à adoção de práticas distributivas e políticas sociais compensatórias, renunciou ao conflito mais amplo acerca da reformulação dos arranjos societários e da possibilidade de reconstrução radical do sistema de produção e troca.

Para Unger (2004), essa rendição às estruturas vigentes encontrou sua tradução na filosofia jurídica no que veio a denominar de análise jurídica racionalizadora, uma postura teórica de resignação ao instituído, que pretende tão somente corrigir suas imperfeições. Com tal propósito, prioriza um estilo de abordagem que busca capturar a melhor face da lei, encarada como

repositório de princípios gerais. Sob tal perspectiva, compreensivelmente, os juristas assumem um papel de relevo, pois se arvoram à condição de seu intérprete privilegiado, estabelecendo uma comunidade discursiva, na compreensão que o direito oferecerá um conjunto de concepções, categorias e regras que definiriam em conjunto um recôndito plano de vida comum.

Esse reformismo progressista pessimista seria o exemplo clássico do hegelianismo de direita<sup>18</sup>, por considerar existir uma racionalidade imanente no desenvolvimento do Direito, o que o deixa aprisionado a fetichismos institucionais e estruturais.<sup>19</sup> Tal ensimesmamento de conteúdo idealizante no campo jurídico pretenderia enxergar as instituições vigentes como resultantes de um lento processo evolutivo que as fizeram adquirir as características que hoje ostentam, e não como política congelada e luta interrompida, o que, de fato, representam.<sup>20</sup> Deveras, nas mãos dos juristas, o direito, que é partejado no conflito e dele é resultado, se transforma em um objeto asséptico e de teor humanizante: um sistema ideal que poderia ser representado na linguagem dos princípios (Dworkin) e políticas públicas,<sup>21</sup> quando na verda-

---

18 Aqui entendido como um conjunto de práticas e instituições que buscam explicar sua consolidação como inevitáveis e necessárias, justificando, apologeticamente, a realidade instituída.

19 Como se esclarecerá.

20 A genealogia dos arranjos institucionais contemporâneos nos capacita a verificar porque assumiram a forma atual e que alternativas foram silenciadas para que determinado modelo viesse a prevalecer.

21 No Brasil, o controle judicial das políticas públicas converteu-se no tema do momento, como atesta o incontável número de decisões judiciais proferidas com essa finalidade. Ao mesmo tempo, uma vastíssima bibliografia vem se construindo em derredor do assunto. Para Unger, este seria um caminho equivocado: em regra, não caberia semelhante papel ao Poder Judiciário e, acima de tudo, tais medidas não alcançam o problema de fundo, Deveras, não haveria, nesse enfoque, um debate acerca da reconstrução das instituições econômicas e sociais, senão uma discussão acerca de textos normativos, dando ensejo a atitude pouco democrática dos juristas de ofício que, a título de expor e analisar uma lei, sob o disfarce de uma elaboração racional do seu alcance, acabam, por fim, realizando uma política jurídica

de não existe um plano racional em curso ou uma ordem moral imanente, senão arranjos periclitantes, composições entre interesse e visões que se antagonizam. Tampouco existem sistemas,<sup>22</sup> senão problemas e soluções, conflitos e compromissos, limitações e possibilidades.

Como quer que seja, na contemporaneidade o Direito se transformou em um dos poucos alicerces que sustentam a estrutura societária, haja vista que, especialmente nas complexas sociedades industriais, escassos são os valores comuns: ou são muito amplos e abstratos para servirem de referência, ou muitos numerosos e específicos para serem universalizáveis:

Os meios de regulação – dinheiro e poder administrativo – são ancorados no mundo da vida através da institucionalização jurídica dos mercados e das organizações burocráticas. Simultaneamente são juridificados complexos interacionais, nos quais os conflitos antes eram resolvidos eticamente, na base do costume, da lealdade ou da confiança; a partir de agora esses conflitos são reorganizados de tal maneira que os participantes em litígio podem apelar para as pretensões de direito. E a universalização de um status de cidadão institucionalizado pública e juridicamente forma o complemento necessário para a juridificação potencial de todas as relações sociais. (HABERMAS, 2003, p. 105)

---

encoberta, ao apresentarem como meras descrições do direito positivo, suas interpretações pessoais, baseadas em valores comumente não explicitados. Nesse âmbito de compreensão, os juízes da Suprema Corte aparecem como verdadeiros sacerdotes laicos, cujo livro fundamental e sagrado seria a Carta Magna. Desta, procurariam deduzir, como no Alcorão e na Bíblia, os valores e comportamentos sociais supostamente corretos. Praticariam, em suma, uma verdadeira, teologia constitucional, e isso não apenas na esfera de atuação contenciosa particularizada, mas principalmente nos casos expressivos de ativismo judicial (MAUS, 2010, p. 26). Resultado: um pequeno número de eleitos subtrai do debate político e constitucional mais amplo, temas como aborto, eutanásia, casamento entre pessoas do mesmo sexo, pena de morte, consumo individual de drogas, dentre outros, transformando-os em *temas jurídicos*.

22 No sentido apontado.

Tal configuração da ordem jurídica como um *medium* categorial tampouco escapou a arguta percepção de Mangabeira Unger:

Entre as regras técnicas e as abstrações filosóficas, está o nível intermediário em que se colocam as questões cruciais da organização e da reorganização da sociedade. Neste nível está a vantagem comparativa do jurista. O direito é o lugar privilegiado onde práticas e instituições se encontram com interesses e ideais, com toda a riqueza de uma realidade histórica e singular. (UNGER, 2006. p. 36)

Unger realça e prioriza a dimensão jurídica como ferramenta para o exercício da imaginação institucional: um instrumento capaz de favorecer processos de transformações sociais, o que a vincula indissolivelmente ao destino da democracia. Como insistentemente pondera (UNGER, 2004, p.133), se os nossos interesses e ideais estão sempre pregados na cruz das instituições e práticas que os representam de fato e se a lei é a forma institucional da vida de um povo (Hegel), é fundamental ampliar o repertório desses modelos, dando braços e armas à imaginação de futuros sociais alternativos.

Uma democracia radical e de alta energia favorecerá ao pensamento jurídico encontrar sua verdadeira vocação e propósito: a autoconstrução da sociedade, haja vista inexistir uma ordem humana natural (a sociedade é um artefato), senão a exigência dela criar sua própria ordem ou, mais propriamente, *diferentes ordens*, com os instrumentos jurídicos que o Direito lhe oferece.

No ensaio introdutório que escreveu à nova edição do *The critical legal studies movement: another time, a greater task* (2015), Mangabeira Unger reafirma esse relevante papel da dimensão jurídica como a resposta ao enigma do desenvolvimento do Direito, ao tempo em que enfatiza a necessidade de se reconhecer e valorizar a importância do pluralismo jurídico no

*contexto de uma democracia radical:*<sup>23</sup> a elaboração de leis sob muitas formas e a partir de diferentes fontes, o que significa legitimar normatividades emergentes. (UNGER, 2015, p. 37).

Essa defesa do pluralismo jurídico é o corolário da sua ampla plataforma filosófica que, no embate entre agência e estrutura, acentua o primado da liberdade humana, a circunstância de nos constituirmos em seres infinitos presos em um mundo finito, o fato de sermos maiores que os contextos formadores<sup>24</sup> que nos engendram, pois se o mundo nos forja como somos, nunca o faz inteiramente: há sempre um resíduo, uma sobra, um resto de capacidades não utilizadas para a ação, a associação, o exercício da imaginação e da rebeldia. Trata-se de uma ideia fundamental no programa teórico ungeriano: a noção de transcendência, no sentido de que nenhuma cultura ou sociedade nos contém por completo. Há sempre mais em nós do que em qualquer estrutura. Não existe um cenário “natural” para nossa humanidade, mas tão somente mundos particulares que construímos e habitamos, cabendo-nos a missão de criar estruturas que favoreçam essa transcendência e nos ajudem a edificar novos mundos, no infinito espectro de possibilidades que se descortinam em nosso horizonte existencial:

Quando reformamos las estructuras en esta dirección alternativa, hacemos más que aumentar y mejorar nuestras capacidades prácticas y socavar la base indispensable de la división y jerarquía sociales. Acortamos la distancia entre estar dentro de una estructura y estar más allá de ella. Creamos un escenario más adecuado para la infinitud dentro de nosotros. No reconocer este potencial de cambio es

---

23 Fora do âmbito da democracia radical, o pluralismo jurídico pode significar um mecanismo de reforço à hierarquia de vantagens de grupos e classes sociais existentes.

24 No vocabulário ungeriano, vem a ser o arranjo institucional e ideológico, relativamente acidental, que regula as expectativas corriqueiras e as disputas regulares com relação à distribuição de recursos na sociedade.

permanecer prisioneros de una superstición que representa también una forma de sometimiento. (UNGER, 2007, p. 276)

Reconhecido no exterior na qualidade de um dos mais originais pensadores do mundo contemporâneo, a ponto de Perry Anderson considerá-lo uma “inteligência filosófica do Terceiro Mundo que virou a mesa como crítico do Primeiro Mundo” (ANDERSON, 2002, p. 194) e de ter merecido por parte de Geoffrey Hawthorn o comentário de que sua obra seria a “teoria social mais poderosa da segunda metade do século vinte” (HAWTHORN, 1997, p.90), o pensamento de Unger também foi objeto de inspiradas observações de Richard Rorty

É provável que sua audiência natural esteja no Terceiro Mundo – onde seu livro poderá tornar possível uma nova ideia de futuro nacional. Talvez algum dia permita aos cidadãos letrados de algum país a ver perspectiva onde antes só viam perigo – ver um futuro nacional até então impensado, ao invés de ver seu país condenado a desempenhar o papel que algum teórico estrangeiro escreveu para ele. (RORTY, 1999, p. 248)

Porém, a despeito de sua audiência no Terceiro Mundo continuar se ampliando, em especial em países do Leste Europeu e no Oriente, surpreendentemente, no Brasil, onde nasceu, vem se mantendo alheia a seu pensamento, e tem variado entre a mais completa marginalização de seu contributo teórico e vagas manifestações jornalísticas a respeito de sua participação política nos governos do Presidente Luis Inácio Lula da Silva e da Presidente Dilma Rousseff.

Para quem entende que a história terminou e que não faz mais sentido grandes narrativas, a leitura de Unger vai parecer incômoda, na medida em que seu projeto teórico procura retomar as promessas da modernidade numa fase de desencanto e apatia com as estruturas políticas vigentes, onde sopram os

ventos pós-modernos - que negam a possibilidade de se pensar o mundo através de modelos interpretativos amplos -, pois ele insiste em apresentar uma plataforma doutrinária e programática de reconstrução social no limite de uma dimensão utópica<sup>25</sup>. Essa foi a conclusão do filósofo José Crisóstomo de Souza em inspirado ensaio sobre Unger e mais especialmente acerca do *The self awakened- Pragmatism unbound*, no qual, identificando-o como herdeiro e continuador da tradição de pensamento jovem-hegeliana de esquerda, realça o acento visionário e romântico de suas ideias, a começar pelo título atribuído a obra: “Pragmatismo liberto” (unbound) evoca, não por acaso, Prometeu liberto, desacorrentado, sem peias, o rebelde herói mitológico, emancipador, dos românticos do século XIX europeu, de Goethe, Byron, Shelley — e Marx”. (SOUZA, 2010, p. 121)

#### 4. OS DIREITOS HUMANOS EM ROBERTO MANGABEIRA UNGER

No seu desígnio mais amplo de empoderamento do indivíduo e fortalecimento da democracia, com vistas a assegurar às pessoas um poder e uma liberdade que as tornem “semelhantes aos

---

25 Unger não aceitaria esse enquadramento, por entender que opera dentro de um horizonte de possibilidades concretas, mesmo quando visíveis componentes utópico-românticos em seu pensamento. Em Conferência pronunciada em janeiro de 2002, no Corpus Christi College, Universidade de Cambridge (Grã-Bretanha), com o título **A transformação da sociedade**, com ironia, Unger responde aos que procuram julgar seu pensamento desacoplado da realidade: “Se nas circunstâncias da política contemporânea e apesar delas, apresento uma visão que é distante daquela que existe, podem dizer que esta visão é interessante, mas utópica. E se apresento uma visão que é parecida com o que existe, podem dizer que é exequível, porém trivial. E assim todas as propostas apresentadas parecem utópicas ou triviais”. Disponível em: [http://www.achegas.net/numero/dezenove/rob\\_mangabeira\\_19.htm](http://www.achegas.net/numero/dezenove/rob_mangabeira_19.htm).

deuses” e de radicalizar o projeto democrático, Unger aponta o lugar da normatividade jurídica nessa dinâmica: “Em nenhum lugar a especificidade institucional encontra as concepções imaginativas mais completamente, e em nenhum lugar o seu encontro tem mais importância para os poderes e impotências das pessoas do que no direito e no pensamento jurídico.” (UNGER, 2004, p. 140) Portanto, atribui à análise jurídica o papel de reimaginar e redesenhar novos modelos e práticas institucionais que favoreçam a convergência entre as condições para a emancipação individual e os elementos necessários ao favorecimento do progresso coletivo, pois é no direito que as democracias encontram e assumem a sua forma institucional detalhada, de tal modo que é preciso libertá-la de suas amarras e constrangimentos, vocacionando-a ao cumprimento de sua importante missão política.

Para chegar a esse destino, o experimentalismo democrático deve superar dois grandes inimigos, o que Unger denomina o fetichismo institucional e o fetichismo estrutural. Deveras, o fetichismo institucional (UNGER, 2004, p. 17) seria a crença de que concepções institucionais abstratas, como regime democrático, sociedade civil e economia de mercado, teriam uma expressão institucional única, universal e necessária, e seriam resultantes das melhores práticas que se desenvolveram no desenrolar histórico. Já o fetichismo estrutural seria a “contraparte de ordem superior do fetichismo institucional: a ideia de que, apesar de podermos ser capazes de revisar uma ordem institucional particular, e até mesmo de substituir, vez por outra, um sistema institucional por outro diferente, não podemos alterar o caráter da relação entre as estruturas institucionais e a liberdade dos agentes que as ocupam de contestar e transcender essas estruturas”. (UNGER, 1999, p. 91)

Em sua obra *O direito e o futuro da democracia* (2004), ao buscar a construção de uma análise jurídica como imaginação institucional, Unger propõe um “experimento mental” a serviço de práticas de

ajustes, ao conceber três direções possíveis para a radicalização do projeto democrático: a) a social-democracia ampliada; b) a poliarquia radical; e c) a democracia mobilizadora, as quais representam graus diversos de aprofundamento do experimentalismo democrático.<sup>26</sup>

Nessa última alternativa, que considera a mais expressiva e enérgica radicalização do projeto democrático,<sup>27</sup> ao comentar as diversas inovações institucionais no campo da organização do Estado, da economia política e da sociedade civil, enfoca a tensão existente entre o experimentalismo social que o anima e o catálogo dos direitos humanos, ao se perguntar: “Ameaçam elas, com isso, os direitos humanos? A democracia mobilizadora parece exigir que mais coisas estejam em jogo na política. O respeito aos direitos humanos, contudo, requer que algo – ao menos as garantias que constituem os próprios direitos – seja retirado da política”. (UNGER, 2004, p. 201)

Da mesma forma, no *The self awakened: pragmatism unboud*, ao abordar a necessidade de serem assegurados direitos fundamentais básicos às pessoas que contribuam para favorecer um processo de autocriação, preconiza que o objetivo é que se definam tais “imunidades e recursos de modo que eles criem a menor rigidez possível no espaço social circundante”. (UNGER, 2009, p. 278)<sup>28</sup>

---

26 Um maior esclarecimento acerca das referidas direções para radicalização da democracia exigiria uma análise mais exaustiva das teses ungerianas, o que desviaria o foco desta abordagem, pelo que sugere-se a leitura da referida obra.

27 Na direção de aprofundamento da democracia, dentre outras proposições, Unger defende o aquecimento da política a partir de profundas alterações institucionais, como o financiamento público das campanhas eleitorais, o voto eleitoral obrigatório, o acesso ampliado aos meios de comunicação de massa em favor dos partidos políticos e movimentos sociais organizados e a criação de misto de modelo presidencialista e parlamentarista, no qual, diferentemente do sistema atual (madisoniano), que favorece os impasses entre os poderes e contribui para a desaceleração do movimento político, a pretensão seria torná-lo mais ágil e adequado para superá-los. Op. cit. p. 200.

28 Como é sabido, em regra os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados nas constituições dos diversos estados nacionais: o conteúdo de

Unger revela assim estar ciente do caráter ambíguo que os direitos jogam na sociedade, pois ao mesmo em que solidificam posições e, muitas vezes, privilégios, representam também elementos indispensáveis à construção e institucionalização de práticas emancipatórias, de modo que este vivo contraste no âmbito da normatividade jurídica seria ínsito à sua própria tessitura formativa. Para atenuar esta ambiguidade e buscar a prevalência da dimensão transformativa do direito, sustenta a necessidade da construção de espaços institucionais mais abertos à revisão dos seus contextos estruturantes.

Nesse sentido, considera que os direitos a serem excluídos da política devem ser aqueles que protegem contra inseguranças extremas, inclusive de opressões públicas ou privadas, bem como os que asseguram a mais ampla liberdade de informação e expressão. De todo modo, por mais que se pretendesse uma definição rígida e permanente dos direitos que haveriam de ser subtraídos de uma agenda transformadora, raciocina que tal empresa não seria possível, posto tratar-se de questão de natureza empírica e experimental.<sup>29</sup> Ademais, nos leva a concluir que a insistência num conjunto imutável e sacrossanto de direitos que haveriam de permanecer imunes às mudanças institucionais propugnadas por um projeto democrático radical, significaria uma rendição ao fetichismo institucional, pois a identificação precisa de tais direitos intangíveis faria pressupor a existência de uma forma institucional natural ou necessária a ser preservada.

Como quer que seja, Unger está ciente da necessidade de se manter um abrigo protetor que assegure determinadas prerrogativas jurídicas, sob pena de afastar as pessoas de um modelo de

---

ambos é essencialmente o mesmo, o que difere é o plano em que estão consagrados.

29 A democracia, além de implicar na ideia de que o mundo é algo por se construir, se concebe no modo da experiência e do ensaio.

experimentalismo acelerado, pois tenderiam a considerá-lo demasiado ameaçador, o que poderia fazê-las abraçar o primeiro despotismo que aparecesse. Assim, embora reconheça a importância dos direitos humanos e fundamentais, na medida em que devem representar um conjunto básico de garantias mínimas a serem asseguradas a todos os indivíduos, mesmo porque se não dispuserem “dos meios culturais e econômicos com os quais pudessem elaborar e realizar seus projetos de vida, elas seriam incapazes de utilizar com êxito sua liberdade maior numa democracia mobilizadora” (UNGER, 2004, p. 203), aponta em seus escritos que não seria adequado permitir que venham a significar uma forma de entrincheiramento que impeça a revisão dos contextos formadores.

Com efeito, em uma democracia energizada, haverá sempre uma tensão permanente entre este conjunto de direitos básicos que não de ser definidos pela própria mediação da política e as mudanças estruturais pretendidas. A aposta é que indivíduos empoderados possam ser equipados e inspirados a conduzir suas próprias vidas e, mais que isso, se sintam hábeis para ampliar, eles próprios, o conjunto de direitos partilhados pela sociedade, na medida em que Unger (2004) admite, no âmbito de uma democracia radical, um tipo de direito produzido de baixo para cima por grupos autônomos.

Assume, portanto, uma postura crítica em relação aos direitos humanos, pois constata que, malgrado assegurem garantias mínimas aos cidadãos, não devem significar um empecilho à construção de uma ordem social aberta à revisão e contestação.

No caso do Brasil, ademais, Unger é um acerbo opositor do weimarismo truncado e tardio do nosso diploma constitucional<sup>30</sup>, na medida em que promoveu a constitucionalização de

---

30 Há quem insista manter viva a ideia de uma Constituição Dirigente, ainda que em estado vegetativo, pois seu próprio criador já lhe decretou a morte

amplas e diversificadas expectativas sociais redistributivistas sem apresentar os meios e instrumentos capazes de concretizá-las. A seu ver, a menos que se discutam modelos de reconstrução econômica e social, não se podem esperar muitos avanços na implantação dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, conforme assinala Carlos Sávio Teixeira, o mais abalizado intérprete de Mangabeira Unger em nosso país:

A premissa da perspectiva experimentalista é que investir no social sem mudar as instituições não constrói cidadania. Assim, a ideia de reorganização estrutural da sociedade através de mudanças institucionais na política e na economia é o eixo da visão. Somente no contexto de reabertura da agenda da reorganização institucional da estrutura da economia num sentido democratizante, assim como da democracia representativa rumo à combinação com formas de democracia direta, tornará possível a realização dos ideais de justiça da filosofia política e caminhar em direção ao sentido dominante da ideia de democracia hoje no mundo: o engrandecimento das pessoas comuns. (TEIXEIRA, 2014, p. 216)

A democracia constitucional encerra um desafio e um paradoxo: se de um lado surge como o autogoverno popular, em contrapartida impõe limitações a esse mesmo poder, pois ao definir um conjunto de regras para a organização social e política de determinada comunidade, necessariamente limita-o.

## CONCLUSÃO

Unger é um pensador dialético. As partes que compõem seu pensamento se articulam e se movem numa totalidade. Assim, o meditar sobre ideias e interesses e a reflexão acerca das instituições

---

encefálica. Ver: CANOTILHO (2008).

que os concretizem não deve ser considerado processo que opere em fase e/ou atividades distintas, pois cada momento incorpora o outro sem ser redutível ao outro: as ideias e interesses adquirem parte do sentido quando se materializam em instituições e estas, por outro lado, são refeitas e ressignificadas a cada instante a partir da mesma dinâmica.

É legítimo concluir que, se Unger pretende, como passo inicial, restringir a pauta dos direitos fundamentais para fazer avançar um projeto de radicalização democrática,<sup>31</sup> é exatamente para melhor assegurar-lá no futuro, pois ela encontrará nos espaços a serem abertos por uma democracia de alta energia um plano mais elevado de afirmação da liberdade humana, capaz de garantir às pessoas o poder de agir e autonomia para transcender os contextos que as conformam, capacitando-as a ansiarem e compartilharem o desenvolvimento de futuros sociais alternativos. No particular, associa o vínculo entre direitos humanos e o experimentalismo democrático mais radical com a relação entre o amor de um pai e a disposição do filho para se arriscar em aventura e autotransformação, pois se oferecem um abrigo de estabilidades legalmente tuteladas, não deveriam impedir nem desencorajar os destinatários de sua proteção a construírem seus próprios caminhos.

Os nossos ideais políticos e espirituais estão atados às práticas e instituições que os representam de fato, e é no pensamento jurídico que alcançam sua concretização material e detalhamento. Portanto, é no Direito que a democracia radical forjará os instrumentos para transformação do arcabouço institucional que pretende reconstruir, mas, ao mesmo tempo, se não adota

---

31 Hoje testemunhamos um processo de banalização dos direitos humanos, com a defesa dos direitos humanos da terceira, quarta e até quinta geração. Como alerta Guy Haarscher, “Não se vê que a força dos direitos do homem reside essencialmente no seu caráter concreto, prático, jurídico” [...] de modo que a constante introdução de novos direitos ameaça vê-los transformados em uma “vaga reivindicação moralizante”. (1993, p. 52).

as devidas salvaguardas, nele poderá encontrar seu mais desafiador escolho.

## REFERÊNCIAS

ALTMAN, Andrew. **Critical legal studies**- a liberal critique. Princeton University Press: New Jersey, 1990.

ANDERSON, Perry. Unger e a política do engrandecimento. In:

ANDERSON, P. **Afinidades seletivas**. São Paulo: Boitempo, 2002.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. 8. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BENTHAM, Jeremy. **The collected works of Jeremy Bentham**. Oxford : Oxford University Press, 1983.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Topbooks Editora, 2012.

CAMPBELL, Tom. **La justicia**: los principales debates contemporâneos. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

CANOTILHO, J.J Gomes. **“Brançosos” e interconstitucionalidades**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2008.

COMETTI, J.P. **A Filosofia sem privilégios**: desafios do pragmatismo. Porto: Edições Asa, 1995.

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

HAWTHORN, Geoffrey. Practical reason and social democracy: reflections on Unger's passion and politics. in: Lovin, Robert; Perry, Michael Perry (Orgs), **Critique and construction** - a symposium on Roberto Unger's Politics. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

HAARSHER, Guy. **A filosofia dos direitos do homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LOVIN, Robin e PERRY, Michael (Eds.). **Critique and construction**: a symposium on Roberto Unger's Politics. New York: Cambridge University Press, 1987.

MARX, Karl. **A questão judaica**. 5. ed. São Paulo: Centauro Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. **A Ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PANIKKAR, Raimon. Is the notion of the human rights a western concept? In: **Diogenes**, n. 20, 1982.

RORTY, Richard. Unger, Castoriadis e o romance de um futuro nacional. **Escritos Filosóficos**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, v.2, 1999.

SKOF, Lenard. **Pragmatist variations on ethical and intercultural life**. Lanham: Lexington Books, 2012.

SOUZA. José Crisóstomo de. **Filosofia, racionalidade, democracia: os debates Rorty e Habermas**. São Paulo: UNESP, 2005.

\_\_\_\_\_. Unger, pragmatismo romântico e democracia radical. **Ideação**. Feira de Santana -BA, n. 23, p. 115/129, jul./dez. 2010.

TEIXEIRA, Carlos Sávio Gomes. Filosofia política e experimentalismo democrático: alternativa para realizar a justiça. **Revista Ética**. Florianópolis, v.13, n.1, pp. 204 – 222, jun. 2014.

SOUZA . Experimentalismo e democracia em Unger. **Lua Nova**, São Paulo, n. 80, p. 45-69, 2010.

TEIXEIRA. **A Esquerda experimentalista**: análise da teoria política de Unger. 2009. Tese (Doutorado em Ciência Política) — Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-07122009-144805/>>. Acesso em: 2016-03-22.

UNGER, Roberto Mangabeira. *The **critical legal studies** movement: another time, a greater task.* London: Verso, 2015.

\_\_\_\_\_. **The religion of the future.** Cambridge: Harvard University Press, 2014.

UNGER. **A reinvenção do livre comércio.** Rio de Janeiro: FGV, 2010.

\_\_\_\_\_. **The self awakened: pragmatism unbound.** Cambridge: Harvard University Press, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que a esquerda deve propor.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

\_\_\_\_\_. **El despertar del individuo. Imaginación y esperanza.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007.

UNGER. Uma nova faculdade de direito no Brasil. **Cadernos da FGV.** Rio de Janeiro: RJ, 2006.

\_\_\_\_\_. **Necessidades falsas.** São Paulo: Boitempo, 2005.

UNGER. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

UNGER. **Plasticity into power.** London: Verso, 2004.

\_\_\_\_\_. **False necessity: anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy.** London: Verso, 2002.

UNGER. **A transformação da sociedade.** Conferência pronunciada em janeiro de 2002, no Corpus Christi College, Universidade de Cambridge (Grã-Bretanha), Disponível em:[http://www.achegas.net/numero/dezenove/rob\\_mangabeira\\_19.htm](http://www.achegas.net/numero/dezenove/rob_mangabeira_19.htm).

\_\_\_\_\_. **Política:** Os textos centrais. São Paulo: Boitempo, 2001.

UNGER. **A segunda via:** presente e futuro do Brasil. São Paulo: Boitempo Editorial, 2000.

\_\_\_\_\_. **A democracia realizada.** A alternativa progressista. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

\_\_\_\_\_. **Paixão** - Um ensaio sobre a personalidade. São Paulo: Boitempo Editorial, 1998. UNGER, Roberto Mangabeira;

SMOLIN, Lee. **The singular universe and the reality of time.** Cambridge: Harvard University Press, 2014.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Politics:** the central texts. Edited with an introduction by Zhiyuan Cui. London: Verso, 1997.

\_\_\_\_\_. **A alternativa transformadora.** Como democratizar o Brasil. Rio de Janeiro, Guanabara, 1990.

UNGER. **Social theory:** its situation and its task. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.

UNGER. *The critical legal studies movement.* Cambridge: Harvard University Press, 1986.

UNGER. **Passion**: An essay on personality. New York and London: The Free Press, 1984.

\_\_\_\_\_. **Conhecimento e política**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

UNGER. **Law in modern society**: towards a criticism of social theory. New York: The Free Press, 1976.

UNGER. **O Direito na sociedade moderna**. São Paulo: Civilização Brasileira, 1976.

\_\_\_\_\_. **Knowledge and politics**. New York and London: The Free Press, 1975.

# PLANO DIRETOR E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM DEBATE A PARTIR DO CASO DE SALVADOR/BA<sup>32</sup>

CLÁUDIO OLIVEIRA DE CARVALHO<sup>33</sup>

RAONI ANDRADE RODRIGUES<sup>34</sup>

**RESUMO:** NOS ÚLTIMOS ANOS, UMA NOVA ORDEM JURÍDICO-URBANÍSTICA SURTIU E SE APERFEIÇOOU NO BRASIL, TORNANDO-SE A PRINCIPAL BANDEIRA DOS MOVIMENTOS DE REFORMA URBANA E O INSTRUMENTO TIDO COMO CHAVE PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE. AO MESMO TEMPO EM QUE ESSA ORDEM FLORESCEU, AS CIDADES BRASILEIRAS ASSISTIRAM A UMA ASCENSÃO DE MODELOS DE GESTÃO URBANA PAUTADA POR ESTRATÉGIAS NEOLIBERAIS DE ACUMULAÇÃO DE CAPITAL, QUE TRANSFORMAM OS TERRITÓRIOS LOCAIS EM VERDADEIROS NEGÓCIOS, RELEGANDO PARA SEGUNDO PLANO A SUA FUNÇÃO SOCIAL. O CASO DA ELABORAÇÃO E POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO PLANO DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO DE SALVADOR DEMONSTRA ESSE PARADOXO: A NOVA LEGISLAÇÃO URBANÍSTICA NÃO CONSEGUE SE SOBREPOR AOS INTERESSES CORPORATIVOS DOS GRANDES GRUPOS EMPRESARIAIS. O PRESENTE ESTUDO, BASEADO EM CUIDADOSA REVISÃO DE LITERATURA, PROCUROU ELUCIDAR OS ASPECTOS JURÍDICOS, POLÍTICOS E TECNOCRÁTICOS

---

32 Recebido em 11/09/15, aprovado, definitivamente, em 05/12/15.

33 Doutor em Desenvolvimento Regional e Planejamento Urbano. Professor Adjunto da UESB. Advogado. E-mail: ccarvalho@uesb.edu.br.

34 Bacharel em Direito. Membro do Grupo de Pesquisa Direito Urbano, Agrário, Ambiental e Movimentos Sociais da UESB. Advogado. E-mail: raoniarodrigues@gmail.com.

QUE TÊM PERMEADO A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO PLANO DIRETOR SOTEROPO-  
LITANO. AO FINAL, FOI PERCEPTÍVEL QUE A VISÃO DE CIDADE, ENQUANTO BEM  
COMUM E ESPAÇO DAS MAIS COMPLEXAS REALIZAÇÕES HUMANAS, TEM SIDO SU-  
PERADA POR UM MODELO QUE TRANSFORMA A MESMA CIDADE EM RENTÁVEL NE-  
GÓCIO PARA UNS POUCOS.

PALAVRAS-CHAVE: PLANO DIRETOR. GESTÃO DEMOCRÁTICA. DIREITO A  
CIDADE.

ABSTRACT: IN RECENT YEARS, A NEW URBAN LEGAL ORDER WAS CREATED  
AND PERFECTED IN BRAZIL, BECOMING THE MAIN FLAG OF THE URBAN REFORM  
MOVEMENT AND THE INSTRUMENT SEEN AS KEY TO ACHIEVING THE RIGHT TO  
THE CITY. WHILE THIS ORDER FLOURISHED, BRAZILIAN CITIES HAVE SEEN A RISE  
OF URBAN MANAGEMENT MODELS GUIDED BY NEOLIBERAL STRATEGIES OF CA-  
PITAL ACCUMULATION, WHICH TRANSFORM LOCAL TERRITORIES INTO REAL BU-  
SINESS, RELEGATING TO THE BACKGROUND ITS SOCIAL FUNCTION. THE CASE  
OF THE PREPARATION AND SUBSEQUENT DECLARATION OF UNCONSTITUTIONALITY  
OF THE MASTER PLAN OF SALVADOR DEMONSTRATES THIS PARADOX: THE NEW  
PLANNING LEGISLATION CANNOT OVERRIDE THE CORPORATE INTERESTS OF LAR-  
GE BUSINESS GROUPS. THIS STUDY, BASED ON CAREFUL REVIEW OF THE LITERA-  
TURE, SOUGHT TO CLARIFY THE LEGAL, POLITICAL AND TECHNOCRATIC ASPECTS  
THAT HAVE PERMEATED THE CONSTRUCTION OF A NEW MASTER PLAN. AT THE  
END, IT WILL BE APPARENT THAT THE CITY VIEW AS A COMMON AND COMPLEX HU-  
MAN ACHIEVEMENT SPACE HAS BEEN OVERCOME BY A MODEL THAT TRANSFORMS  
THE SAME CITY IN PROFITABLE BUSINESS FOR A FEW.

KEYWORDS: MASTER PLAN. DEMOCRATIC MANAGEMENT. RIGHT TO THE CITY.

## INTRODUÇÃO

A ordem jurídico-urbanística brasileira confere ao plano diretor um papel central para o planejamento das cidades. Mais do que um mero instrumento de organização espacial, o plano diretor se torna a base onde serão erigidos os instrumentos legais, voltados para a promoção da função social do território urbano e da realização do Direito à Cidade.

Segundo a legislação urbanística, o processo de elaboração do plano diretor deve ser marcado pela participação popular. O próprio Estatuto da Cidade (EC) coloca, dentre suas diretrizes: “[...] a gestão democrática por meio da participação da população [...] na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano” (BRASIL, 2001, artigo 2º, II). É notável que a construção democrática das leis urbanas não pode ser vista como um mero requisito de validade dos processos de planejamento, mas como um verdadeiro pressuposto de legitimidade das normas urbanísticas (FERNANDES, 2013). A participação popular, portanto, está na essência do planejamento, seguindo o princípio de que a cidade “é um espaço coletivo culturalmente rico e diversificado que pertence a todos os seus habitantes” (FÓRUM NACIONAL DE REFORMA URBANA, 2014).

Ocorre que o exemplo de Salvador, Bahia, infelizmente, aponta para problemas na democratização da gestão urbana. Nos últimos anos, uma série de legislações urbanísticas foi elaborada sem passar por processos realmente democráticos, fato que levou à invalidação judicial das mesmas. Hoje, a capital baiana ainda não conta com um plano diretor realmente condizente com o conteúdo da nova ordem jurídico-urbanística.

Casos como os de Salvador têm incitado um questionamento: por que instrumentos urbanísticos como o plano diretor, tão essenciais para o fomento da função social da cidade, ainda se

encontram- subutilizados na grande maioria dos municípios brasileiros, ou mesmo nem foram regulamentados? Verifica-se facilmente que as cidades brasileiras se encontram imersas em um grave quadro de segregação socioespacial, que limita o acesso da população a direitos dos mais básicos, como habitação, saneamento básico, acesso aos sistemas de educação e saúde etc., algo que contraria os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo EC (BRASIL, 2001). A própria democratização da gestão, consubstanciada na participação popular durante a elaboração e o acompanhamento de políticas urbanas, não tem passado de um mero discurso apaziguador, já que a sociedade não conta com um canal no qual ela seja realmente capaz de atuar na produção de sua própria cidade.

Analisando a experiência recente de Salvador, relativa à construção das suas principais leis urbanísticas, o presente artigo procura elucidar os principais obstáculos sociais, jurídicos e políticos que influenciam na construção de planos diretores participativos, trazendo reflexões sobre os avanços e as limitações da ordem jurídico-urbanística existente no Brasil.

## **1 ASPECTOS GERAIS SOBRE PLANEJAMENTO URBANO**

Em um período de apenas 50 anos, o Brasil deixou de ser um país predominantemente rural para se tornar uma das nações mais urbanizadas do mundo, com cerca de 83% de sua população habitando as cidades (BRASIL, 2014, p. 1). Tomando por base o caso de Salvador, a capital baiana abrigava apenas 417 mil habitantes no ano de 1950. Em 1960, sua população já alcançava 655 mil pessoas, taxa que foi incrementada rapidamente a partir dali, com 1.027.000 habitantes em 1970, 2.072.000 em 1991 e 2.675.000 em 2010 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E

ESTATÍSTICA, 2010). Enquanto essas taxas se elevaram rapidamente, a infraestrutura urbana e os mecanismos regulatórios não acompanharam tal velocidade, gerando deficiências na oferta e distribuição dos bens de consumo coletivos fornecidos pelo Estado.

O incremento demográfico não foi o único elemento que trouxe impactos diversos na realidade urbana de Salvador e de outras tantas cidades brasileiras. As relações sociais, políticas e econômicas também se tornaram mais complexas, gerando tensões constantes entre os diferentes atores que habitam ou simplesmente transitam pelo território urbano.

A “crise urbana” é uma realidade contemplada por qualquer indivíduo que transite pelo território de uma cidade brasileira de médio ou grande porte. E essa constatação não é nova. A noção de crise sempre tendeu a acompanhar as aglomerações urbanas em diferentes tempos e regiões do mundo. Apenas a título exemplificativo, Thomas Jefferson, contemplando a realidade urbana de seu tempo, chegou a afirmar que considera: “[...] as grandes cidades como pestilentas para a moral, a saúde e as liberdades do homem” (JEFFERSON *apud* CHUDACOFF, 1977, p. 9). E Raymond Williams, analisando as contradições entre o campo e a cidade de diferentes épocas, descreveu:

Essa vida fervilhante, de lisonja e suborno, de sedução organizada, de barulho e tráfego, com ruas perigosas por causa dos ladrões, com casas frágeis e amontoadas, sempre ameaçadas de incêndio, é a cidade como algo autônomo, seguindo seu próprio caminho (WILLIAMS, 1989, p. 70).

Para evitar que a cidade siga esse caminho que, segundo tantos, sempre a direciona para o mais puro caos, o planejamento urbano surge como ferramenta propícia para reverter esse quadro. Uma espécie de remédio que busca resgatar a ordem e a humanidade em meio a um cenário de desolação.

Apesar de ser a justificativa básica para a sua origem, a temática do planejamento de uma cidade de modo algum se limita à questão de se superar os problemas urbanos. A estruturação de uma cidade costuma produzir muitos outros resultados, como a transmissão das relações de poder e dos mecanismos de controle social, além dos privilégios de determinadas atividades econômicas. Muitos autores afirmam que os problemas urbanos comuns à maioria das cidades de países em desenvolvimento nem mesmo chegam a se tratar de incompetência administrativa para lidar com a crise, mas são o resultado do modelo de planejamento adotado, que é voltado, sobretudo, para a manutenção do *status quo* social (ROLNIK, 1997, p. 14; WHITAKER, 2013, p. 1; ABRAMO, 2007).

Com o fim de proporcionar uma compreensão mais profunda acerca do planejamento urbano, o presente artigo abordou algumas breves temáticas nos tópicos subsequentes.

## 1.1 CONCEITO DE PLANEJAMENTO URBANO

Conceituar o planejamento urbano não é tarefa fácil, principalmente em se tratando da realidade brasileira. Isso se deve ao fato de discurso e prática não costumarem caminhar juntos nesses assuntos. O planejamento urbano costuma ser entendido como “a ação do Estado sobre a organização do espaço intraurbano”, promovendo regulações sociais, econômicas e políticas locais (VILLAÇA, 1999, p. 173). Ocorre que esse conceito é frágil, pois se trata mais de um *discurso* do Estado acerca de como deve exercer o seu papel de modelador urbano, não condizendo necessariamente sobre o real potencial que suas ações possuem. Surge o seguinte problema teórico: o planejamento deve ser conceituado pelo que ele realmente é ou pelo que os teóricos gostariam que

ele se tornasse? O afastamento entre teoria e prática que marca a área do planejamento urbano será discutido pelo presente estudo em momento mais oportuno. Por hora, será analisado como a doutrina tem conceituado o objeto em questão.

José Afonso da Silva (2006, p.89) conceitua o planejamento urbano como o “processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”. Marcelo Lopes de Souza (2010), por sua vez, enfatiza as diferenças entre “planejamento” e “gestão”, termos que, apesar de semelhantes, possuem referenciais temporais completamente distintos. Planejar sempre remete ao futuro: significa “tentar simular os desdobramentos de um processo, com o objetivo de melhor precaver-se contra prováveis problemas ou, inversamente, com o fito de melhor tirar partido dos prováveis benefícios” (SOUZA, 2010, p. 46). A gestão remete ao presente: significa “administrar uma situação dentro dos marcos dos recursos presentemente disponíveis e tendo em vista as necessidades imediatas”. O planejamento é a preparação para a gestão futura. E a gestão é a concretização, ao menos em parte, do planejamento feito no passado. O planejamento e a gestão são, por isso, termos “distintos e complementares”.

Partindo desse pressuposto conceitual, os elementos do planejamento tidos como fundamentais são: (a) o pensamento orientado para o futuro; (b) a escolha entre alternativas; (c) a consideração de limites, restrições e potencialidades, e a consideração de prejuízos e benefícios; e (d) a possibilidade de diferentes cursos de ação, que dependem de condições e circunstâncias variáveis. Mas ainda resta um elemento essencial: a preocupação com a resolução de conflitos de interesses (SOUZA, 2010). É inegável que a cidade contemporânea é marcada pela coexistência de inúmeros interesses que recaem sobre um mesmo território. Um planejamento urbano realmente preocupado em projetar a cidade para futuros mais harmônicos não

pode ignorar esse fato. Aqui reside uma questão que acabou por revigorar parte do pensamento marxista, após um período em que o mesmo esteve ignorado por grande parte dos pesquisadores de diferentes áreas. Trata-se da *luta de classes*, um fenômeno descrito por Marx ainda em suas primeiras obras, e que tem servido para que os observadores da realidade urbana adquiram uma compreensão mais apurada da crise que insiste em assolar a cidade contemporânea. A forma como essa luta ocorre nos territórios urbanos e o papel que o Estado adota no sentido de conciliar o choque constante de interesses é o assunto abordado pelo próximo subtópico.

## 1.2 A LUTA DE CLASSES E O PAPEL DO ESTADO

Ao longo do último século, o tecido urbano foi se tornando extremamente complexo e vasto, agregando em um mesmo espaço, diversos ramos de atividades econômicas, permeados por uma rede de interação e deslocamento físico, e habitado por crescente população. Essa teia intrincada passou a necessitar de meios de consumo coletivos destinados à manutenção de sua estrutura (transportes, rede de distribuição de água e esgoto, energia elétrica, educação, saúde, lazer e habitação). As empresas, diferente dos primórdios da sociedade industrial, não tinham mais interesse em abrigar a sua mão de obra, tendo em vista o grande custo que isso geraria. Diante dessa abstenção, o Estado é chamado a intervir na dinâmica urbana, seja diretamente (através de políticas públicas, investimentos etc.), seja indiretamente (por meio de incentivos fiscais, fomentos, legislações etc.). Mais do que um mero interventor, o Estado se torna conciliador dos interesses do capital e os da massa operária, já que a luta de classes não se restringia aos espaços das empresas, mas se espalhava por toda a cidade. Os donos dos meios de produção se

preocupam em ordenar o meio urbano como se fosse a extensão de suas fábricas, buscando mecanismos que incrementassem a sua produção (DEBIAGGI, 1986).

É da natureza mais primordial da empresa a busca constante pela eficiência produtiva, e, sempre que for possível, exerce pressão social para atingir suas metas, como bem asseverou Henri Lefebvre (1969). No extremo oposto estão os trabalhadores. Para estes, os meios de consumo coletivo, antes de serem ferramentas destinadas à produção econômica que lhes fornece empregos, são itens fundamentais para a sua qualidade de vida, para a sua dignidade diária. São duas forças concorrentes que tentam moldar a cidade conforme seus interesses, principalmente no que se refere à ocupação e ao uso do espaço. Diante de prioridades tão distintas, o Estado tem a função de produzir e distribuir os bens de consumo coletivos através de uma subtração feita ao capital ou de uma maior apropriação dos rendimentos dos trabalhadores (CASTELLS, 1980). E essa subtração deve ser feita moderadamente, sob pena de gerar grave insatisfação social.

Não há que se pensar que a intervenção do poder estatal é um mecanismo regulador neutro aplicado a um sistema em desequilíbrio. Ao mesmo tempo em que ele concilia os interesses latentes da luta de classes, atua como indutor do crescimento econômico empresarial. O Estado, pois, se torna um aliado precioso do Capital, já que a classe política municipal costuma ser cooptada pelo poder econômico desde a campanha eleitoral, tornando-se mais suscetível em favorecer os interesses dos grupos dominantes em detrimento do bem-estar da coletividade.

Enquanto as políticas públicas se tornam cada vez mais elitistas, a grande maioria dos bens de consumo coletivos é relegada a segundo plano, já que comumente eles não geram lucro privado. “Daí nasce a crise urbana [...], da impossibilidade do sistema em produzir aqueles serviços cuja necessidade ele

mesmo gerou” (CASTELLS, 1980, p. 23). Seguindo essa opinião, Moema Debiaggi defende que as questões de uso e ocupação do solo, marcadas pela “luta” territorial entre diferentes classes, “traduz a contradição social do desenvolvimento capitalista” (DEBIAGGI, 1986, p. 12). Se por um lado o Capital adquire uma série de privilégios, por outro a população enfrenta problemas gravíssimos em serviços dos mais essenciais, como moradia, saneamento, mobilidade urbana e tantos outros.

Para desequilibrar ainda mais a luta de classes, os setores dominantes se voltam para o controle de partidos, organizações sociais e órgãos de imprensa, na tentativa de criarem ideologias que busquem justificar os privilégios que grandes grupos econômicos recebem do poder público. As construções ideológicas costumam trazer alegações que o investimento público no setor privado garante mais empregos e desenvolvimento local. Mas os anos passam, e os cenários de caos e degradação da vida urbana continuam imperantes na maioria das cidades dos mais diversos cantos do mundo.

Segundo o geógrafo David Harvey (2013, p. 1), o modelo de crescimento econômico imposto pelas classes dominantes não tem tornado a cidade melhor – apenas a torna mais cara. Desse modo, a cidade tem como marca maior a segregação, permitindo que “ilhas de primeiro mundo” possam existir em meio a um mar de grande pobreza (WHITAKER, 2013, p. 1), onde a maioria das pessoas não consegue habitar as regiões que mais recebem investimentos públicos. “Mais do que tudo, a riqueza isola; e mais do que tudo, a pobreza exclui” – em uma cidade como Salvador, a referida frase de Lawrence Durrell (2006, p. 158) se encaixa como uma profecia.

### 1.3 A “MÃO INVISÍVEL URBANA”

Não se pode negar que as conquistas na área da reforma urbana não ocorrem de modo sólido porque elas estão na contramão da ideologia econômica dominante. A política urbana depende de uma atuação estatal firme, e isso é justamente o contrário do que prega o Neoliberalismo. Uma das orientações fundamentais desse discurso enaltecido pela Convenção de Washington está voltada para a redução dos gastos públicos, para a reforma tributária no sentido de estimular (ou privilegiar) investimentos de grandes grupos empresariais, a privatização de estatais, a desregulamentação de leis econômicas e o favorecimento do investimento internacional sem restrições fiscais (NOVAES, 2014, p. 7).

A economia política da atualidade revigora o paradoxo liberal da “mão invisível”, conceito que coloca o equilíbrio econômico e social como oriundo das relações sociais dos indivíduos motivados pelos seus próprios interesses, e minimamente dependente da atuação de uma instituição soberana (o Estado).

Pedro Abramo (2010, p. 15) afirma que o discurso neoliberal invadiu as cidades propondo a ideia de uma “mão invisível urbana”, que seria o velho paradoxo liberal aplicado à realidade local. Dentro dessa ótica, as ações cotidianas do mercado naturalmente organizam o espaço urbano, cuja estabilidade e eficiência decorrem da liberdade de escolha e da livre concorrência mercantil. O Estado, representado por suas instituições, é tido como uma máquina incapaz de gerenciar a cidade em tempos dinâmicos. Quanto aos problemas sociais, serão resolvidos a partir do momento em que o lucro se proliferar pela cidade e chegar ao bolso de todos. Como elucidou criticamente Bernardo Kliksberg (2001, p. 18): “Haverá uma etapa de ‘apertar os cintos’, mas logo virá a reativação e, posteriormente, ela se ‘derramará’ aos desfavorecidos e os retirará da pobreza”.

É claro que a “mão invisível urbana” não é avessa a um Estado presente. Diferente do liberalismo puro, os capitalistas de hoje defendem e dependem de uma intervenção permanente do Estado (DEBIAGGI, 1986, p. 8). Como bem enunciou Lenora Alencastro (1986, p. 16): “[...] a produção do solo urbano no modo de produção capitalista se apoia na especulação, que por sua vez é alimentada pela ação do Estado”. Quando o poder público introduz em determinadas regiões bens de consumo coletivo (transportes, rede de água e esgoto, iluminação pública, habitação, equipamentos de saúde, educação e lazer etc.), o valor de troca dos imóveis tende a se elevar exponencialmente. É dessa forma que os especuladores acumulam lucros sem realizar investimentos diretos nos seus imóveis. Basta que as áreas circundantes tenham sua infraestrutura renovada pelo aparato estatal. Não por acaso Henry LeFebvre (1969, p. 168) denominava de modo alternativo o liberalismo que renascia: um “capitalismo monopolístico vinculado ao Estado”, no qual os benefícios advindos do investimento público são apropriados pelos grupos hegemônicos.

É lugar-comum nos dias de hoje a tentativa de se relacionar cidade e empresa. Peter Hall considerava as novas cidades como “máquinas de fazer riquezas”, a partir do momento que a lógica de mercado invadiu o urbanismo (HALL *apud* ARANTES, 2000, p. 21). Para os propagadores de sistemáticas empresariais, as cidades estão imersas em um cenário globalizado idêntico ao das empresas, e, portanto, devem se apropriar das mesmas técnicas utilizadas por elas. A “competição” se torna a palavra chave para esse modelo, já que a cidade contemporânea deve competir pelo investimento de capital e tecnologia, pela atração de indústrias, negócios, megaeventos e, por que não, turistas. As cidades se tornaram as multinacionais do século XXI (VAINER, 2000).

Outro elemento trazido pelo Neoliberalismo foi a constante deflagração de crises econômicas globais. David Harvey (2013) destaca que, desde que foi implantado, o atual modelo de política

econômica já foi responsável por 378 crises. De forma totalmente paradoxal, o Neoliberalismo, sistema que surgiu para livrar o mundo de eminentes crises econômicas, já foi responsável por inúmeras crises advindas em sua maioria do próprio modelo baseado na competição, na produção de excedentes sem destinação específica e na deterioração de recursos humanos e ambientais. Mas a “crise” tem um papel ideológico muito forte, que acaba por legitimar ações que gerariam grande insatisfação social, tudo em nome de um futuro mais proveitoso para o município. Georgio Agamben (2013) afirma que a ideia de crise contínua se tornou o mote da política moderna. A crise anunciada impõe um estado de emergência, onde direitos e garantias fundamentais são deixados de lado em nome da superação, da salvação. A crise se torna um instrumento de poder extremamente poderoso.

A noção de cidade empresarial aliada à sensação de crise infindável são dois obstáculos ao planejamento urbano. Primeiramente, porque o discurso técnico advindo do planejamento estratégico é privilegiado em detrimento das expectativas e opiniões dos habitantes. A cidade enquanto empresa deve ser coordenada de modo hábil por técnicos especializados, com o objetivo de incrementar a sua produtividade e competitividade. A tecnocracia, pois, é a consequência natural desse cenário, onde a análise que um pequeno grupo de especialistas extrai de algumas tabelas deve se sobrepor às expectativas de toda a população.

Em segundo lugar, a cidade empresarial que se esgueira sobre abismos de crise é, por natureza, despolitizada. A administração pública deve ser estável, e não um palco de debates onde milhares de pessoas despejam milhões de opiniões. A ótica neoliberal impõe que as pessoas não devem se preocupar com o projeto da cidade, mas sim com o seu sucesso (VAINER, 2000).

Uma terceira questão deve ser pontuada. Sob a ótica neoliberal, a busca pela produtividade e competitividade é tão fundamental

para a manutenção da ordem urbanística, que a cidade deve se livrar da rigidez dos planos diretores, dos zoneamentos e de qualquer outra legislação que a impeça de aproveitar as “janelas de oportunidades” dos grandes negócios. Cria-se um cenário que Carlos Vainer (2013, p. 38) conceitua como “cidade de exceção”, onde a lei se torna um mecanismo que pode ser aplicado ou não, de acordo com as premonições e os interesses do capital.

Dentro da ideologia neoliberal, a cidade não se torna apenas um local onde reina o consumo. A própria cidade se torna uma mercadoria, que será consumida por quem for capaz de adquirir algumas frações de seus territórios. Trata-se da consequência mais grave de tal ideologia: a cidade se torna ao mesmo tempo “lugar de consumo e consumo de lugar” (LEFEBVRE, 1969, p. 154). Deste modo, o Neoliberalismo acentua a contradição existente entre o valor de uso que o lugar representa para os seus habitantes e o valor de troca que o mesmo lugar representa para aqueles que querem extrair dele um benefício econômico (ARANTES, 2001).

## 2 O PLANO DIRETOR

Dentro da realidade brasileira, o planejamento urbano é estruturado por meio de um documento normativo fundamental, chamado de plano diretor. Trata-se da lei que irá balizar o uso e a ocupação da cidade, além de trazer os princípios e as diretrizes atinentes à promoção de um desenvolvimento urbano integral. Resta ao presente estudo elucidar como o plano diretor ocupa posição de destaque na nova ordem constitucional, e como o aludido instrumento de gestão urbana possui profundo caráter democrático.

## 2.1. O PLANO DIRETOR NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL

A CF (BRASIL, 1988), em seu artigo 182, parágrafo 1º, enfatiza que “o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana”, tornando-se obrigatório nas cidades com mais de 20 mil habitantes. A finalidade primordial deste instrumento é organizar o desenvolvimento físico, econômico e social do Município. Importante que seja frisado que, ao mesmo tempo em que define as diretrizes gerais das ações públicas, o plano diretor se volta para a produção de uma legislação urbanística, permitindo que a Administração Pública municipal adquira poderes fáticos de intervir na produção do espaço urbano (MENDONÇA, 2000).

Edésio Fernandes enfatiza que o plano diretor, na qualidade de instrumento básico do planejamento urbano, foi criado com o intuito de promover as quatro principais dimensões do EC, quais sejam: (a) determinação dos critérios para o cumprimento da função socioambiental da propriedade, algo que condicionará, inclusive, o exercício do direito à propriedade privada e, por conseguinte, produzir uma organização territorial que expresse um “projeto de cidade”; (b) identificação dos instrumentos urbanísticos<sup>35</sup> que contribuirão para a concretização de tal projeto; (c) mecanismos de regularização dos assentamentos informais; e (d) regulamentação dos processos de gestão urbana participativa (FERNANDES, 2006).

---

35 O plano diretor estipulado pelo EC é dotado de um *hall* amplo de instrumentos urbanísticos capazes de otimizar a função social das cidades: *Outorga Onerosa do Direito de Construir (Solo Criado)*, *Contribuição de Melhoria*, *Transferência do Direito de Construir*, *Operações Urbanas*, *Consórcio Imobiliário*, *Zonas de Especial Interesse Social (ZEIS)*, dentre outros. Cada Município deve adequar a aplicação dos referidos instrumentos de acordo com as suas particularidades.

Com a CF (BRASIL, 1988), o plano diretor deixou de possuir uma concepção estática para assumir uma concepção dinâmica, “deixando de ser a sistematização do que já existe para transformar-se na sistematização do desenvolvimento futuro” (SILVA, 2006, p. 99). E isso representou um grande avanço técnico para a política urbana, já que os planos diretores anteriormente eram instrumentos estritamente voltados para a organização espacial da cidade. Hoje, seguindo as diretrizes do da CF (BRASIL, 1988) e do EC (BRASIL, 2001), ele deve agregar normas voltadas para o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade e para a garantia do bem estar da comunidade local.

## 2.2. PLANO DIRETOR E PARTICIPAÇÃO POPULAR

A CF (BRASIL, 1988) e o EC (BRASIL, 2001) destacam o princípio da soberania popular como o balizador central na produção do espaço urbano, convocando o cidadão para gerir a cidade onde habita. Sobre a questão, Liana Mattos coloca que a “participação popular representa a expressão mais ativa do exercício da cidadania, por meio da interação direta do querer popular com os processos de tomada de decisão em nível governamental” (2000, p. 70).

José Afonso da Silva (2006) aponta que as intervenções urbanísticas costumam apresentar custos sociais e econômicos muito grandes, necessitando que essas ações tenham a capacidade de satisfazer o máximo de interesses coletivos, com o mínimo de prejuízos para os habitantes. A relação custo/benefício, deste modo, está no centro do planejamento, e deve estar voltada para a justa distribuição dos benefícios e dos ônus derivados da intervenção pública no território urbano. E a forma mais realista de se garantir tal democratização é através de um processo de participação popular que coloque o cidadão como

atuante nos processos decisórios de seu município, e não se baseando em pareceres construídos em gabinetes.

A participação popular produz benefícios muito interessantes para a cidade: (a) a participação contribui para minimizar certas fontes de distorção, como as oriundas da corrupção (já que cooptar centenas é mais difícil que cooptar alguns poucos representantes) e dos erros de avaliação (principalmente quando decorrentes da distância existente entre os técnicos e a realidade local); e (b) um processo participativo no planejamento urbano faz do cidadão um responsável direto pelo seu resultado. Assim, ele tratará de cuidar mais do patrimônio público que o envolve e de fiscalizar a ação dos agentes públicos que atuam diante dos seus olhos (SOUZA, 2010).

O EC (BRASIL, 2001) determina que a participação popular deva ser consubstanciada através de debates, audiências e consultas públicas, ou por iniciativa popular de projetos de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (artigo 43, II e IV). Não existem ainda dispositivos que determinem o alcance de tal participação, sendo que as poucas experiências positivas de planos diretores participativos são oriundas de esforços políticos locais, e não de uma observância à CF (BRASIL, 1988) e ao EC (BRASIL, 2001). Outro aspecto dificulta a participação direta do cidadão: os mecanismos de captação das opiniões coletivas são completamente mediados pelos agentes estatais. Normalmente, os temas discutidos ficam restritos a uma pauta previamente estabelecida pelo governo local, impossibilitando que os reais interesses e dificuldades da população sejam estabelecidos.

Mas esses não são os únicos desafios que a participação popular enfrenta na caminhada rumo à sua efetivação. O caso dos últimos planos diretores de Salvador demonstrará que a democratização da gestão municipal encontra forças antagonistas poderosas, que irão atropelar ou, por vezes, mascarar a participação popular, na tentativa de se priorizar os interesses de uma minoria hegemônica.

## 3 SALVADOR E O SEU PLANO DIRETOR

### 3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DOS PLANOS DIRETORES SOTEROPOLITANOS

As intensas discussões envolvendo o Plano Diretor de Salvador nem de longe são uma novidade. Depois da vigência do Estatuto da Cidade e antes mesmo de 2012, dois planos diretores foram sancionados sob intensa polêmica, em 2004 e 2008, alinhando notoriamente as regras de zoneamento ao interesse imobiliário (SANTANA, 2013).

O projeto de lei que deu origem ao Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) de 2004 foi elaborado por uma comissão de 30 membros, coordenada pela Secretaria de Planejamento (SEPLAM). Em apenas quatro encontros, eles promoveram uma revisão do plano que vigia desde 1985, sem ter aberto espaço para nenhum tipo de participação popular, a despeito da legislação municipal da época estabelecer a obrigatoriedade da construção democrática dos documentos legais que versassem sobre o planejamento urbano. (SANTANA, 2013). Deste modo, o PDDU de 2004 já nasce com vícios de legalidade, permanecendo *sub judice* até que estudos centralizados pela Universidade Federal da Bahia avaliassem as especificidades do documento. Ao longo do ano de 2005, verificou-se que o Plano não tinha viabilidade para ser mantido nem era passível de ser reelaborado (CRUZ, 2013), devido a sua imprecisão técnica e o seu potencial lesivo para o ambiente e para a sociedade. No mais, o documento legal destoava dos princípios mais essenciais do Estatuto da Cidade, como o de potencializar a função social da propriedade e o de reduzir a segregação espacial.

A administração municipal se viu obrigada a construir um novo Plano Diretor. E para que este não enfrentasse os graves problemas de legitimidade que inviabilizaram o PDDU anterior, muitas modificações textuais foram feitas. O PDDU de 2008 (Lei Municipal nº 7.400/2008) trás em seu texto claros dispositivos que reproduzem a lógica da nova ordem jurídico-urbanística inaugurada pela Constituição Federal de 1988.

Apesar de o PDDU de 2008 exibir textos compatíveis com a CF e o EC, ele sempre manteve distância fática de qualquer proposta que viesse a interromper a espoliação urbana pelo capital privado. É o que Ermínia Maricato (2001, p. 136) chama de *Plano Discurso*: uma reunião de textos que exibem princípios extremamente legítimos, mas sem nenhuma vocação para a concretude.

Cruz e Costa (2013) apontam para os fatores que tornaram o PDDU de 2008 um abismo que separa discurso e prática. Primeiramente, o referido Plano não se alinha substancialmente com o EC, limitando-se a cumprir algumas de suas formalidades apenas para não sofrer “perseguições jurídicas”. Se a população participou de sua elaboração, isso se deu apenas de forma ficta, já que nenhuma grande demanda popular foi observada no momento de aprovação da lei pela Câmara Municipal. Em segundo lugar, o PDDU de 2008 não trás a regulamentação dos principais instrumentos urbanísticos que objetivam a ampliação da função social da propriedade, a exemplo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) progressivo no tempo. Para completar, PDDU de 2008 tramitou por um processo legislativo repleto de vícios legais e regimentais.

A paisagem urbana de Salvador sofreu modificações profundas e preocupantes desde então. A pressão dos setores empresariais sobre a cidade tornou-se notória em qualquer breve observação sobre a cidade, principalmente se o olhar recair sobre o Acesso Norte e a Orla Marítima. Ambos foram alvejados por

grandes projetos imobiliários, responsáveis por transformar a paisagem a qualquer custo, com amplo desmatamento de Mata Atlântica, aterramento de lagoas e concentração de empreendimentos de grande porte em espaços reduzidos. O resultado de tamanha manobra exploratória já é sentido por aqueles que residem ou transitam por essas duas regiões da cidade.

### 3.2. OS DESCAMINHOS DE 2012<sup>36</sup>

Não bastassem os imbróglis nascidos com os PDDUs de 2004 e 2008, o ano de 2012 traz ainda mais descaminhos para o planejamento urbanístico de Salvador. Na verdade, o caso se inicia em dezembro de 2011, quando o Executivo Municipal encaminha para Câmara dos Deputados o projeto de lei do denominado “PDDU da Copa”, que alteraria o PDDU de 2008. A tramitação do “PDDU da Copa” desrespeitou largamente o rito legislativo imposto pela Lei Orgânica do Município (LOM), além de inobservar requisitos dos mais essenciais para o planejamento urbano: a participação popular e o estudo prévio de impacto urbano e ambiental.

Deve-se salientar que esses requisitos são elencados pela própria Constituição do Estado da Bahia (1989) <sup>37</sup>. Segundo tal documento legal, para que sejam realizadas alterações no PDDU, deverá ser garantida ampla e efetiva participação popular, corroborando com o princípio democrático que rege a República Federativa do Brasil e se perpetua por toda a ordem jurídi-

---

36 O presente tópico tem seu conteúdo básico extraído dos autos da ADI nº 0303489-40.2012.8.05.0000, considerando as alegações do MP-BA e da Prefeitura Municipal, além dos pronunciamentos do TJ-BA (BAHIA, 2008).

37 A Constituição do Estado da Bahia (1989), em seu artigo 64, dispõe: “Será garantida a participação da comunidade, através de suas associações representativas, no planejamento municipal e na iniciativa de projetos de lei de interesse específico do Município [...]”.

ca do país, a exemplo do Estatuto da Cidade. A obrigatoriedade de se avaliar os impactos urbanísticos e ambientais também é protegida pela Constituição estadual<sup>38</sup>.

Diante do caso de flagrante ilegalidade, o Ministério Público Estadual da Bahia (MP-BA) moveu uma ação judicial perante o Tribunal de Justiça da Bahia<sup>39</sup>, oportunidade em que os desembargadores imediatamente suspenderam a tramitação do projeto de lei do PDDU<sup>40</sup>.

Com a impossibilidade de levar as modificações do PDDU adiante, a Câmara Municipal faz a sua primeira grande peripécia. Alguns dispositivos que deveriam ser determinados por um Plano Diretor são incluídos no projeto de Lei de Ordenamento, Uso e Ocupação do Solo (LOUOS). Esta foi a forma que alguns vereadores encontraram para alterar dispositivos do PDDU sem cumprir os requisitos de sua tramitação, aprovando a Lei nº 8.167/2012 (a primeira LOUOS de 2012).

Mas essa peripécia contém altas doses de vícios legislativos. A partir do momento que uma lei se volte para alterar definições, conceitos, gabaritos e limites de ocupação urbana constantes em um PDDU, ela deverá ser originada através de um processo amplamente democrático, que garanta efetiva participação popular. Pouco importa o título que se dê a norma criada, sendo

---

38 A mesma Constituição determina, no *caput* de seu artigo 225, que: “os planos e projetos urbanísticos deverão ser elaborados e implementados de acordo com os padrões de qualidade ambiental, orientando-se no sentido da melhoria da qualidade de vida da população [...]”.

39 Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 0303489-40.2012.8.05.0000, cujo relator é o Ilmo. Sr. Desembargador José Edivaldo Rotondano.

40 Sobre a competência de um Tribunal estadual para julgar a ADI, o STF se pronuncia da seguinte forma: “a questão da constitucionalidade da lei municipal em face da Constituição estadual, ainda que em relação a dispositivo semelhante à Constituição Federal, é uma questão constitucional estadual, que deverá ser apreciada pela Corte de Justiça competente”.

relevante apenas o seu conteúdo material. Isso quer dizer que, caso a nova lei redefina os dispositivos do Plano Diretor, deverá seguir as regras de tramitação de um Plano Diretor, mesmo que tenha nome diverso, como é o caso da LOUOS (ADI nº 0303489-40.2012.8.05.0000, 2012, fl. 27).

Notando que a nova LOUOS (Lei nº 8.167/2012) modificava dispositivos do PDDU, o MP-BA promoveu uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que foi acolhida, por unanimidade, pelo TJ-BA, em agosto de 2012. O Tribunal ainda suspendeu sumariamente a aplicação das normas da LOUOS que modificavam o PDDU.

O Executivo Municipal e a Câmara de Vereadores ainda seriam capazes de cometer uma nova peripécia. Em dezembro de 2012, a Câmara recebe novos projetos de lei do Executivo, relativos a um novo PDDU e a uma nova LOUOS. Em um processo legislativo ainda mais viciado que o anterior, com cerceamento da devida participação popular e dos estudos de impacto, o órgão legislativo aprovou a Lei nº 8.378/2012 (o novo PDDU) e a Lei nº 8.379/2012 (a segunda LOUOS de 2012). Ambas foram sancionadas pelo então prefeito nos últimos dias de seu mandato. E algo chama muita atenção nesse episódio: as propostas elencadas pelas novas leis são cópias quase que idênticas da Lei nº 8.167/2012, que no momento estava suspensa para que sua constitucionalidade fosse julgada pelo TJ-BA. Os legisladores fizeram alterações mínimas em algumas palavras, sem que fosse alterada a essência das normas propostas. O PDDU e a LOUOS, aprovados no apagar das luzes de 2012, acabariam por produzir impasses jurídicos já no início da administração seguinte.

### **3.3. O DESENVOLVER JURÍDICO NA VIRADA DE GOVERNO**

A administração municipal que assumiu a prefeitura em 2013 iniciou sua gestão dotada de um PDDU e uma LOUOS extremamente contestável. Mesmo que pairasse uma nuvem de insegurança jurídica sobre eles, alguns alvarás chegaram a ser dados sob regência dos novos instrumentos legais.

Ainda no início do ano, o MP-BA realizou o aditamento do pedido da ADI imposta contra a Lei nº 8.167/2012, para que a referida ação abarcasse o PDDU e a LOUOS aprovados no final de 2012. O TJ-BA acolheu o pedido do MP-BA, baseando-se no entendimento majoritário do STF, que preza pela possibilidade de aditamento da petição inicial da ADI quando, no curso da ação, é editada nova lei revogando o diploma impugnado, mas perpetuando seus vícios e conteúdo. Deste modo, o Tribunal estendeu a suspensão da Lei nº 8.167/2012 aos novos PDDU e LOUOS, até que elas pudessem ser também julgadas com relação à sua (in)constitucionalidade.

Diante de visível dificuldade em procurar alguma constitucionalidade em documentos legais mergulhados na mais profunda inconstitucionalidade, a gestão municipal há muito já modificou o foco de suas ações: aperfeiçoar-se na arte do discurso. Ao invés de invocar o Direito, os gestores passaram a fazer alegações baseadas em análises fragmentadas e distorcidas, procurando impetuosamente restaurar as Leis Municipais suspensas.

### **3.4. O CAOS, A COPA E A TECNOCRACIA – 2013 É O ANO DOS DISCURSOS**

Em 2013, uma nova administração assumiu o comando do município de Salvador, tendo pela frente uma série de desafios. A administração pregressa deixou grandes pendências financeiras e

administrativas, tidas como inviabilizadoras de uma gestão mais consistente. Com base nisso, o discurso da nova gestão é carregado pela ideia de *crise*. E a crise teria se agravado ainda mais por conta da já citada decisão do TJ-BA de suspender o PDDU e a LOUOS de 2012. A Prefeitura Municipal se voltou com veemência contra a decisão, defendendo a manutenção dos famigerados documentos legais de 2012. A partir dali, números fatídicos foram apresentados pelo governo municipal e propagados com agilidade pela mídia. Apenas a título exemplificativo, o Jornal Bahia Negócios do dia 3 de agosto de 2013 colocou como manchete: “Suspensão da LOUOS e PDDU desempregará mais de 10.000 operários em Salvador” (SAMPAIO, 2013). O jornal Correio, por sua vez, publicou uma série de matérias a respeito do recente episódio envolvendo o PDDU e a LOUOS, destacando-se a que tem como título: “O PDDU e o desemprego”, cujo trecho foi destacado:

[a decisão do TJ] traz prejuízos à construção civil e, consequentemente, à geração de empregos. Afinal, os empreendimentos são realizados baseados em parâmetros legais estabelecidos pela Louos e PDDU. Agora, como ficam esses empreendimentos? A construção civil é um dos setores da economia que mais geram empregos, diretos e indiretos, em Salvador (PRATES, 2013, p 03).

Se a administração municipal anterior foi conhecida por criar leis urbanísticas repletas de vícios e atecnias, a atual gestão aprimorou-se na arte do discurso, principalmente quando se tratou de justificar o injustificável. Desse modo, o caso de Salvador vai demonstrar o quanto a prática discursiva neoliberal, já analisada pelo presente artigo, interfere na produção do espaço urbano. Primeiramente, a cidade de Salvador está impregnada pelo que Carlos Vainer (2001) chama de *consciência de crise*, ou seja, um sentimento coletivo que preza pelo temor de uma recessão econômica sem precedentes, e que por isso aceita desvios legais, em nome de um bem maior: a sobrevivência do município.

Trata-se de uma forma bastante eficaz de legitimar projetos que irão repercutir negativamente na vida de toda uma cidade. Sempre são apresentados muitos milhões de reais em prejuízos, pela perda de oportunidades dos negócios das empresas de construção, mas raramente são considerados os valores perdidos com a precarização da saúde, da educação, da mobilidade urbana, da segurança pública, do lazer etc.

A Copa do Mundo também fornece alguns dos principais elementos que dão corpo aos discursos construídos pela atual administração. É bem sabido que, diante da concorrência global, as grandes cidades disputam entre si pela captação do capital que circula o mundo em busca de investimentos atrativos. Esse fundamento permite ao administrador público a flexibilização de legislações e a supressão de direitos em nome da captação do capital privado que circunda pelo mundo. Segundo essa concepção, não há tempo para criação de consensos demorados a cerca de uma legislação urbanística cheia de detalhes. Salvador se torna mais uma “cidade negócio”, e ainda uma “cidade de exceção”, que trata o seu espaço urbano como uma mercadoria que deve ser constantemente moldada aos interesses dos investidores (VAINER, 2013, p. 38). O megaevento Copa do Mundo se liga perfeitamente ao exposto: fornece justificativas para a gestão municipal de Salvador voltar-se prioritariamente à imagem positiva da cidade frente aos visitantes e suas câmeras, mesmo que isso signifique subjugar os direitos da população local – fato verificado na Copa das Confederações 2013 e na Copa do Mundo 2014.

E de todos os discursos verificados, os que mais levantam atecnias são justamente aqueles oriundos dos técnicos – digam-se tecnocratas. Vale ressaltar que em tempos neoliberais, o Estado é cada vez mais considerado incompetente e incapaz de administrar a cidade. A ideologia pós-moderna coloca a lógica “gerencial” do meio privado como mais adequada para cuidar, inclusive, dos bens coletivos, esvaziando a dimensão política do planejamento urbano.

Mais vale o parecer instantâneo e superficial de um grupo de técnicos do que as expectativas e opiniões da sociedade. Em 2013, a tecnocracia urbana ganha novos contornos: ela se volta prioritariamente para manter o máximo de disposições do PDDU de 2012, mesmo que este tenha sido pautado pela inconstitucionalidade. As matérias jornalísticas mais recentes têm privilegiado o espaço destinado aos comentários dos especialistas, principalmente quando eles colocam que a decisão do TJ-BA causou um vácuo legislativo no que se refere ao planejamento urbano. Segundo seus comentários, a cidade teria parado no tempo, já que perdeu as possibilidades legais de criar novas ruas, viadutos e edificações. O jornal Correio mais uma vez fornece exemplos precisos com relação às exposições suscitadas. A capa da publicação do dia 24 de agosto de 2013 exibiu em letras garrafais a seguinte manchete: “Salvador sem PDDU e LOUOS”. De modo mais ou menos similar, as matérias jornalísticas costumam divulgar alguns números prováveis de alvarás suspensos e obras paradas, dando a entender que Salvador tinha se tornado uma cidade desregulada, carente de legislação urbana, impossibilitada de promover seu planejamento espacial.

Qualquer opinião que se coadune com a ideia de vácuo legislativo é absurda, pois contraria um dos dispositivos mais essenciais da Lei nº 9.868/99, instrumento legal que rege a ADI no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mas que é aplicada, subsidiariamente, à análise de ações declaratórias de inconstitucionalidade originadas com base na constituição estadual. Trata-se do artigo 11, parágrafo 2º, da referida lei, que expõe o seguinte: “A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior aca-so existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário”.

Aplicando o dispositivo ao caso de Salvador, chega-se a seguinte conclusão: quando a medida cautelar recaiu sobre o PDDU e a LOUOS de 2012, suspendendo seus efeitos, Salvador não deixou de ser regida por um Plano Diretor. Ao serem atingidas pelo efeito suspensivo da ADI, as leis viciadas se retiraram proviso-

riamente da ordem jurídica urbana, dando lugar novamente ao PDDU de 2008. A cidade, portanto, não sofreu uma ausência legislativa. Os alvarás que foram suspensos pela decisão do TJ-BA podem, quase todos eles, moldar-se aos regramentos do PDDU de 2008 e, deste modo, tornar-se viáveis juridicamente.

Em Salvador, como em tantas outras metrópoles do mundo, a expansão do capital é voraz: procura conquistar cada vez mais espaços, remodelando-os conforme seus interesses. Para isso, o setor empresarial e o governo municipal criaram discursos unissonos, propagados com velocidade pela mídia. Fala-se em crise, fala-se em Copa, fala-se em tecnicismos econômicos e em governabilidade. Mas pouco se fala em como a vida das pessoas será afetada com as leis espoliativas, e menos ainda em como o meio ambiente urbano será impactado.

### **3.5. A DECISÃO DEFINITIVA DO TJ/BA E A REAÇÃO DA PMS**

Depois de longa espera, a ADI proposta pelo MP/BA que recaía sobre as Leis Municipais nº 8.167/2012, nº 8.378/2012 e nº 8.379/2012 foi julgada pelo TJ/BA. As referidas leis tiveram sua inconstitucionalidade declarada em sessão plenária ocorrida no dia 14 de outubro de 2013, em votação expressiva – trinta votos contra dois.

A decisão do TJ/BA foi motivada justamente pela ausência de efetiva participação popular durante a elaboração dos documentos, além da inexistência de estudos técnicos que avaliassem as repercussões das leis. A decisão do TJ/BA, até aqui, superou as principais preocupações apresentadas pelo presente estudo. Ocorre que o mesmo tribunal votaria pela modulação de alguns efeitos das leis tidas como inconstitucionais.

O instituto jurídico conhecido como “modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade” foi uma construção doutrinária e jurisprudencial produzida em diversos países, com o intuito de aperfeiçoar o controle de constitucionalidade. Viu-se que, em alguns casos, a declaração de inconstitucionalidade gera muitos inconvenientes, como a insegurança jurídica, ausência de regulação de alguns fatos jurídicos específicos e lacunas normativas. Tornou-se necessária a criação de um instrumento jurídico capaz de suavizar a declaração de inconstitucionalidade, compatibilizando a decisão judicial com as necessidades da sociedade. O mecanismo que torna isso possível é a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, que, diante do documento legal a ser extirpado do sistema, preserva alguns de seus dispositivos temporariamente, até que uma nova lei seja criada (STERNICK, 2014, p. 56).

No caso de Salvador, a modulação dos efeitos acolhida pelo TJ/BA recai sobre dispositivos muito polêmicos. O primeiro deles viabiliza o projeto Linha Viva, que se refere à construção de uma via de alta velocidade em terreno público que será altamente pedagiada. Esse projeto irá remover cerca de 10 mil famílias de bairros como Saramandaia e Mussurunga, e seus muros irão dividir comunidades ao meio. No mais, produzirá danos ambientais sérios, na medida em que a via será construída em uma importante bacia hidrográfica e em área de grande massa vegetal que engloba a Represa do Cascão. Tudo isso sem os devidos estudos de impacto ambiental e urbano, e sem qualquer participação popular. A segunda consequência da modulação permite a implantação de um centro administrativo municipal no bairro dos Barris, projeto que será realizado através de uma Parceria Público Privada. E o terceiro ponto da modulação dos efeitos se direciona para a flexibilização do Estudo de Impacto de Vizinhança (INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL, 2014, p. 5-7).

Com a declaração de inconstitucionalidade das leis supracitadas, o planejamento urbano de Salvador está, no momento, sendo

embasado pelo PDDU de 2008 e pela LOUOS de 1984. Portanto, os dois principais documentos da política urbana soteropolitana foram construídos sem qualquer observância ao princípio da soberania popular.

Após ter assistido suas principais leis urbanísticas terem sua inconstitucionalidade declarada, a PMS se viu obrigada a iniciar o processo de elaboração do seu novo PDDU. Seus representantes têm salientado o caráter democrático que esse processo terá, assegurando que a participação popular acontecerá de fato. Ocorre que a primeira medida do governo local foi a de produzir o Decreto 24.392/2013, que cria uma comissão técnica para a revisão do PDDU. Num primeiro momento, a comissão se reunirá periodicamente para estabelecer os critérios básicos do plano. As audiências públicas passaram a ocorrer em fase posterior.

## **4 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE DEMOCRACIA E AUTONOMIA NA ÁREA DO PLANEJAMENTO URBANO**

### **4.1 O PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO COMO UM PROMOTOR DA AUTONOMIA**

Em um momento em que Salvador está elaborando o seu novo PDDU, essa reflexão sobre a participação popular se mostra salutar. Se bem elaborado, o novo plano diretor fornecerá condições favoráveis para um amadurecimento da democracia local e o fomento à cidadania. A participação popular no processo de elaboração das leis locais permite um confronto mais visível entre os diferentes agentes sociais, possibilitando a elaboração de consensos mais justos. Além disso, seu texto reflete as demandas sociais

de um determinado tempo e espaço, servindo de parâmetro para que os administradores públicos atuem conforme os anseios da população, além de fornecer os critérios pelos quais o cidadão poderá qualificar a atividade exercida pela Prefeitura Municipal. Os princípios e objetivos constantes no Plano ainda fornecem as diretrizes que deverão estar presentes durante qualquer elaboração normativa nas legislações urbanísticas complementares.

A participação popular como mecanismo de formulação do PDDU é uma possibilidade ímpar das pessoas se transformarem em cidadãos efetivamente. Na concepção liberal, a cidadania seria uma simples consequência do nascer, já que a condição humana seria uma garantidora natural de direitos e garantias. Milton Santos, confrontando esse pensamento, enfatiza que a cidadania se aprende. “A liberdade não é uma dádiva, mas uma conquista, uma conquista a se manter” (SANTOS, 2012, p. 20).

A partir do momento em que a ordem jurídico-urbanística abre espaço para os cidadãos construir as leis locais, o conceito defasado de cidadania (contaminado pela ótica capitalista da sociedade de classes) é substituído por outro dotado de maiores possibilidades. Diz-se que a *autonomia* seria um estado ainda superior à cidadania, onde as pessoas agiriam ocupariam o espaço público de forma consciente e ativa, construindo uma sociedade que realmente fosse fruto de consensos que reunissem as expectativas de todos.

O termo *autonomia* é originário do grego *autonomía*, e significa “dar-se a si próprio a sua própria lei” (SOUZA, 2010, p. 174). Trata-se de algo que está na essência dos planos diretores participativos, na medida em que a população é convocada para elaborar as leis de sua cidade, a autonomia se consolida como nova forma de comportamento coletivo. Não que a sociedade autônoma seja uma sociedade perfeita, como também não é nenhuma outra. A vantagem fundamental da sociedade autônoma se refere ao

fato de que a sociedade não fica marcada pela “separação institucionalizada entre dirigentes e dirigidos” (SOUZA, 2010, p. 175). As lutas pelo poder continuarão existindo, mas os atores que a disputam terão maior igualdade de forças, independente da classe a que pertençam.

Cornelius Castoriadis, o grande defensor desse modelo político, afirma que:

[...] uma sociedade justa não é uma sociedade que adotou leis justas para sempre. Uma sociedade justa é uma sociedade onde a questão de justiça permanece constantemente aberta, ou seja, onde existe sempre a possibilidade socialmente efetiva de interrogação sobre a lei e sobre o fundamento da lei (CASTORIADES *apud* SOUZA, 2010, p. 175-grifos do autor).

Não se pode desconsiderar que a luta pelo exercício da cidadania plena e pela construção de uma sociedade autônoma tem antagonistas poderosos. Independente dos benefícios em potencial que emanam de sua prática, o exercício da participação popular durante a elaboração dos planos diretores enfrenta vetores de poder que se perpetuam no Brasil há séculos.

## 4.2 OS OBSTÁCULOS À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Não se pode achar que os mecanismos de participação popular não encontraram barreiras fáticas de difícil transposição. A partir do momento em que leis urbanísticas forem produzidas coletivamente, haverá uma natural democratização da cidade, no sentido de que os benefícios do desenvolvimento urbano poderão ser divididos de forma mais justa. Os interesses dos grupos hegemônicos se veem constantemente ameaçados pelos canais de participação, o que os fazem acionar mecanismos de

defesa no sentido de sabotar o sucesso da gestão democratizada.

O primeiro obstáculo é verificado ainda na fase de implantação das audiências que dão vida ao plano diretor (ABERS *apud* SOUZA, 2010, p. 387). Os interesses do grande capital conseguem se infiltrar no conteúdo do plano, mesmo antes dele ser destinado ao debate popular. O que é levado ao campo da participação são elementos ínfimos de grandes projetos que já foram previamente desenhados. Salvador foi palco de muitos casos que comprovam esse posicionamento. Um deles se refere a um projeto de requalificação do seu centro antigo intitulado Projeto de Humanização Bairro Santa Tereza, proposto pela PMS em 2012. Depois que um grupo privado falhou em sua tentativa de revitalizar a região, foi o poder público que adotou o projeto como sendo seu, mudando um pouco o seu nome (antes se chamava Cluster Santa Tereza), e perpetuando a integridade de seu conteúdo. A população local foi convocada para uma audiência pública que trataria de um planejamento formulado por empresas privadas, e, mesmo assim, pouco poderia fazer para redesenhar o projeto segundo as necessidades coletivas.

O planejamento participativo encontra barreiras fáticas que reúnem um poderoso interesse especulativo do grande capital e um aparelho estatal viciado em potencializar tais interesses. A mídia televisiva e impressa forma essa tríplice aliança, a partir do momento em que lança constantes matérias oriundas do discurso dos grupos empresariais dominantes.

A participação popular também encontra desafios ideológicos que costumam ser suscitados pela Ciência Política tradicional. Essa ideologia se volta mais especificamente para o aspecto da participação enquanto experiência de democracia direta, na qual os cidadãos encontram vias imediatas de exercer o seu poder político.

A crítica que mais recai sobre os modelos de democracia direta se referem ao fato dela ser um sistema político compatível

apenas com pequenas coletividades, não sendo possíveis de ser realizados em uma cidade com milhões de habitantes. Salvador não é a Atenas da antiguidade – seria a constatação dessa linha teórica. A confluência de opiniões de uma população tão grande é difícil de ser absorvida, de fato, mas não se pode acreditar que os mecanismos de participação adotados pelo EC não são capazes de superar esse dilema, formando consensos reais acordados entre milhões de habitantes. As demandas dos diferentes grupos populacionais podem ser levadas aos debates por meio dos delegados escolhidos entre eles. Um delegado, diferente do político tradicional, não toma decisões discricionariamente, Cada um dos seus posicionamentos é tomado com relação à vontade do grupo que ele representa. E caso ele não esteja cumprindo bem o seu papel de “mensageiro do grupo”, poderá ser substituído através de mecanismos eletivos simples e rápidos. A descentralização territorial também é outra ferramenta que costuma ser utilizada para possibilitar debates coletivos com uma quantidade menor de pessoas, que se propõem a discutir sobre as localidades circundantes às suas residências (SOUZA, 2010).

Outro aspecto ideológico que reduz a força da participação popular se refere a uma descrença na capacidade técnica das pessoas que irão se manifestar nas audiências. A população brasileira, seja por desinteresse, seja por desconhecimento, não seria capaz de elaborar as normas que dizem respeito à cidade. Mas não se pode perder de vista que os técnicos podem compreender melhor os *meios* capazes de se cumprir metas, mas os *fins* do planejamento deverão ser decididos pela globalidade de habitantes (SOUZA, 2010). Os técnicos serão aqueles que apoiarão a população na decisão dos melhores caminhos para que os objetivos coletivos sejam cumpridos, através de um processo de compartilhamento de informações sobre o seu Município e de como as soluções podem ser viabilizadas.

Ainda na esteira da incapacidade, Rebecca Abers (*apud* SOUZA, 2010, p. 388) coloca que um dos obstáculos mais

complicados que a participação popular enfrenta se refere à desigualdade existente entre os diferentes grupos sociais com relação ao seu potencial participativo. Primeiramente, as pessoas mais abastadas dispõem de mais tempo e dinheiro para comparecerem às audiências públicas. Depois, o baixo nível de escolaridade dos grupos menos favorecidos, apesar de não serem fatores determinantes para a despolitização, dificulta que as demandas oriundas dos bairros populares sejam mais bem traduzidas para o mundo jurídico.

Mas o pior de todos os obstáculos refere-se à efetividade das leis urbanísticas. Mesmo que essas demandas se transformem em normas jurídicas, não existe no Brasil qualquer segurança quando o assunto é viabilizar a sua aplicabilidade em nome da função social da cidade. Interessante observar que essa deficiência de eficácia só poderá ser contornada se a participação popular não ficar restrita ao momento de elaboração das normas. Ela deve se estender para muito além, através de processos participativos continuados que transformem os habitantes em fiscais das ações públicas.

É notável que a elaboração de um plano diretor participativo encontra obstáculos de difícil superação. Não é por acaso que Salvador ainda não possui um PDDU que tenha sido regularmente formulado. As audiências públicas, quando existem, foram subvertidas, transformando-se em espaços de falsos debates. A população no geral é tida como pouco interessada pela vida pública, e os episódios de depredação em espaços públicos costumam ser interpretados como oriundos de “um povo sem educação”, que não merece a atenção do Estado. Talvez seja essa a justificativa para que os governos municipais que se alternam por Salvador sejam dotados de uma transparência falsificada, que maquie ou suprime dados que auxiliariam a população a compreender melhor sua cidade.

Atualmente Salvador passa por uma situação que revela a

grande falha da atual ordem jurídico urbanística. Depois de ter visto seu projeto de lei do PDDU ter sua inconstitucionalidade declarada, a PMS se voltou para um processo de grande formalização da participação popular. Espera-se, com isso, que todos os requisitos de validade sejam observados, objetivando um PDDU sem vícios. Resta saber se os mecanismos de participação serão canais efetivos não apenas para captar as manifestações da população, mas, acima de tudo, fazer com que seus anseios sejam transformados em normas constantes no plano.

Deve-se enfatizar que “participar” difere completamente de “comparecer”. E a partir do momento em que a PMS realiza encontros prévios para definir as bases do PDDU, sugere que o planejamento urbano continuará afastado das principais demandas populares. E aqui reside a grande falha da CF (BRASIL, 1988) e do EC (BRASIL, 2001), que impõe um grande obstáculo à democratização da gestão: ao definir a indispensabilidade da participação popular na elaboração do plano diretor, nenhum dos documentos legais estipulou as suas configurações (SANTOS JÚNIOR; MONTANDON, 2011, p. 46). Qual a sua composição? Quais os conteúdos que ela deve abranger? Qual o alcance de suas decisões? Os conselhos formados serão permanentes ou transitórios? Deliberativos ou consultivos? Este último ponto gera a maior de todas as discussões acerca do plano diretor participativo: eles serão constituídos de normas que o Executivo estará vinculado, ou de dispositivos sem conteúdo obrigatório?

Independente dos avanços da atual legislação urbanística brasileira, ela possui lacunas que precisam ser sanadas, com o objetivo de fortalecer a participação popular, no sentido de impedir que os interesses de uma minoria continuem reduzindo o alcance e o conteúdo dos debates públicos. Seria um passo importantíssimo para que os obstáculos sociais e econômicos que se opõem à participação possam ser superados, ou, pelo menos, mitigados.

## 4.2 OS OBSTÁCULOS À PARTICIPAÇÃO POPULAR

Não se pode achar que os mecanismos de participação popular não encontraram barreiras fáticas de difícil transposição. A partir do momento em que leis urbanísticas forem produzidas coletivamente, haverá uma natural democratização da cidade, no sentido de que os benefícios do desenvolvimento urbano poderão ser divididos de forma mais justa. Os interesses dos grupos hegemônicos se veem constantemente ameaçados pelos canais de participação, o que os faz acionar mecanismos de defesa no sentido de sabotar o sucesso da gestão democratizada.

O primeiro obstáculo é verificado ainda na fase de implantação das audiências que dão vida ao plano diretor (ABERS *apud* SOUZA, 2010, p. 387). Os interesses do grande capital conseguem se infiltrar no conteúdo do plano, mesmo antes dele ser destinado ao debate popular. O que é levado ao campo da participação são elementos ínfimos de grandes projetos que já foram previamente desenhados. Salvador foi palco de muitos casos que comprovam esse posicionamento. Um deles se refere a um projeto de requalificação do seu centro antigo intitulado Projeto de Humanização Bairro Santa Tereza, proposto pela PMS em 2012. Depois que um grupo privado falhou em sua tentativa de revitalizar a região, foi o poder público que adotou o projeto como sendo seu, mudando um pouco o seu nome (antes se chamava Cluster Santa Tereza), e perpetuando a integridade de seu conteúdo. A população local foi convocada para uma audiência pública que trataria de um planejamento formulado por empresas privadas, e, mesmo assim, pouco poderia fazer para redesenhar o projeto segundo as necessidades coletivas.

O planejamento participativo encontra barreiras fáticas que reúnem um poderoso interesse especulativo do grande capital e um aparelho estatal viciado em potencializar tais interesses.

A mídia televisiva e impressa forma essa tríplice aliança, a partir do momento em que lança constantes matérias oriundas do discurso dos grupos empresariais dominantes.

A participação popular também encontra desafios ideológicos que costumam ser suscitados pela Ciência Política tradicional. Essa ideologia se volta mais especificamente para o aspecto da participação enquanto experiência de democracia direta, na qual os cidadãos encontram vias imediatas de exercer o seu poder político.

A crítica que mais recai sobre os modelos de democracia direta se referem ao fato dela ser um sistema político compatível apenas com pequenas coletividades, não sendo possíveis de ser realizados em uma cidade com milhões de habitantes. Salvador não é a Atenas da antiguidade – seria a constatação dessa linha teórica. A confluência de opiniões de uma população tão grande é difícil de ser absorvida, de fato, mas não se pode acreditar que os mecanismos de participação adotados pelo EC não são capazes de superar esse dilema, formando consensos reais acordados entre milhões de habitantes. As demandas dos diferentes grupos populacionais podem ser levadas aos debates por meio dos delegados escolhidos entre eles. Um delegado, diferente do político tradicional, não toma decisões discricionariamente. Cada um dos seus posicionamentos é tomado com relação à vontade do grupo que ele representa. E caso ele não esteja cumprindo bem o seu papel de “mensageiro do grupo”, poderá ser substituído através de mecanismos eletivos simples e rápidos.

A descentralização territorial também é outra ferramenta que costuma ser utilizada para possibilitar debates coletivos com uma quantidade menor de pessoas, que se propõem a discutir sobre as localidades circundantes às suas residências (SOUZA, 2010).

Outro aspecto ideológico que reduz a força da participação popular se refere a uma descrença na capacidade técnica das pessoas que irão se manifestar nas audiências. A população

brasileira, seja por desinteresse, seja por desconhecimento, não seria capaz de elaborar as normas que dizem respeito à cidade. Mas não se pode perder de vista que os técnicos podem compreender melhor os *meios* capazes de se cumprir metas, mas os *fins* do planejamento deverão ser decididos pela globalidade de habitantes (SOUZA, 2010). Os técnicos serão aqueles que apoiarão a população na decisão dos melhores caminhos para que os objetivos coletivos sejam cumpridos, através de um processo de compartilhamento de informações sobre o seu Município e de como as soluções podem ser viabilizadas.

Ainda na esteira da incapacidade, Rebecca Abers (*apud* SOUZA, 2010, p. 388) coloca que um dos obstáculos mais complicados que a participação popular enfrenta se refere à desigualdade existente entre os diferentes grupos sociais com relação ao seu potencial participativo. Primeiramente, as pessoas mais abastadas dispõem de mais tempo e dinheiro para comparecerem às audiências públicas. Depois, o baixo nível de escolaridade dos grupos menos favorecidos, apesar de não serem fatores determinantes para a despolitização, dificulta que as demandas oriundas dos bairros populares sejam mais bem traduzidas para o mundo jurídico.

Mas o pior de todos os obstáculos refere-se à efetividade das leis urbanísticas. Mesmo que essas demandas se transformem em normas jurídicas, não existe no Brasil qualquer segurança quando o assunto é viabilizar a sua aplicabilidade em nome da função social da cidade. Interessante observar que essa deficiência de eficácia só poderá ser contornada se a participação popular não ficar restrita ao momento de elaboração das normas. Ela deve se estender para muito além, através de processos participativos continuados que transformem os habitantes em fiscais das ações públicas.

É notável que a elaboração de um plano diretor participativo encontra obstáculos de difícil superação. Não é por acaso

que Salvador ainda não possui um PDDU que tenha sido regularmente formulado. As audiências públicas, quando existiram, foram subvertidas, transformando-se em espaços de falsos debates. A população no geral é tida como pouco interessada pela vida pública, e os episódios de depredação em espaços públicos costumam ser interpretados como oriundos de “um povo sem educação”, que não merece a atenção do Estado. Talvez seja essa a justificativa para que os governos municipais que se alternam por Salvador serem dotados de uma transparência falsificada, que maquia ou suprime dados que auxiliariam a população a compreender melhor sua cidade.

Atualmente Salvador passa por uma situação que revela a grande falha da atual ordem jurídico urbanística. Depois de ter visto seu projeto de lei do PDDU ter sua inconstitucionalidade declarada, a PMS se voltou para um processo de grande formalização da participação popular. Espera-se, com isso, que todos os requisitos de validade sejam observados, objetivando um PDDU sem vícios. Resta saber se os mecanismos de participação serão canais efetivos não apenas para captar as manifestações da população, mas, acima de tudo, fazer com que seus anseios sejam transformados em normas constantes no plano.

Deve-se enfatizar que “participar” difere completamente de “comparecer”. E a partir do momento em que a PMS realiza encontros prévios para definir as bases do PDDU, sugere que o planejamento urbano continuará afastado das principais demandas populares. E aqui reside a grande falha da CF (BRASIL, 1988) e do EC (BRASIL, 2001), que impõe um grande obstáculo à democratização da gestão: ao definir a indispensabilidade da participação popular na elaboração do plano diretor, nenhum dos documentos legais estipulou as suas configurações (SANTOS JÚNIOR; MONTANDON, 2011, p. 46). Qual a sua composição? Quais os conteúdos que ela deve abranger? Qual o alcance de suas decisões? Os conselhos formados serão permanentes ou transitórios?

Deliberativos ou consultivos? Este último ponto gera a maior de todas as discussões acerca do plano diretor participativo: eles serão constituídos de normas que o Executivo estará vinculado, ou de dispositivos sem conteúdo obrigatório?

Independente dos avanços da atual legislação urbanística brasileira, ela possui lacunas que precisam ser sanadas, com o objetivo de fortalecer a participação popular, no sentido de impedir que os interesses de uma minoria continuem reduzindo o alcance e o conteúdo dos debates públicos. Seria um passo importantíssimo para que os obstáculos sociais e econômicos que se opõem à participação possam ser superados, ou, pelo menos, mitigados.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política urbana de Salvador tem seguido a tendência das principais cidades brasileiras, onde a intervenção estatal, ao invés de seguir as diretrizes legais que se ligam à concretização do Direito à Cidade, acaba por favorecer a concentração de renda, propriedade e poder de forma abusiva, gerando segregação social e espacial, degradação do meio ambiente, precariedade nas condições de trabalho e lazer, privatização do espaço público, etc. (OSÓRIO, 2006).

A declaração de inconstitucionalidade que recaiu sobre o PDDU da Copa (e as duas LOUOS elaboradas em 2012) não representou uma vitória para a população soteropolitana. Em primeiro lugar, foi acompanhado pela modulação dos efeitos de dispositivos capazes de provocar graves danos ambientais e sociais à cidade. Depois, o PDDU que passou a vigor, o de 2008, não necessariamente é interessante para Salvador, na medida em que não foi produzido de modo democrático.

Já foi apontado pelo presente trabalho que os mecanismos

de participação popular precisam ser mais especificados pela CF de 1988 e pelo EC, no sentido de impedir que os interesses do grande capital comprometam a real democratização da gestão. Mas não se pode acreditar que a simples elaboração de leis federais por si só produzirá efeitos sociais significativos. Ermínia Maricato (2001) alega que o grande equívoco dos movimentos sociais que objetivam a Reforma Urbana foi concentrar quase todo o seu esforço na produção legislativa. Não se nega aqui a importância da norma jurídica como instrumento coercitivo capaz de orientar uma construção mais democrática do espaço urbano. Acontece que as cidades brasileiras são marcadas pelo confronto entre legalidade e ilegalidade, entre a cidade e a *não cidade*. Na prática, a lei urbanística não consegue atingir de modo satisfatório as suas duas finalidades básicas: não amplia o acesso dos cidadãos às condições de vida mais básicas, e nem estabelece limites fáticos aos interesses do capital privado.

Diante do exposto, vê-se que o operador do Direito que se ocupe do estudo das legislações urbanísticas não pode restringir sua análise apenas às questões que envolvam a vigência e a validade de tais normas. A cidade não pode ser tratada como um mero “território do dever ser”. É da responsabilidade do operador do direito priorizar o plano de eficácia das normas que analisa, já que o Direito não tem como finalidade primordial a construção de modelos teóricos ideais. Muito pelo contrário, o Direito deve ser considerado um instrumento capaz de harmonizar as relações humanas, inclusive espacialmente.

O presente estudo buscou demonstrar que a superação do atual impasse que existe no planejamento urbano de Salvador depende de uma inovação nas formas de compreender e idealizar a cidade. A capital baiana vive um momento muito rico para se realizar reflexões nesse sentido: o da elaboração de um novo PDDU. E o atual discurso tecnocrático e elitista que costumou influenciar na base dos planos anteriores precisa ser substituído por

novas formas de se “fazer política”, mais capazes de restaurar a esfera pública, de construir vínculos sociais e de proporcionar canais coletivos de debate que rediscutam periodicamente o planejamento da cidade (SEIXAS, 2014). O modelo hierarquizado que se estabelece entre o Estado e a sociedade deve dar espaço para formas mais abertas de participação popular, que permitam aos soteropolitanos não apenas incluir suas demandas nas leis urbanísticas, mas, acima de tudo, que possibilitem a todos fiscalizar e qualificar a implementação das políticas públicas. E não apenas a participação popular precisa ser mais bem construída e assimilada pelo novo PDDU, mas também o próprio conceito do que é a cidade, e para que e para quem ela serve, precisa ser melhor definido e compartilhado por toda a população.

A cidade não pode ser considerada apenas como um conjunto de monumentos que solidificam a convivência humana. Muito pelo contrário. A realidade urbana é fluida, dotada de planos diversos, dimensões que podem guardar semelhanças ou paradoxos entre si. Ela é a todo tempo construída e reconstruída a partir dos fatores econômicos, políticos e culturais que emanam do cotidiano social; e pode ser a todo tempo interpretada e reinterpretada, de acordo com as crenças e interesses que motivem os olhares. Diante das infinitas possibilidades de compreensão e de vivência que podem emanar da realidade urbana, Henry Lefebvre (1978) afirma que a cidade nunca poderá ser caracterizada como uma obra já terminada, resultado de um sistema natural imposto aos cidadãos. Muito pelo contrário, a cidade é um livro que está sempre por fazer, renovando-se conforme os destinos sejam elaborados pelos seus habitantes. E a sua lei, portanto, deve orientar-se nesse sentido.

## REFERÊNCIAS

ABRAMO, Pedro. **A cidade caleidoscópica**: coordenação espacial e convenção urbana. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. 368 p.

AGAMBEN, Giorgio. **A crise infindável como instrumento de poder**. Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/category/giorgio-agamben/>>. Acesso em: 4 set. 2013.

ARANTES, Otilia. Uma estratégia fatal – a cultura nas novas gestões urbanas. In: **A cidade do pensamento único**. Petrópolis: Vozes, 2001.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia (1989)**.

Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0303489-40.2012.8.05.0000. Requerente: Procurador Geral de Justiça do Estado da Bahia. Requerido: Câmara de Vereadores da Cidade de Salvador. Relator: José Edivaldo Rotondano. Salvador, 2 de junho de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/>>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

\_\_\_\_\_. Estatuto da Cidade (2001). **Estatuto da Cidade**: Lei n. 10.257. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

\_\_\_\_\_. Ministério das Cidades. **Programa nacional de capacitação das cidades**. Disponível em: <<http://www.sedhab.df.gov.br.pdf>>. Acesso em: 16 de ago. 2014.

CASTELLS, Manuel. **Cidade, democracia e socialismo**. Tradução de Gloria Rodriguez. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

CHUDACOFF, Howard P. **A evolução da sociedade urbana**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.

CRUZ, Leandro de S.; COSTA, Luis A. M. **Rede de avaliação e capacitação para a implementação dos Planos Diretores Participativos – Salvador/BA**. Disponível em: <[www.observatoriodasmetropoles.net](http://www.observatoriodasmetropoles.net)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

DEBIAGGI, Moema C. **Política urbana: a produção e o consumo da cidade**. 2. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1986.

DURREL, Lawrence. **O quarteto de Alexandria**. v. 1. Justine. São Paulo: Ediouro, 2006.

FERNANDES, Edésio. Estatuto da Cidade, mais de 10 anos depois: razão de descrença, ou razão de otimismo? **Revista UFMG**, Belo Horizonte, v. 20, n.1, p.212-233, jan./jun. 2013.

FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERNANDES, Edésio. **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FÓRUM NACIONAL DE REFORMA URBANA. **Carta Mundial do Direito à Cidade**. Disponível em: <http://www.forumreformaurbana.org.br>. Acesso em: 11 abr. 2014.

HARVEY, David. **Direito à cidade**. Disponível em: <[www.deriva.com.br](http://www.deriva.com.br)>. Acesso em: 14 abr. 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sinopse do Censo 2010**. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=6&uf=00>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

INSTITUTO DE ARQUITETOS DO BRASIL. Departamento da Bahia. **Sobre a ADI e a modulação dos seus efeitos**. Disponível em: <<http://www.iab-ba.org.br/2013/.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2014.

KLIKSBERG, Bernardo. **Falácias e mitos do desenvolvimento social**. São Paulo: Cortez, 2001.

LEFEBVRE, Henri. **El derecho a la ciudad**. Tradução de J. Gonzalez. Barcelona: Ediciones Península, 1978.

LEITÃO, Lúcia. Remendo novo em pano velho: breves considerações sobre os limites dos planos diretores. In: \_\_\_\_\_. **Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MARICATO, Ermínia. **O impasse da política urbana no Brasil.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: planejamento urbano no Brasil. In:

\_\_\_\_\_. **A cidade do pensamento único.** Petrópolis: Vozes, 2001.

MENDONÇA, Jupira G. Plano Diretor, gestão urbana e descentralização: novos caminhos, novos debates. In: F

ERNANDES, Edésio (Org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MATTOS, Liana P. Limitações urbanísticas à propriedade. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito urbanístico e política urbana no Brasil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

NOVAES, André. **Consenso de Washington:** crise do Estado desenvolvimentista e seus efeitos sociais. Disponível em: <<http://www.uff.br/periodicos/humanas/>>. Acesso em: 20 ago. de 2014.

OSÓRIO, Leticia M. Direito à cidade como direito humano coletivo. In: FERNANDES, Edésio (Org.). **Direito urbanístico – estudos brasileiros e internacionais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PRATES, Leo. O PDDU e o desemprego. **Jornal Correio,** Salvador, 1 ago. 2013. Cidade, p. 6.

ROLNIK, Raquel. **A cidade e a lei:** legislação, política urbana e territórios na cidade de São Paulo. São Paulo: Studio Nobel: Fapesp, 1997.

SALVADOR. Decreto Municipal nº 24.215/2013, <[https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2013/2421/24215/decreto-n-24215-2013-regulamenta-o-art-22-da-lei-n-7186-de-27-de-dezembro-de-2006-codigo-tributario-e-de-rendas-do-municipio-do-salvador-na-forma-que-indicahttp://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/leis\\_estruturas\\_organizacionais/documentos/Lei%207.400-08.pdf](https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/2013/2421/24215/decreto-n-24215-2013-regulamenta-o-art-22-da-lei-n-7186-de-27-de-dezembro-de-2006-codigo-tributario-e-de-rendas-do-municipio-do-salvador-na-forma-que-indicahttp://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/leis_estruturas_organizacionais/documentos/Lei%207.400-08.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal nº 8.167/2012. <[http://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/-leis\\_estruturas\\_organizacionais/documentos/Lei\\_8.167\\_2012.pdf](http://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/-leis_estruturas_organizacionais/documentos/Lei_8.167_2012.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Municipal nº 8.379/2012. Disponível em: <[http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/diario\\_oficial23.730.pdf](http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/diario_oficial23.730.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2013

\_\_\_\_\_. Lei Municipal nº 8.378/2012. Disponível em: <[http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/diario\\_oficial23.730.pdf](http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2014/11/diario_oficial23.730.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2013.

SANTANA, Celia Regina S. **Aplicação do estatuto da cidade em Salvador**: o discurso e a prática. Disponível em: <[www.tede.unifacs.br](http://www.tede.unifacs.br)>. Acesso em: 24 jul. 2013.

SAMPAIO, Denise. Suspensão da LOUOS e PDDU desempregará mais de 10.000 operários em Salvador. **Jornal Bahia Negócios**, Salvador, 3 ago. 2013. Economia, p. 3.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

SANTOS JUNIOR, Orlando A. dos; MONTANDON, Daniel T. **Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade**: balanço crítico e perspectivas. Rio de Janeiro: Letra Capital: Observatório das Cidades: IPPUR/UFRJ, 2011.

SEIXAS, João. **A cidade na encruzilhada**: repensar a cidade e a sua política. Disponível em: <[http://www.observatoriodasmetropoles.net/livro\\_cidade.pdf](http://www.observatoriodasmetropoles.net/livro_cidade.pdf)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

SILVA, José A. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

STERNICK, Daniel. **Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/.PDF>>. Acesso em 31 de ago. 2014.

WHITAKER, João. **Alcances e limitações dos instrumentos urbanísticos na construção de cidades democráticas e socialmente justas**. Disponível em: <<http://cidadesparaquem.org/textos-academicos/2013/>>. Acesso em: 14 dez. 2013.

VAINER, Carlos B. Pátria, empresa e mercado. In: \_\_\_\_\_. **A cidade do pensamento único**. Petrópolis: Vozes, 2001.

\_\_\_\_\_. Quando a cidade vai às ruas. In: MARICATO, Erminia (Org.). **Cidades rebeldes**. São Paulo: Boitempo, 2013.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DÉAK, Csaba; SHIFFER, Sueli (Org.). **O processo de urbanização no Brasil**. São Paulo: USP, 1999.

WILLIAMS, Raymond. **O campo e a cidade na história e na literatura**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

# RACIONALIDADE ECONÔMICA, ESCOLHAS TRÁGICAS E O CUSTO DOS DIREITOS NO ACESSO À SAÚDE<sup>41</sup>

OSMIR ANTONIO GLOBEKNER<sup>42</sup>

**RESUMO:** O PRESENTE ARTIGO TRATA DA QUESTÃO DA RACIONALIDADE ECONÔMICA NA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS SOCIAIS ESCASSOS EM SAÚDE, O QUE É FEITO PARTINDO-SE DA DISCUSSÃO SOBRE O TEMA DAS ESCOLHAS TRÁGICAS, DE ACORDO COM A DOCTRINA EXPOSTA POR GUIDO CALABRESI E PHILIP BOBBITT, E DA DISCUSSÃO SOBRE O CUSTO DOS DIREITOS ENCETADA POR STEPHEN HOLMES E CASS SUNSTEIN, NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO, CONFORME ABORDAGEM DE GUSTAVO AMARAL E FLÁVIO GALDINO. CONTRASTA-SE A QUESTÃO DA RACIONALIDADE PURAMENTE ECONÔMICA COM A QUESTÃO ÉTICA E JURÍDICA DA JUSTIÇA NA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS ESCASSOS, QUE HÁ DE SER INFORMADA BASICAMENTE POR CRITÉRIOS DE IGUALDADE NO ACESSO.

**PALAVRAS-CHAVE:** ALOCAÇÃO DE RECURSOS. ACESSO À ATENÇÃO SANITÁRIA. EQUIDADE EM SAÚDE.

**ABSTRACT:** THIS PAPER IS CONCERNED TO THE SUBJECT OF ECONOMIC RA-

---

41 Recebido em 24/08/15, aprovado em 19/11/2015.

42 Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (FD/UFBA), Especialista em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (FSP/USP) e em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), possui graduação em Engenharia Química pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP) e em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Atua na assessoria jurídica do Ministério Público Federal.

TIONALITY IN THE ALLOCATION OF SCARCE SOCIAL RESOURCES IN HEALTH, WHICH IS BASED ON THE DISCUSSION ABOUT THE THEME OF TRAGIC CHOICES, ACCORDING TO THE DOCTRINE EXPOSED BY GUIDO CALABRESI AND PHILIP BOBBITT, AND ON THE DISCUSSION ABOUT THE COST OF RIGHTS INITIATED BY STEPHEN HOLMES AND CASS SUNSTEIN, IN THE UNITED STATES, AND ITS APPLICATION IN BRAZILIAN CONTEXT, AS THE APPROACH OF GUSTAVO AMARAL AND FLÁVIO GALDINO. IT IS CONTRASTED THE PURE ECONOMIC RATIONALITY WITH THE ETHICAL AND JURIDICAL SUBJECT OF THE JUSTICE IN THE DISTRIBUTION OF SCARCE RESOURCES, THAT MUST BE INFORMED BASICALLY BY CRITERIA OF EQUALITY IN THE ACCESS.

KEYWORDS: RESOURCE ALLOCATION. HEALTH CARE ACCESSIBILITY. EQUITY IN HEALTH.

## INTRODUÇÃO

O sentido de racionalidade que se quer significar neste trabalho é o da busca e adoção dos meios mais eficientes<sup>43</sup> para a consecução de determinados fins e está ligado a um fato contundente, contingência incontornável da existência humana, individual e coletiva, que é a limitação dos recursos materiais postos à consecução dos projetos de vida e à satisfação das necessidades humanas.

No campo do Direito, a percepção dessa racionalidade levou

---

43 Sobre a eficiência, adverte Amartya Sen, prêmio Nobel de Economia em 1998, que: “A igualdade não é a única responsabilidade social com a qual temos de nos preocupar; existem também as exigências de eficiência. Uma tentativa de realizar a igualdade de capacidades descuidando de fazer considerações agregativas pode resultar em severas diminuições das capacidades que as pessoas podem ter no todo. [...] o significado do conceito de igualdade nem mesmo pode ser mantido adequadamente se não se presta simultaneamente atenção à perspectiva agregativa também – ao ‘aspecto da eficiência’, para dizê-lo de modo mais amplo” (SEN, 2001, p. 37-38).

a uma crítica bastante intensa da forma como, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, vinham sendo entendidos pelos tribunais brasileiros alguns direitos fundamentais de segunda dimensão, de forma especial, o direito à saúde, como um direito subjetivo público, de natureza absoluta, cuja pretensão pode ser exercitada, individual ou coletivamente, em face do poder público e das empresas privadas do setor da saúde suplementar, visando a satisfação direta das prestações concretas que a esse direito possam estar associadas.

Em parte o problema consistiria na atomização das demandas, com a possibilidade de cada cidadão pleitear em juízo individualmente cada serviço ou procedimento específico de atenção à saúde, e a conseqüente multiplicação de provimentos jurisdicionais, que, somados, determinariam um impacto sobre o orçamento público e também sobre os custos incorridos pelas empresas privadas de planos e seguros de saúde, que poderia chegar ao ponto de inviabilizar tanto o planejamento público quanto a higidez do mercado e a participação privada nesse setor econômico.

No Brasil, apesar da preocupação com os limites materiais estar presente, em alguns autores e sob determinado prisma, já há algum tempo<sup>44</sup>, uma introdução sob perspectiva econômica dessa crítica se deu através das obras “Direito, escassez e escolha”, de Gustavo Amaral (AMARAL, 2001), e “Introdução à teoria dos custos dos direitos”, de Flávio Galdino (GALDINO, 2005), este com o su-

---

44 A exemplo de Luís Roberto Barroso, que encareceu a necessidade de se reconhecer os limites materiais na implementação de direitos sociais, o autor chega mesmo a criticar a ambigüidade da expressão “direito” no texto constitucional, propondo que o ideal seria que este só utilizasse o vocábulo “direito” no sentido nas hipóteses que investem o jurisdicionado no poder jurídico de exigir prontamente uma prestação, exercendo a via judicial na hipótese de resistência, o que não seria o caso dos comandos constitucionais que veiculam normas programáticas: “onde se cuidar de um simples programa de ação futura, não será utilizada por via direta ou indireta, a palavra direito” (BARROSO, 2000, p. 113).

gestivo subtítulo “Direitos não nascem em árvores”, ambas baseadas principalmente no livro “O custo dos direitos”, de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (HOLMES; SUNSTEIN, 2000).

Assim tratou-se neste trabalho da crítica formulada por esses autores, iniciando-se a discussão a partir da questão de como as sociedades alocam seus recursos escassos, tema tratado de forma pioneira por Guido Calabresi e Philip Bobbitt em “Escolhas trágicas” (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

## 1 ESCOLHAS TRÁGICAS

A consequência lógica indeclinável da escassez de recursos é a de que, ao serem estes destinados à realização de determinados projetos ou objetivos, fatalmente, se estará preterindo outros projetos ou objetivos. Sempre que houver consciência desse processo atributivo de recursos a seus fins, haverá também a demanda por uma decisão alocativa. Em um sentido bastante dramático, a escassez de recursos determina a realização de escolhas sobre quais necessidades humanas serão atendidas e quais serão preteridas.

A consciência de que o emprego de recursos socialmente produzidos determinará não apenas quais necessidades humanas serão satisfeitas, senão que, sobretudo, quais deixarão de ser atendidas, torna imperioso, como visto anteriormente, que tal emprego seja presidido pela racionalidade visando que este resulte na maior economia e na maior eficiência possível dos recursos escassos.

O campo das decisões alocativas, que sempre caracterizou a seara política, passa a integrar as reflexões éticas e jurídicas, na mesma medida em que ocorre a emancipação do indivíduo e das sociedades e em que se passa a requerer critérios de justiça na alocação de recursos escassos.

Lembre-se com David Hume que onde não há escassez não há necessidade de reflexões sobre a justiça alocativa, pois a justiça entra em cena precisamente para determinar a propriedade na qual não há o suficiente para todos. A justiça seria inútil em situações de extrema abundância ou extrema penúria, ali por inexistir conflito, aqui por desaparecer o respeito à lei e ao Estado, porém refletir e deliberar sobre critérios de justiça será sempre necessário em contextos de escassez e de altruísmo limitados (HUME, 2004, p. 245).

Decisão é ônus inseparável da emancipação. Enquanto a satisfação das necessidades humanas encontra-se submetida às contingências da vida nua, do ser como ente biológico, ou, equivalentemente, enquanto a satisfação dessas necessidades humanas esteja entregue ao acaso, quer por não haver opção disponível, quer por ainda não se a ter percebido a opção como tal, não há que se tratar de escolhas racionais e éticas. Nessa situação o homem encontra-se em estado de impotência ou desconhecimento diante de suas necessidades e das possibilidades de sua satisfação. Diversa é a situação quando o homem passa a deter alguma parcela de poder e de conhecimento que lhe permita intervir sobre a satisfação de necessidades, exercitando a sua capacidade para realizar escolhas.

E é essa a situação que surge no campo sanitário, em decorrência, por um lado, do domínio sobre a técnica e ampliação de suas possibilidades de intervenção sobre a saúde e o bem-estar humano, por outro, em consequência da emancipação política do indivíduo e da sociedade, que passa a entender a saúde, concomitantemente, como um direito social e como um campo particularmente fértil para a exploração da atividade econômica privada (CASTRO, 2003).

A perplexidade diante da possibilidade de escolha aparece no campo que aqui interessa, isto é, o da efetivação do direito à aten-

ção sanitária, precisamente no momento em que a evolução técnica permite influir, com largueza, sobre o estado de saúde dos indivíduos e das coletividades e a partir do momento em que passa a haver, não apenas a possibilidade de escolha, senão que, também, a consciência dessa possibilidade de escolha. Calabresi e Bobbitt, na obra clássica, “Escolhas trágicas”, publicada em 1977, expuseram suas ideias sobre os conflitos enfrentados pelas sociedades na alocação de recursos tragicamente escassos. Reconhecem que a escassez é um fato fundamental da existência e abordam o tema de como as sociedades enfrentam as escolhas ao decidir como distribuirão seus recursos escassos, fixando-se, entretanto, no tema particular das escolhas por eles denominadas trágicas, por implicarem grande sofrimento, morte e destruição.

De acordo com os autores, embora a escassez possa muitas vezes ser evitada para alguns bens, tornando-os disponíveis a todos, ela não pode ser evitada para todos os bens. O elemento trágico surge quando a escolha envolve o sacrifício de valores aceitos pela sociedade como fundamentais e não sacrificáveis. Nesses momentos é posto a nu o conflito entre os valores pelos quais a sociedade determina os beneficiários das distribuições, o perímetro natural da escassez e os valores morais humanísticos que privilegiam, por exemplo, a vida, a saúde e o bem-estar do ser humano.

As sociedades devem buscar alocar seus recursos de modo a preservar os fundamentos morais da colaboração social nela existente. Quando é bem-sucedida nessa tarefa, a escolha trágica é evitada e transformada em uma alocação não-trágica, por, pelo menos, não aparentar contradição moral. Na hipótese contrária, aparecem as circunstâncias trágicas em torno das escolhas. Todavia, advertem os autores, uma característica que anima as escolhas trágicas é o seu constante movimento; o equilíbrio é sempre precário e “o arco da tragédia nunca

descansa”<sup>45</sup>. Uma sociedade está constantemente confrontando e refazendo suas escolhas trágicas.

Segundo Calabresi e Bobbitt (CALABRESI; BOBBITT, 1978), há dois padrões que governam e se coordenam nesse movimento. O primeiro é a oscilação da sociedade entre dois tipos de decisão: o que produzir (que denominam decisão de primeira ordem) e a quem atribuir o produzido (que intitulam decisão de segunda ordem).

O segundo padrão é composto de uma sucessão entre decisão, racionalização e violência, que de maneira silenciosa substituem a ansiedade e são substituídas por ela quando a sociedade se evade de uma escolha trágica ou a confronta ou, ainda, a refaz (CALABRESI; BOBBITT, 1978). Esses movimentos são os padrões constantes dentro dos diferentes métodos de alocação existentes nas sociedades, como o mercado, a despesa pública ou a combinação de ambos, métodos que Calabresi e Bobbitt analisam em sua obra.

Para explicitar um pouco melhor, o primeiro padrão, como dito, é formado por decisões de primeira e de segunda ordem. A de primeira ordem define uma fixação global de recursos que serão alocados, ou de bens que serão produzidos, decorrentes de uma escassez existencial absoluta ou, mais frequentemente, de uma decisão assumida com base em prioridades relativas, num contexto de escassez geral. A decisão de segunda ordem é a que determina a distribuição desse montante global fixado pela decisão de primeira ordem, entre os indivíduos ou grupos de uma sociedade.

Pode-se citar um exemplo no campo sanitário. Uma decisão de primeira ordem, ou, melhor dizendo, um conjunto de decisões de primeira ordem, pode determinar a quantidade total de máquinas de diálise ou o número de leitos de Unidade de Tera-

---

45 “Like the arch, tragedy never rests” citando R. B. Sewall (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 19).

pia Intensiva (UTI) que estarão disponíveis em dado município, Estado ou país. A decisão de segunda ordem definirá quem terá acesso a essas máquinas ou leitos disponibilizados, segundo critérios de hierarquia e equidade. É óbvio que esses critérios hierárquicos e de equidade poderão ser preenchidos de diferentes maneiras, como urgência, necessidade, prognóstico de sucesso, etc., cada um apresentando suas vantagens e desvantagens.

Calabresi e Bobbitt (1978) assinalam que toda decisão de primeira ordem contradiz o postulado de que um bem particular não tem preço e que toda decisão de segunda ordem, a menos que suportada por uma concepção totalmente dominante de distribuição apropriada de hierarquia e igualdade, desfigura alguns ideais distributivos da sociedade. Dizem ainda que essas duas espécies de decisões estarão presentes em qualquer modalidade de alocação.

É uma característica das escolhas trágicas, contudo, que decisões de primeira e de segunda ordem são feitas separadamente. Isso permite misturas mais complexas de abordagens de alocação para lidar com as escolhas trágicas e possibilita a uma sociedade aderir a diferentes misturas de valores em cada ordem de decisão.

A aparente desconexão entre decisão de primeira ordem de uma escolha trágica e decisão de segunda ordem usualmente é ilusória, servindo apenas para obscurecer o fato da escolha trágica. Assim conforta a todos na crença de que não são as escolhas de primeira ordem as que determinam, por exemplo, um número aceitável de mortes, mas que isto figura como resultado de milhares de ações independentes, atomísticas (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Os autores fazem um questionamento que poderia ser reproduzido, *mutatis mutandis*, para qualquer sociedade ou cultura. Eles perguntam: por que os Estados Unidos gastam um milhão de dólares para resgatar um único balonista perdido, mas não alocam uma quantia similar para prover patrulhas de praia e evitar acidentes com os banhistas que ocorrem em

maior número e que significam um risco potencial muito maior à integridade humana? (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Explicam Calabresi e Bobbitt (1978) que a divisão entre primeira e segunda ordem e a interação entre elas ajudam a esclarecer o comportamento em muitas dessas situações trágicas. Valora-se a vida em um nível um tanto baixo em algumas circunstâncias na decisão de primeira ordem e, em um alto nível, em outras situações que envolvem as decisões de segunda ordem. Em assim o fazendo, o resultado trágico decorrente da decisão de primeira ordem parece necessário, inevitável, antes que escolhido. A eleição de primeira ordem mascara o que é escolhido tragicamente como se fosse um fato produto de um infortúnio fatal.

Uma sociedade busca justificar a escolha trágica de primeira ordem pelo que denomina “escassez natural”. Mas esta não é, normalmente, o real fator limitante. Com frequência a escassez é apenas pontualmente absoluta, por exemplo, o número de médicos aptos a fazer um determinado transplante em um dado momento. Não obstante, ao longo do tempo, deixam de ser absolutas e passam a ser relativas. Mais frequentemente ainda a escassez não é resultado de qualquer deficiência absoluta de recurso, mas antes da decisão pela sociedade, que não está preparada para privar-se de outros bens e benefícios em quantidade suficiente para remover a escassez dita “natural”<sup>46</sup>.

O segundo padrão de movimento característico das escolhas trágicas, como mencionado, diz respeito à forma como a escolha

---

46 “Escassez em geral permanece um fato da vida, mas na situação trágica particular, escassez e sofrimento não são apenas impostos: a sociedade neles incorre por sua própria decisão ou, pelo menos, a sociedade finalmente as aceitará como ‘pertencendo propriamente à natureza das coisas’ [...]”. (“Scarcity in general remains a fact of life, but in the particular tragic situation, scarcity and suffering are not merely imposed: the society incurs them by its own decision or, at the least, society finally wills to accept them as ‘properly pertaining to the nature of things’ [...]”). (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 22) (tradução nossa).

trágica é notada pela sociedade, determinando periodicamente uma nova racionalização, uma nova institucionalização da violência, a qual, ao ser percebida como tal, determina uma nova crise, uma nova racionalização, e assim por diante<sup>47</sup>.

Os critérios alocativos, de acordo com os autores, são circunstanciais e culturalmente definidos. Há vários critérios possíveis para a orientação moral de escolhas alocativas; a eficiência pode ser um deles, todavia não é o único nem um critério suficiente. Os autores citam também a “honestidade” e a igualdade (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 23). Esse último critério interessa mais de perto, pela natureza do presente estudo.

A igualdade e seu antagonista, a hierarquia, são critérios vantajosos pela ampla aceitação de que gozam nas sociedades, porém são ambíguos, possuem um caráter ambivalente, podendo ser usados tanto para defender como para atacar escolhas alocativas (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

No exemplo das máquinas de diálise, um resultado não será percebido como trágico se a decisão de segunda ordem for baseada no prognóstico de sucesso, isto é, se o acesso for concedido àqueles em que ela funciona e negado nos casos em que ela não funciona. O critério significa tratar igualmente quem é relevantemente igual e discriminar aqueles grupos que são relevantemente desiguais. O objetivo da discriminação, aqui, é obter o máximo de êxito com um número limitado de rins artificiais, não

---

47 “Se a decisão trágica é justificada por uma explicação que não implica conflito moral, então a violência que se segue não dará margem à tragédia, por um tempo. Mas, a menos que a sociedade mude seus valores, a sequência deve ser repetida sempre que a explicação for intensamente questionada ou quando decisões tirando vida nova forem feitas”. (“If tragic decision is justified by an explanation which does not implicate moral conflict, then the violence which follows will not give rise to tragedy – for a time. But unless the society changes its values, the sequence must be repeated whenever the explanation is intensely questioned or when fresh life-taking decisions are made.”). (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 23) (tradução nossa).

se utilizando de uma igualdade formal para servir outros propósitos ocultos, como confortar o paciente ou os familiares com a ilusão de que algo está sendo feito.

Em outra situação, quando se torna evidente que certa camada privilegiada da população, por exemplo, os mais ricos, está obtendo maior acesso a dado recurso escasso (órgãos para transplante, por exemplo, mesmo que tal discriminação resulte em máxima eficiência), o critério discriminatório e, portanto, o método de alocação se torna intolerável para a sociedade, confrontada com o fato (CALABRESI; BOBBITT, 1978).

Esta é uma particular concepção de igualitarismo que os autores chamam de “igualitarismo corrigido” (CALABRESI; BOBBITT, 1978, p. 25). Ela aceita a premissa geral do igualitarismo formal, qual seja: que a discriminação é apropriada enquanto iguais são tratados igualmente, mas corrige a operação da premissa rejeitando a aplicação do método quando produz resultados que correlacionam uma categoria permissível de discriminação, como saúde, com uma não-permissível tal como riqueza ou raça.

Ocorre que cada conceito cultural de igualdade é uma amálgama de tais paradigmas; conceitos de igualdade diferem de sociedade para sociedade. O resultado das escolhas trágicas depende principalmente de seu relacionamento com uma particular noção cultural de quando é direito conceder a alguém um bem e negar a outros. Muitas sociedades dão precedência para algumas concepções de igualdade, ou hierarquia, sobre outros. Certas alocações podem evitar a percepção da tragédia por um tempo, mas como nenhuma sociedade adere inteiramente a uma concepção de igualdade, muitas alocações permanecem trágicas ou se revelam trágicas com o passar do tempo. Esta é uma das causas do segundo padrão de movimento nas escolhas trágicas, já referido, que faz com que as sociedades estejam constantemente confrontando e refazendo suas escolhas alocativas trágicas.

Assim, noções de igualdade não são valores estruturais aptos a prover métodos finais, atuais e decisivos para lidar com escolhas trágicas. Eles são padrões apenas relativamente fixados, os quais em geral guiam a percepção através dos métodos de alocação.

Por esses mesmos motivos, Calabresi e Bobbitt (1978) imprimem à sua obra, “Escolhas trágicas”, um enfoque acima de tudo descritivo, antes que propositivo. As teses expostas na obra servem, e é para esse resultado que são abordadas neste trabalho, para afastar muito do senso comum sobre as escolhas alocativas no que diz respeito a se considerar: a escassez como um dado e a restrição ao direito de acesso a bens sociais como seu imperativo.

Muito do que se considera uma limitação ditada pela “escassez natural” está na verdade travestindo uma escolha prévia realizada pela sociedade. Escolha essa que, por vezes, a sociedade não deseja ou não pode assumir moralmente. A reflexão ética e jurídica sobre tais escolhas pode colaborar para aplainar as dificuldades enfrentadas por toda a sociedade para assumi-las simultaneamente de forma racional e eticamente aceitável.

## 2 CONEXÕES ENTRE DIREITO E RACIONALIDADE ECONÔMICA

A assunção dos direitos fundamentais de segunda dimensão, dado o seu conteúdo de caráter marcadamente prestacional, fez emergir de uma forma mais explícita a percepção de que efetivar direitos implica alocar e consumir recursos materiais. Holmes e Sunstein, parafraseando Ronald Dworkin, alertam: “Levar os direitos a sério é levar a sério a escassez”<sup>48</sup>. Se Dworkin (DWORKIN,

---

48 “taking rights seriously is taking scarcity seriously” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 94) (tradução nossa).

1978) enfatizou a ideia de que há que se dar consequência e conteúdo àquilo que os direitos declaram formalmente, realizando o Direito para além da mera previsão formal normativa. Holmes e Sunstein buscam ressaltar a ideia de que realizar direitos no mundo dos fatos concretos acarreta a necessidade de prever meios e alocar os recursos materiais fundamentais para tanto.

A maior contribuição, entretanto, da obra de Holmes e Sunstein (2000) talvez tenha sido a percepção de que a necessidade de provimento de recursos materiais para a efetivação de direitos não corresponde unicamente aos direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda dimensão, senão que, pelo contrário, corresponde também aos direitos de primeira dimensão, pois, para utilizar a expressão dos autores: “o cão de guarda precisa ser pago”<sup>49</sup>.

A tese defendida em “O custo dos direitos” é a de que todos os direitos são positivos na medida em que exigem determinadas prestações concretas por parte do Estado. Os autores buscam demonstrar que não faz sentido, sob a perspectiva dos custos incorridos, a distinção normalmente estabelecida entre direitos negativos, aqueles que impõem abstenções, e direitos positivos, aqueles que impõem ações, pois, no mínimo, fazer observar um direito exige uma atuação estatal, também nas palavras dos autores: “Direitos custam porque remédios custam”<sup>50</sup>. Todo direito implica a necessidade de que sejam tutelados através da atuação estatal, das vias administrativa ou judicial.

A teoria dos custos dos direitos de Holmes e Sunstein (2000) é dependente de uma inafastável associação entre Direito e Estado, pois para esses autores não há direitos sem a presença do Estado como garantidor. Ousa-se aqui, entretanto, estender tal

---

49 “the watchdog must be paid”. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 77) (tradução nossa).

50 “Rights are costly because remedies are costly”. (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 43) (tradução nossa).

teoria, para abranger também os custos para além da necessidade de sua garantia pelo Estado. Na verdade, pode-se pressupor que a mera observância de direitos, inclusive através de uma abstenção, independentemente do aparato estatal requerido para sua garantia, é suficiente para acarretar custos ao particular com repercussões para toda a sociedade. Exercitar direitos, ou, por outro ângulo, observar direitos, implica, quando menos, o custo da oportunidade (e da liberdade) de agir de modo diverso ao preconizado pelo direito que está sendo observado.

Ademais, como não é apenas contra o Estado que os direitos são exercitados, também não é somente a ele que os custos dos direitos são imputados. Para exemplificar: tome-se uma empresa que se submeta às normas de controle ambiental na instalação ou no funcionamento de sua atividade. Ao observar, ainda que voluntariamente, e independentemente de qualquer ação estatal, o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado; ela estará incorrendo nos custos que essa observância pressupõe. Por exemplo, com medidas protetoras que, na ausência de percepção desse direito, não adotaria. Não é menos certo que um empresário repassará tais custos aos seus consumidores, o que fará com que os custos da observância do direito findem distribuídos por toda a sociedade.

Pode-se notar, no setor sanitário, raciocínio similar. O Estado ou o ente privado, observando uma obrigação fundada no direito à saúde de primeira ou segunda dimensão, ao agir ou abster-se, incorrerá em custos. Não é menos evidente, a propósito, que a obrigação imposta ao Estado irá onerar o orçamento fiscal do governo. Já a obrigação imposta ao ente privado, terminará refletindo no preço de seus produtos e serviços. Isso significa em um e outro caso que o ônus da implementação do direito acabará repercutindo por toda a sociedade<sup>51</sup>.

---

51 Ao se fazer aqui menção a uma “repercussão” de custos na sociedade, constata-se um fato e não se pretende emitir qualquer julgamento sobre o valor

Poder-se-ia mesmo avançar no sentido de que tais custos são, em alguma extensão, intercambiáveis. Para usar uma figura: uma dada sociedade poderia “escolher” entre construir escolas e implementar outros direitos sociais ou optar por aparelhar-se para as funções de prevenção e repressão dos conflitos decorrentes de uma estrutura social esgarçada, investindo em segurança pública e estrutura penitenciária.

Para exemplificar no campo sanitário, os direitos de primeira geração imporiam ao Estado algumas prestações mínimas, relacionadas com a função de polícia dos serviços e produtos de interesse para a saúde e com a função de vigilância epidemiológica, ações que certamente acarretariam custos ao Estado. Os direitos de segunda geração, por sua vez, exigiriam prestações positivas, como ações de educação, de prevenção e de assistência relacionadas com a saúde, implicando os respectivos custos. É fácil perceber, nesse caso, que o investimento em uma área pouparia recursos em outra e vice-versa. Em uma lógica reversa, as escolhas realizadas na alocação dos recursos irão se traduzir no tipo de direitos que terão sua implantação priorizada.

Voltando à doutrina de Holmes e Sunstein, a racionalidade econômica sobre os direitos, obviamente, não afasta as considerações éticas, ou, pelo menos, não deveria afastá-las. Os autores rejeitam a tese de que a “inflação” de direitos retira das sociedades a responsabilidade por resolver seus conflitos. A compreensão da realidade da escassez dos recursos necessários à implementação dos direitos deve ser estimuladora da responsabilidade no seu exercício. Essa ideia está presente na terceira parte do livro de Holmes e Sunstein:

---

ou a justiça dessa repercussão. Boa parte dos esforços empreendidos na doutrina liberal e social se volta precisamente a buscar uma teoria da justiça que possa orientar uma repartição justa dos custos sociais dos direitos.

Pela sua natureza, em resumo, direitos impõem responsabilidades, exatamente da mesma maneira que responsabilidades fazem nascer direitos. Para proteger direitos, um Estado responsável deve responsabilmente despende recursos recolhidos de cidadãos responsáveis. Em vez de lamentar um imaginário sacrifício de responsabilidades pelos direitos, deve-se perguntar qual pacote concreto de direitos e responsabilidades complementares terá probabilidade de conferir os maiores benefícios à sociedade que os estabelece<sup>52</sup>.

Outra conclusão a que chegam os autores de “O custo dos direitos”, a qual de forma particular se afina com o escopo desta pesquisa no sentido de aproximar os discursos liberal e social, é a do caráter público das liberdades privadas:

Os direitos dos norte-americanos não são nem dons divinos, nem frutos da natureza; não são autoexecutáveis e não pode ser consistentemente protegido se o governo é insolvente ou incapacitado; não precisam constituir-se em uma receita para o egoísmo irresponsável; não implicam que indivíduos possam assegurar sua liberdade pessoal independentemente da cooperação social e não se constituem em pretensões inegociáveis<sup>53</sup>.

Dessa forma, os autores, reconhecendo o caráter público de qualquer liberdade privada, estabelecem também o necessário

---

52 “By their nature, in sum, rights impose responsibilities, just as responsibilities give birth to rights. To protect rights, a responsible state must responsibly expend resources collected from responsible citizens. Instead of lamenting a fictional sacrifice of responsibilities to rights, one should ask which concrete package of complementary rights and responsibilities is likely to confer the most benefits on the society that funds them” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 171) (tradução nossa).

53 “The rights of Americans are neither divine gifts nor fruits of nature; they are not self-enforcing and cannot be reliably protected when government is insolvent or incapacitated; they need not be a recipe for irresponsible egoism; they do not imply that individuals can secure personal freedom without social cooperation; and they are not uncompromisable claims.” (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 220) (tradução nossa).

compromisso entre liberdades civis e colaboração (ou solidariedade) social.

O que se quer enfatizar, com base na ideia de Holmes e Sundein (2000), é que, em um sentido, implementar direitos significa alocar recursos. Mas, em sentido contrário, alocar recursos também significa eleger os direitos que serão privilegiados e os que serão preteridos. Essas decisões dizem respeito à concepção de justiça de uma sociedade e, portanto, devem ser nela amplamente debatidas, em todos os fóruns disponíveis para tanto, inclusive o Judiciário.

### **3 A REPERCUSSÃO NO BRASIL DO TEMA DA RACIONALIDADE ECONÔMICA DOS DIREITOS**

Gustavo Amaral, assimilando a doutrina de Holmes e Sundein, aplica-a ao contexto brasileiro, segundo o panorama pintado pelo próprio autor, em que a “insinceridade normativa”, referida por Barroso, e a “constituição semântica”, da classificação de Karl Lowenstein, com enunciados que não são “para valer”, davam lugar a uma “interpretação engajada”, a qual buscava ser realizadora dos direitos declarados na Constituição, mas demandava por reconhecer limites que preservassem a Constituição da pretensão de dar eficácia a normas que pretendam o infactível (AMARAL, 2001, p. 17-18).

Nesse contexto, à promulgação de uma Constituição compromissária e ao ressurgimento da sociedade civil, seguiu-se o descrédito dos governos posteriores a 1988, marcados pelo descontrolo econômico e pelos escândalos de corrupção, fazendo aparecer um crescente ativismo judicial, favorecido ainda pela

doutrina da aplicação direta das normas constitucionais, sem condicioná-las ao legislador infraconstitucional<sup>54</sup>.

Nesse panorama, a questão da saúde ganhou repercussão com a proliferação de ações e de provimentos jurisdicionais relacionados ao direito à saúde. O autor analisa duas decisões judiciais, uma do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (TJSC) e uma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), que versam sobre o mesmo pleito dirigido contra o Estado: o custeio de tratamento experimental para criança com distrofia muscular progressiva de Duchenne, identificando três posições distintas nas referidas decisões: 1) o direito à saúde é incontestável e absoluto; 2) o direito à saúde limitar-se-ia à necessidade de o Estado desenvolver políticas públicas de saúde; 3) o direito à saúde é ditado por políticas públicas destinadas a gerenciar recursos escassos, sendo juridicamente impossível ao Judiciário imiscuir-se na questão (AMARAL, 2001); e aponta para o fato de que uma questão não enfrentada pelo Judiciário era a confrontação da microjustiça, ou justiça do caso concreto posto à apreciação do judiciário, com a macrojustiça, ou a possibilidade de estender tal provimento a todos os que estão ou possam vir a estar na mesma situação, ainda que não estejam com seus casos colocados sob a apreciação do judiciário (AMARAL, 2001).

Para responder a esses questionamentos, ao longo da obra referida, Gustavo Amaral (2001) analisa o conteúdo da expressão “direito”, sua exigibilidade, a distinção entre direito e pretensão, a teoria da colisão de direitos fundamentais, algumas teorias da justiça distributiva, o problema da alocação de recursos

---

54 Nas palavras do autor, nesse contexto: “Quem ocupa o cenário como campeão da cidadania é o Poder Judiciário, não por sua cúpula, mas por suas bases, que paulatinamente fizeram tábula rasa do bloqueio de recursos, dos expurgos das aplicações financeiras. Somou-se também a isso o ativismo do Ministério Público, que na percepção comum é visto como ligado ‘à justiça’ originando a sobrevalorização dos meios não judiciais de controle e subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto” (AMARAL, 2001, p. 21-22).

escassos, a teoria da interpretação das pretensões positivas na solução de conflitos, a fim de propor um modelo de atuação judicial em pleitos da espécie analisada.

Ao proceder à análise, o autor afasta a ideia do direito à saúde como direito absoluto. Afasta também, acolhendo a doutrina de Holmes e Sunstein, a ideia de distinção entre direitos negativos e positivos, para admitir a ideia de distinção entre pretensões negativas, que obrigariam abstenções estatais, e pretensões positivas, as quais obrigariam prestações estatais. As primeiras, exigíveis de plano, e as segundas, por demandarem consumo de bens materiais escassos, dependeriam de decisão alocativa (AMARAL, 2001).

Até aqui as conclusões extraídas por Gustavo Amaral (2001) são parcialmente as que são adotadas neste trabalho, com algumas ressalvas, pois, em conformidade com o autor, entende-se que implementar direitos implica alocar recursos, conquanto se reconheça também, como já exposto, que, no sentido contrário, alocar recursos significa selecionar quais direitos serão implementados. A atenção sobre a atuação estatal deve ser colocada não apenas quando o Estado aloca determinado recurso, mas também quando deixa de fazê-lo.

Compreende-se também, como Amaral (2001), que há conflitos a serem equacionados entre interesse individual em determinada prestação positiva e interesse coletivo. Todavia, entende-se que, nesse equacionamento, se deva afastar a ideia de, a qualquer pretexto, condicionar a tutela dos direitos sociais à via das ações coletivas<sup>55</sup>.

---

55 Proposta neste sentido é desenvolvida, por exemplo, por Luís Roberto Barroso no âmbito do dever estatal de fornecer medicamentos. O autor sugere a normatização no sentido de que a possibilidade de postular individualmente fique restrita aos medicamentos constantes de listas elaboradas pelo Poder Público e, para os medicamentos não constantes dessas listas, de que a tutela jurisdicional só possa ser exercida através de ações coletivas e/ou ações abstratas de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2008).

Não se compartilha aqui, ademais, com as conclusões seguintes a que chega o referido autor. Para este, as decisões alocativas são eminentemente políticas, comportando vários momentos e mecanismos de escolhas; não haveria um critério único que permitisse apreciar cada caso concreto. Ante a dimensão dos conflitos e seus reflexos, não caberia ao Judiciário fazer o controle fato-norma, mas sim controlar as escolhas feitas pelos demais poderes. Propõe então a seguinte fórmula para atuação do judiciário:

O Judiciário, ao apreciar demandas individuais ou coletivas relativas a pretensões positivas, deve ponderar o grau de essencialidade da pretensão, em função do mínimo existencial e a excepcionalidade da situação, que possa justificar a decisão alocativa tomada pelo Estado que tenha resultado no não atendimento da pretensão (AMARAL, 2001, p. 228).

Em parte, trata-se de critério de inegável importância para solucionar conflitos entre interesses individuais e interesses públicos ou coletivos. A essencialidade da pretensão e a excepcionalidade da situação, a par de outros requisitos, como o da economicidade no provimento da demanda, devem constituir-se em pressupostos de qualquer decisão administrativa ou judicial.

Por outro lado, percebe-se que o autor, acolhendo a tese da necessária intermediação do Legislativo e do Executivo para fins de concreção dos direitos fundamentais sociais que determinam pretensões positivas, adota uma posição restritiva em relação às possibilidades de pronunciamento judicial em face das decisões alocativas do Estado-administrador.

Entende-se também artificial a distinção entre pretensões positivas e negativas propostas pelo autor, que no fundo nulifica seu ponto de partida na tese de Holmes e Sunstein.

Outro aspecto da discussão, vincula-se à admissão da tutela individual de direitos fundamentais sociais. Não ocorre a

quaisquer dos autores estudados restringir a tutela pelo Estado do direito individual de propriedade<sup>56</sup>. Mas se esse direito é tão positivo e tão público quanto os direitos sociais, conforme defendido pelo autor, então por que a tutela individual estaria desimpedida no primeiro caso e interdita no segundo?

Compreende-se que qualquer tentativa de distinguir logicamente, quanto à exigibilidade, os direitos fundamentais de primeira dimensão dos de segunda dimensão resultaria insubistente perante a teoria da positividade de todos os direitos. Diferenças culturais justificariam com mais propriedade tal distinção, haja vista que algumas sociedades privilegiam a proteção de uns direitos em relação a outros, conferindo a uma categoria de direitos a possibilidade de que sua tutela se dê concretamente e no plano individual, negando-a a outra categoria.

No campo sanitário, é de fundamental importância a participação da comunidade envolvida na definição do próprio conceito de saúde e por consequência na definição do que seja uma adequada atenção à saúde. Decorre então a relevância da participação da comunidade nas decisões atinentes às escolhas alocativas correspondentes.

---

56 “David Hume, the Scottish philosopher, liked to point out that private property is a monopoly granted and maintained by public authority at the public's expense. [...] In drawing attention to the relation between property and law – which is to say, between property and government – Bentham was making the very same point. The private sphere of property relations takes its present form thanks to the political organization of society. Private property depends for its very existence on the quality of public institutions and on state action, including credible threats of prosecution and civil action.” (“David Hume, o filósofo escocês, apreciava apontar que a propriedade privada é um monopólio garantido e mantido pela autoridade pública à custa do dispêndio público. Dirigindo sua atenção à relação entre propriedade e lei – o que implica dizer entre propriedade e governo – Bentham apontava o mesmo fato. A esfera privada das relações de propriedade assume sua forma presente graças à organização política da sociedade. A existência da propriedade privada depende da qualidade das instituições públicas e da ação estatal, incluindo ameaças confiáveis de persecução e ação civil.”). (HOLMES; SUNSTEIN, 2000, p. 61) (tradução nossa).

É esta decisão que deve ser respeitada pela própria sociedade e pelo Estado em quaisquer de suas funções, legislativa, executiva ou judiciária. Dada mesmo a importância dessas decisões, nenhum fórum de sua apreciação deve ser excluído por meio de raciocínios apriorísticos.

A posição neste trabalho assumida é a de que a questão fundamental a ser resolvida não se refere ao lócus das decisões alocativas, e sim a sua natureza. Compreende-se existir, de fato, ao se tratar da alocação de recursos escassos, uma potencial colisão fundamental entre direitos favorecidos e preteridos na alocação.

Há também um ponto relevante da questão na contraposição entre interesse ou direito individual e interesse ou direito coletivo. O critério fundamental da equidade pode e deve ser utilizado em vários momentos das decisões alocativas, por exemplo, ao se eleger dada trajetória tecnológica a ser institucionalmente adotada ou ao se eleger determinada política pública para receber maior ou menor aporte de recursos.

O Brasil adotou, na Constituição de 1988, os princípios da universalidade e equidade no acesso. Só se entende justificada a restrição ao acesso individual às prestações positivas no campo da saúde se se puder contrapô-la de forma cabal, concreta e definitiva à igualdade no acesso desses recursos, segundo uma prudente ponderação dos direitos fundamentais envolvidos. Fritam-se as expressões “cabal”, “concreta” e “definitiva” para extremá-las de situações hipotéticas, abstratas e transitórias que possam ser arguidas perante as pretensões concretas.

Trata-se de critério que não pode ser afastado da apreciação judicial<sup>57</sup>. O Judiciário, como instituição democrática, há

---

57 Considere-se, por exemplo, a hipótese de que uma decisão alocativa democraticamente assumida pelo critério da maioria resulte injustamente prejudicial a uma minoria, de forma a ferir ao princípio constitucional de igualdade como não-discriminação. O Judiciário estaria jungido a respeitar esta deci-

de tomar parte, como toda sociedade, nas decisões que resultam na alocação dos recursos sociais escassos, fiscalizando-as em todas suas fases, da mais abstrata a mais concreta, pelo veículo processual mais apropriado em cada caso.

O conhecimento jurisdicional das questões alocativas não acarreta o desrespeito, mas o prestígio das escolhas democráticas realizadas no âmbito dos demais poderes. Fiscalizar a observância dos direitos fundamentais, em abstrato ou em concreto, ponderando-os quando identificada sua colisão, é tarefa da qual, sem dúvida, está incumbido o Poder Judiciário.

Não se pode perder a perspectiva de que, embora a colisão fundamental seja revelada pela escassez dos recursos materiais, a colisão observada não ocorre em face do orçamento, da política pública ou de outro ente instrumental da mesma espécie, e sim entre direitos fundamentais. São estes que hão de ser ponderados, e não meramente os instrumentos empregados para sua concreção.

É importante observar, como já feito, que a necessidade da consideração de custos, ou seja, de uma racionalidade econômica, na avaliação de direitos, especialmente os fundamentais, não devem excluir outras racionalidades, mormente a ética, da qual mesmo a ciência econômica pura não poderia prescindir. A racionalidade dos custos é necessária por tudo que se expôs, porém é apenas uma das racionalidades a ser considerada, não a única, pois isto conduziria a um extremo oposto, tampouco desejável.

Reputa-se, entretanto, de extraordinária importância o alerta dado através da pioneira obra de Gustavo Amaral (2001), em relação à necessidade de responsabilidade dos aplicadores do Direito e da sociedade em geral perante a realidade dos recursos escassos, bem como em referência à necessidade de se respeitar as escolhas alocativas justas decididas pela sociedade, através

---

são?

dos legítimos instrumentos democráticos.

Também Flávio Galdino, em obra já referida, trata do tema dos custos dos direitos visando oferecer uma releitura das noções em torno dos direitos fundamentais. Com base na consideração de que todos os direitos públicos subjetivos são positivos (GALDINO, 2005), propõe, por meio da análise econômica, uma teoria pragmática do Direito (GALDINO, 2005, p. 331 e et seq.).

Galdino (2005) repele, divergindo de Amaral (2001) neste ponto, qualquer distinção entre pretensão positiva e negativa, assumindo em sua integralidade a tese de Holmes e Sunstein sobre a positividade de todos os direitos fundamentais, integrando todos, por via de consequência, ao rol de direitos dados às escolhas públicas<sup>58</sup>, como o consectário lógico de que, ao se considerar a escassez de recursos, não apenas direitos sociais podem ser sacrificados em face de direitos individuais, mas também vice-versa, direitos individuais podem ser sacrificados em face de direitos sociais.

Por um lado, alerta Galdino que ignorar custos a pretexto da existência de direitos absolutos não apenas cria expectativas irrealizáveis como promove a irresponsabilidade e mesmo o abuso dos direitos (GALDINO, 2005). Por outro, enfatiza a necessidade de que se concebam os custos não como um óbice, externo aos direitos, mas como um pressuposto, interno a estes, repelindo a ideia da invocação da exaustão orçamentária para afastar a implementação de direitos fundamentais, quando na realidade o que a afasta é a opção política sobre gastar ou não recursos públicos na implantação deste ou daquele direito fundamental (GALDINO, 2005).

---

58 “Na medida em que tal direito, e seus congêneres tidos habitualmente como negativos ou de defesa, dependem tanto das prestações estatais positivas como todos os outros direitos sociais, não há que pensar estejam eles fora do rol das escolhas sociais” (GALDINO, 2005, p. 228).

A proposta de Galdino, na esteira da doutrina de Holmes e Sunstein, é a de que os custos devam “integrar previamente a própria concepção do direito (subjetivo) fundamental, isto é, os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito” (GALDINO, 2005, p. 235), propondo assim um conceito pragmático de direito subjetivo fundamental. Reconhece, entretanto, que a questão é complexa e demandaria maior atenção por parte dos estudiosos.

Entende-se que o risco principal nesta concepção é idêntico ao risco da concepção de custos como um óbice externo e consiste na possibilidade de raciocínios apriorísticos tentarem afastar a consideração de certos direitos, fundados na impossibilidade fática de aportes dos recursos necessários à implementação. Um raciocínio apriorístico fatalmente vai ignorar o fato de que a definição e realização de direitos é um arranjo em permanente construção e reconstrução, fruto do dinamismo das escolhas sociais, quer as expressas, conscientes ou assumidas como tal, quer as veladas ou mascaradas como “escolhas naturais”.

Galdino (2005) procura manter-se em posição equidistante entre duas posições extremas: a subordinação do Direito à análise econômica e a separação total entre a análise econômica e o Direito, ou, mais amplamente, as questões morais ou ético-sociais, concebendo, como é razoável conceber, que Economia e Direito são dois mecanismos da organização social (GALDINO, 2005). Isoladamente ambos são limitados para a consecução desse fim. O homem ou a sociedade não podem ser reduzidos nem a objetivos como o de maximização de riqueza e bem-estar nem podem prescindir desses elementos para a consecução de outros objetivos.

Com suporte em Amartya Sen<sup>59</sup>, que analisa dois enfoques

---

59 Na obra “Sobre ética e economia”, Sen defende uma (re)aproximação entre ética e economia, pois identifica a ética e a engenharia como os dois campos que inspiram a origem da Ciência Econômica. Uma forma de promover a reaproximação, segundo o autor, seria a introdução da discussão e estudo

para a economia, o purista, que tenta abstrair valores éticos, morais ou de qualquer outra índole na análise econômica, e o ético, o qual inclui estas variáveis na análise econômica, Galdino também propõe a reaproximação entre ética e economia, de forma que não apenas a economia se sirva de racionalidades ligadas ao campo moral e ético, mas também as ciências morais e jurídicas se sirvam da racionalidade e da análise econômica (GALDINO, 2005).

Assim, a proposta de Galdino é de que o Direito seja um canal para as relações entre ética e economia, indicando três fatores que concorrem em favor desse papel:

1) [...] o Direito possui um modelo de análise orientado a valores, isto é, o Direito é fundamentalmente devotado a considerações éticas; 2) as análises jurídicas dirigem-se também, em boa medida, ao combate da escassez, através de variadas técnicas de (re)distribuições da riqueza e alocação de direitos e recursos; 3) os conceitos jurídicos, bem trabalhados, admitem sejam incluídos nas operações e ponderações os profícuos resultados das análises econômicas (2005, p. 251-252).

Dessa forma, a análise econômica do Direito poderia ser operacionalizada em um meio-termo entre a preocupação exclusiva com critérios de eficiência, equívoco dos economistas, e a preocupação exclusiva com critérios abstratos e muitas vezes irrealistas de justiça, equívoco dos juristas, para agregar condições econômicas e considerações éticas, maximizando a eficiência das instituições sem necessário prejuízo dos valores envolvidos (GALDINO, 2005).

Reputa-se da máxima importância a teoria formulada pelo professor Flávio Galdino, para uma teoria dos custos dos direitos e da contribuição da racionalidade econômica para o fim de

---

dos direitos, normas e comportamentos de maneira integrada à teoria econômica. (SEN, 1999).

efetivação dos direitos fundamentais.

Normalmente a discussão da escassez de recursos contraposta à efetivação de direitos, especialmente os fundamentais, tem sido encetada frisando-se o fato, como visto, de que implementar direitos implica alocar recursos. A consequência imediata é que se procura, por vezes apressadamente, estabelecer limites ao exercício das pretensões fundadas em tais direitos.

Impende, no entanto, considerar que, se é verdade que implementar direitos acarreta alocar recursos, não é menos verdade que alocar recursos implica selecionar os direitos que serão implementados e, sobretudo, os que deixarão de sê-lo. Daí a relevância do tema da alocação de recursos, do tema da decisão alocativa de recursos. Na alocação de recursos tanto a ação como a omissão podem ser condenáveis.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A percepção das *escolhas trágicas* em uma sociedade é dependente de mecanismos de acomodação, tais como, a separação entre decisões de primeira ordem (o que e quanto produzir) e decisões de segunda ordem (para quem produzir), que fazem com que o resultado trágico pareça derivar de fenômeno natural de escassez. O processo histórico pela qual passa uma sociedade faz com as *escolhas trágicas* sejam sucessivamente: feitas, percebidas como tal, confrontadas, enfrentadas, mantidas ou refeitas.

Uma sociedade justa e solidária procurará compreender o processo alocativo historicamente determinado visando minorar a dor e o sofrimento ao buscar alocar socialmente os recursos escassos. Embora inevitável, procurará evitar defrontar-se amíúde ou intensamente com as *escolhas trágicas*.

A realidade concreta da escassez de recursos impõe à ponderação jurídica a consideração de uma racionalidade econômica visando à maior eficiência na utilização desses recursos.

A realização de quaisquer direitos pressupõe a alocação dos recursos materiais necessários ou, em outra perspectiva, a alocação de recursos determina quais direitos serão implementados e quais deixarão de sê-lo em virtude mesmo do custo de oportunidade.

A percepção dessa realidade e a consciência dos custos implicados devem resultar no aumento da responsabilidade individual e social no exercício de direitos.

A Economia e o Direito como mecanismos de organização social, isoladamente, apresentam limitações para a consecução dos fins supracitados, fazendo-se necessário a permeação recíproca das respectivas lógicas, visando combinar a racionalidade econômica com a racionalidade ética na busca da utilização ótima dos recursos escassos e na realização ótima dos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva:** direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido para a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices.** New York: W. W. Norton and Company, 1978.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório (Org.). **Direito Sanitário e saúde pública.** Brasília: Ministério da Saúde; Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Escola Nacional de Saúde Pública, 2003. v. 1. p. 379-390.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York: W. W. Norton, 2000.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral.** Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004.

SEN. Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **A desigualdade reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

# AS MULHERES NO LEGISLATIVO DA REGIÃO LITORAL SUL A PARTIR DA LEI DE COTAS POR GÊNERO EM CANDIDATURAS<sup>60</sup>.

BIANCA MUNIZ LEITE<sup>61</sup>

SASKYA MIRANDA LOPES<sup>62</sup>

**RESUMO:** ESTE ARTIGO PRETENDE REFLETIR A RELAÇÃO DA MULHER COM A POLÍTICA, A PARTIR DE UM RECORTE ESPACIAL DA REGIÃO LITORAL SUL DOS TERRITÓRIOS DE IDENTIDADE DA BAHIA E DO HISTÓRICO DE FIRMAMENTO DA LEI DE COTAS, POR GÊNERO, PARA CANDIDATURAS DE PARTIDOS E COLIGAÇÕES. TRATA-SE DE UM LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO PARA ELUCIDAR QUESTÕES RELATIVAS A GÊNERO, PATRIARCADO, MACHISMO, POLÍTICA, CORONELISMO E A CONQUISTA DE DIREITOS PELAS MULHERES, JUNTO A UMA PESQUISA DOCUMENTAL E ESTATÍSTICA A FIM DE REFLETIR A CONJUNTURA LITORAL SUL BAIANA ATRAVÉS DA ANÁLISE E CRUZAMENTO DE DADOS QUANTITATIVOS, EXTRAÍDOS DE PESQUISAS DO IBGE E DE ESTATÍSTICAS DO TSE RELATIVOS ÀS CANDIDATURAS DE MULHERES E VEREADORAS ELEITAS NO ANO DE 2012.

---

60 Recebido em 11/09/15, aprovado, definitivamente, em 30/11/15.

Esse artigo é um desdobramento proveniente do trabalho de conclusão de curso homônimo.

61 Mestranda do Programa de Pós-Graduação do Núcleo de Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo (PPG - NEIM) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

62 Doutoranda da Universidade de Coimbra, Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC).

PALAVRAS CHAVE: GÊNERO E PODER; LEI DE COTAS; MULHER NA POLÍTICA.

**ABSTRACT:** THIS WORK AIMS TO ADDRESS THE RELATIONSHIP OF WOMEN TO POLITICS UNDER THE CUT-OUT OF THE SOUTH COAST REGION OF BAHIA'S IDENTITY TERRITORIES AND THE HISTORIC OF THE QUOTA LAW BY GENDER FOR CANDIDATES OF ENTOURAGES AND COALITIONS. IT'S A LITERATURE TO ELUCIDATE ISSUES CONCERNING GENDER, PATRIARCHY, SEXISM, POLITICS, "CORONELISMO" AND THE ACHIEVEMENT OF WOMEN'S RIGHTS NEXT TO A DESK AND STATISTICS RESEARCH TO REFLECT BAHIA'S SOUTH COAST ENVIRONMENT THROUGH ANALYSIS AND CROSS QUANTITATIVE DATA EXTRACTED FROM IBGE SURVEYS AND TSE STATISTICS RELATING TO FEMALE CANDIDATES AND COUNCILLORS ELECTED IN 2012.

Key words: Gender and power; Quota law; Woman in Politics.

## INTRODUÇÃO

Durante boa parte da história da nossa sociedade, as mulheres foram restringidas a atividades de ordem privada, principalmente, ligadas à manutenção do lar e cuidado de crianças e idosos. A organização sexual do trabalho, isto é, a divisão do trabalho a partir do sexo, é um desdobramento direto do patriarcado, sistema de organização social que beneficia os homens a partir da dominação das mulheres. Essa organização, impôs a uma parte dessas mulheres a não participação nos espaços públicos a partir das funções que eram exigidas a exercer. As mulheres que transitavam nesses espaços o faziam, em sua maioria, enquanto lavadeiras, quituteiras e outras atividades que não lhes conferia qualquer crédito, estavam ali a fim de sustentar as suas famílias, mas só o conseguiam exercendo tarefas semelhantes às que eram demandas do privado.

A esfera de atuação política, sobretudo eleitoreira, objeto desse trabalho é um importante espaço público de poder e, desde o princípio, a participação das mulheres ali foi dificultada. “Ser uma mulher na política, ou ainda, ser uma ‘mulher política’, parece antítese da feminilidade, a negação da sedução ou, ao contrário, parece dever tudo a ela” (PERROT, 2007, p. 153). A afirmação de Michelle Perrot coloca que a negação da participação política à mulher se dá através da ratificação de estigmas e preconceitos de gênero que mantém essa lógica.

A história da vida das mulheres é marcada por privações e limites impostos por um sistema de construção social conhecido como patriarcado. Esse sistema privilegia o homem enquanto sujeito e as experiências masculinas em detrimento das femininas, desvalorizadas e, muitas vezes, negligenciadas (KOLLER; NARVAZ, 2006). Vencer as barreiras impostas desde a gênese da sociedade patriarcal vigente é uma tarefa árdua, pois as formas de dominação exercidas pelo masculino não eram restritas ao “público”, começavam na família, com as limitações impostas às filhas, cuja “mão” era simbolicamente passada do pai ao marido, com o casamento (BOURDIEU, 2010).

Essa lógica foi perpetuada na Bahia e, mais especificamente, na região Litoral Sul dos seus territórios de identidade<sup>63</sup>, palco da hegemonia dos coronéis no período da República Velha (1889-1930), estendendo-se a meados do século XX, principalmente por conta da produção de cacau em Ilhéus e Itabuna, em um sistema político que foi batizado de coronelismo. Esse momento político caracteriza-se pelo monopólio da figura do coronel rico e detentor de posses. Victor Nunes Leal (1975) traz uma

---

63 Territórios de identidade são propostas pelo planejamento territorial da Bahia e consistem em áreas divididas, segundo aspectos econômicos, sociais e culturais. Essa divisão foi realizada a fim de criar uma unidade em cada território e facilitar a criação e execução de políticas públicas voltadas às especificidades das porções territoriais baianas.

definição mais completa:

Eram, de ordinário, os mais opulentos fazendeiros ou os comerciantes e industriais mais abastados, os que exerciam, em cada município, o comando-em-chefe da Guarda Nacional, ao mesmo tempo em que a direção política, quase ditatorial, senão patriarcal, que lhes confiava o governo provincial. [...] o sistema ficou arraigado de tal modo na mentalidade sertaneja, que até hoje recebem popularmente o tratamento de 'coronéis' os que têm em mãos o bastão de comando da política edilícia ou os chefes de partidos de maior influência na comuna, isto é, os mandões dos corrilhos de campanário (LEAL, 1975, p. 21).

A despeito do sufrágio firmado enquanto direito dos cidadãos, tal direito cabia apenas a uma pequena parcela da população, o caráter discriminatório e restrito do voto universal republicano excluía analfabetos, mulheres e outras minorias (FALCÓN, 1995). As práticas coronelistas perpetuam a lógica patriarcal e combatem a emancipação e participação das mulheres, sobretudo na política. Não existiam mulheres com o título de coronel.

Ao longo dos anos, houve diversas tentativas de subverter essa ordem social em todo o mundo, em sua maioria protagonizada por mulheres organizadas. Não se sabe precisar a data do surgimento do movimento feminista, mas, a fim de facilitar a didática e reflexões, tomamos as Revoluções Francesa e Americana como marco inicial da organização, impulsão, fortalecimento e visibilidade da luta feminista, iniciados com a luta sufragista. O cenário dessa luta é o marco do início da busca por direitos políticos, uma das fronteiras de mais difícil transposição, pois a política é o centro do poder e das decisões.

Mesmo com a conquista do direito ao voto feminino, em 1932 no

Brasil, ainda é necessária a implantação de políticas públicas<sup>64</sup> redistributivas, as quais são entendidas como aquelas voltadas ao incentivo da participação e inclusão de minorias (BOLOGNESI, 2014).

O argumento pela representação especial de grupos estruturalmente desfavorecidos é articulado através de perspectivas que sustentam a existência de uma relação estreita entre democracia e inclusão política; que afirmam que a justiça implica o reconhecimento das diferenças através da participação ativa de membros desses grupos em processos político-decisórios; que julgam o conceito liberal de igualdade política como deficitário na medida em que não incorpora requisitos objetivos necessários para que homens e mulheres disputem processos eleitorais em condições de igualdade; e, por fim, que defendem haver uma relação estreita entre quem é o legislador e o conteúdo do que é legislado (SACCHET, 2012, p. 399-400).

Diante dessa demanda latente, é instituído no Brasil, em 1995, o sistema de cota eleitoral de gênero para partidos ou coligações inscritos em chapas de campanha para eleições, através de um projeto de lei da então Deputada Marta Suplicy (Partido dos Trabalhadores/São Paulo), subscrito por outras trinta Deputadas que a despeito da proposição original de 30 por cento das vagas das candidaturas destinadas a mulheres, dá origem ao art. 11 §3º, da Lei n. 9.100/1995 que fixa o percentual da cota em vinte: “vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deverão ser preenchidos por candidaturas de mulheres” (BRASIL, 1995). A lei de cotas por

---

64 Existem inúmeras definições acerca de política pública, desde um campo de estudo da política que pensa o governo a partir de reflexões de grandes questões públicas às que a resumem a uma regra formulada por uma instância do governo a fim de interferir na realidade comportamental de indivíduos e grupos através de sanções. Souza (2007, p. 68) defende a importância de pensar o governo – sua forma e grupo que o exerce - ao pensar essas políticas, pois não há ingenuidade, são pensadas a partir de um projeto e de interesses, sendo, por muitas vezes, espaço de disputa.

gênero, as decisões dos tribunais (TSE, 1996) e os estudos realizados acerca da lei apontam para a hipótese de ineficiência e ineficácia dessas. Houve algumas tentativas posteriores como a Lei n. 9.504 de 1997, posteriormente alterada pela mais recente Lei n. 12.034 de 2009, através da qual o legislador busca efetivar a política pública ao propor uma nova redação para o artigo 10 da Lei de 1997.

O presente estudo pretende refletir acerca da norma que prevê as cotas por gênero em candidaturas de partidos ou coligações, no que tange ao aumento da participação das mulheres nas Câmaras de Vereadores e a sua eficácia. Para tanto, foi realizado um estudo de caso, a partir de dados disponíveis *online*, relativos à porcentagem de mulheres eleitoras em relação ao total da população e a porcentagem de candidaturas femininas nos anos em que a lei de cotas sofreu alterações. Os municípios escolhidos para o estudo obedeceram ao critério de possuir mais de 30 mil habitantes, a fim de garantir a análise de Câmaras com mais cadeiras disponíveis em sua organização, e compor a região Litoral Sul dos territórios de identidade da Bahia. O trabalho utilizou pesquisa bibliográfica e documental, bem como análise de dados quantitativos.

Há de se destacar os alarmantes números, ainda hoje, existentes de baixas oportunidades de emprego, salários díspares e de violência contra a mulher, manifestada em diversas formas (física ou simbólica) que ratificam a atualidade e a relevância desta discussão assim como a importância do caráter regional da pesquisa, visto que o tema carece de produções acadêmicas voltadas para nossas especificidades.

## 2 O MOVIMENTO FEMINISTA: BREVE APANHADO HISTÓRICO

### 2.1 PATRIARCADO

O conceito de patriarcado muitas vezes é associado ao termo “família” – do latim *famulus*, escravo doméstico – utilizado na Roma Antiga, cuja organização se dava com a submissão de todos os seus integrantes ao poder paterno. “A expressão [patriarcado] foi inventada pelos romanos para designar um novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles” (ENGELS, 1986, p. 26) e foi apropriada pelos estudiosos para referir-se a “uma forma de organização social” (KOLLER; NARVAZ, 2006, p. 50) na qual as atividades exercidas pelos homens, na divisão sexual do trabalho, teriam mais valor do que as exercidas pelas mulheres.

O sistema patriarcado então se refere à opressão exercida pelo gênero masculino sobre o feminino, atribuindo maior valor às atividades ditas masculinas e condenando as mulheres a uma prisão em seu papel pré-definido engessado, legitimando a chamada dominação masculina. Tal dominação instaura-se com base em dois principais pilares: a “posse” da sexualidade feminina através do controle de seus corpos e a divisão sexual do trabalho (KOLLER; NARVAZ, 2006; BOURDIEU, 2010).

A supremacia masculina ditada pelos valores do patriarcado atribuiu um maior valor às atividades masculinas em detrimento das atividades femininas; legitimou o controle da sexualidade, dos corpos e da autonomia femininas; e, estabeleceu papéis sexuais e sociais nos quais o masculino tem vantagens e prerrogativas (KOLLER; NARVAZ, 2006, p. 50).

Diante desse histórico de opressões construído, a partir da desvalorização da mulher e da violência simbólica sofrida por elas, surge a figura do feminismo enquanto “sujeito político das

mulheres”, conforme define Telma Gurgel:

O Feminismo desde sua primeira expressão, como sujeito político das mulheres, na França, em 1789, vem se reafirmando como um movimento social que, assim como outros, desenvolve ações de ruptura estrutural-simbólica com os mecanismos que perpetuam as desigualdades sociais e estruturam os pilares da dominação patriarcal capitalista na contemporaneidade (GURGEL, 2010, p.1).

Segundo Bourdieu (2010), a violência simbólica é aquela exercida por vias puramente simbólicas, por isso, por vezes, é invisível às suas próprias vítimas. É um mecanismo sutil de exclusão social de indivíduos, grupos ou instituições. No caso em questão, a violência simbólica exercida sobre as mulheres é, muitas vezes, invisível a essas, pois não se manifesta única e somente através de agressões físicas, mas por todo tipo de exclusão e privação que lhes é imposto. O autor ainda afirma que esse mecanismo é cruel, neste caso, além de pensar a realidade das mulheres e adequá-las a interesses alheios às mesmas, faz com que sejam contribuintes da própria lógica que as oprime; ou seja, o oprimido reproduz o discurso do opressor.

Destarte, o feminismo é a construção de uma corrente ideológica e um movimento social que combate a lógica patriarcal vigente, a dominação masculina e as desigualdades de gênero resultantes.

## 2.2 AS ONDAS DO FEMINISMO

A história dos movimentos de mulheres, que buscaram (e ainda buscam) romper com o patriarcado e a desigualdade de gênero, é dividida pela maior parte dos pesquisadores do tema em três ondas com características marcantes e distintas.

A primeira onda do feminismo, como o próprio nome aponta,

foi a gênese do movimento. Surge, aproximadamente, no fim do século XIX, do impulso das mulheres de se organizarem e denunciarem a opressão imposta pelo patriarcado através da exigência de que lhes fossem garantidos os direitos mais básicos que lhes eram negados, como a capacidade de conquistar propriedades e de escolherem os seus cônjuges, e avança até o século XX (MATOS, 2010). O movimento sufragista é o grande ícone desse momento, pois foi a bandeira com maior visibilidade e importância levantada pelas feministas (MEYER, 2004; PINTO, 2010).

A primeira geração (ou primeira onda do feminismo) representa o surgimento do movimento feminista, que nasceu como movimento liberal de luta das mulheres pela igualdade de direitos civis, políticos e educativos, direitos que eram reservados apenas aos homens. O movimento sufragista (que se estruturou na Inglaterra, na França, nos Estados Unidos e na Espanha) teve fundamental importância nessa fase de surgimento do feminismo. O objetivo do movimento feminista, nessa época, era a luta contra a discriminação das mulheres e pela garantia de direitos, inclusive do direito ao voto (KOLLER; NARVAZ, 2006, p. 649).

Meyer aponta que, no Brasil, a primeira geração está ligada à Proclamação da República, em 1890, e à luta do movimento sufragista das feministas que pressionou e culminou no direito ao voto das mulheres brasileiras estabelecido na Constituição que entrou em vigor em 1934 (MEYER, 2004; PINTO, 2010).

A segunda onda feminista é reconhecida enquanto continuidade da primeira, porque se trata também de um movimento de luta por direitos. No entanto as diferenças são substanciais, à vista disso, no momento inicial, as ambições giravam em torno de direitos básicos, principalmente direitos políticos, enquanto a segunda geração levava adiante o combate ao patriarcado, fim da discriminação e igualdade entre os sexos. Trata-se do feminismo da igualdade (PINTO, 2010).

Enquanto França e Estados Unidos, vistos como países pio-

neiros das manifestações do feminismo da segunda onda, viviam um período de grande efervescência política na década de 1960, inclusive o florescimento do movimento *hippie* com o lema “Paz e Amor”, o Brasil vivia os desdobramentos do golpe militar de 1964, como o Ato Institucional n. 5, que endurecia as estruturas de poder e via os movimentos de minoria e de esquerda – como o feminista – como uma ameaça em potência.

A terceira fase ou terceira onda feminista surgiu nas décadas de 1980 e 1990 a partir do pensamento pós-estruturalista que ganhava força, principalmente, na França, com Michel Foucault, pautando sobre a necessidade de atender às particularidades dos indivíduos e enfatizando as diferenças e, no caso do movimento feminista, passou a fugir do caráter exclusivo de mulheres brancas e de classe econômica favorecida, considerando as diversas opressões.

As feministas francesas, influenciadas pelo pensamento pós-estruturalista que predominava na França, especialmente pelo pensamento de Michel Foucault e de Jacques Derrida, passam a enfatizar a questão da diferença, da subjetividade e da singularidade das experiências, concebendo que as subjetividades são construídas pelos discursos [...]. Surge, assim, a terceira fase do feminismo (terceira geração ou terceira onda), cuja proposta concentra-se na análise das diferenças, da alteridade, da diversidade e da produção discursiva da subjetividade. [...] O desafio nesta fase do feminismo é pensar, simultaneamente, a igualdade e a diferença na constituição das subjetividades masculina e feminina (KOLLER; NARVAZ, 2006, p. 649).

Pode-se dizer, então, que a terceira onda feminista traz abordagens micropolíticas, aponta as demandas de cada mulher, partindo do pressuposto de que são diferentes entre si, por exemplo, a mulher negra e a mulher branca, ou a mulher cisgênero e a mulher transgênero, trata-se do feminismo da diferença. A preocupação

em reconhecer as diferenças intensifica os debates e questionamentos internos do movimento; essas influências incentivaram o surgimento de novas ideias e estratégias para pautar as exigências do movimento feminista, bem como o surgimento de coletivos de luta por frentes específicas: frente LGBT, frente de combate à violência contra a mulher, frente das mulheres negras, entre outras.

Não obstante as divergências, as três ondas do feminismo não podem ser entendidas através de uma perspectiva histórica linear, com rigidez, isto é, quando cada uma começa ou acaba; as diferenças propostas coexistem na contemporaneidade com maior ou menor força. Importa conhecê-las e diferenciá-las para compreender a movimentação teórica e política do feminismo ao longo da história e, então, traçar estratégias de combate ao machismo.

### 3 A POLÍTICA NO CENÁRIO REGIONAL DO LITORAL SUL

Ilhéus surge no contexto de um processo embrionário de colonização do litoral brasileiro pelos portugueses com a criação de capitanias hereditárias<sup>65</sup> no século XVI. Os primeiros donatários da capitania de Ilhéus tentaram construir os pilares da economia local através da construção de engenhos de açúcar, principal atividade lucrativa exercida no país à época, entre 1532 e 1750, atravessando inclusive a implantação do sistema de sesmarias<sup>66</sup> no século XVIII, porém essa tentativa

---

65 No século XVI, o Rei de Portugal dividiu a costa brasileira em doze setores lineares com extensão de 30 a 100 léguas cada e entregou-os aos poderes de homens escolhidos pela Coroa. Essas porções de terra são as chamadas capitanias hereditárias e esses homens conhecidos como seus donatários. (SERRA, Carlos Alberto Teixeira. Considerações acerca da evolução da propriedade da terra rural no Brasil. **ALCEU** – V.4 – n. 7, jul./dez. 2003).

66 “Antes de D. Fernando I expedir a primeira lei de sesmarias, já era antiga a

resultou em inúmeros fracassos nessa região. Apenas no início do século XIX houve a inserção de outras culturas nos cultivos do Litoral Sul da Bahia.

A cacauicultura, principalmente no eixo hoje equivalente a Itabuna-Ilhéus, alavancou a economia local e criou uma nova classe com elevado *status* social e econômico: os fazendeiros de cacau. A produção dessa nova cultura foi tão importante que alguns historiadores narram ser este o marco inicial da história de Ilhéus e dos municípios do Litoral Sul, visto que, com o aquecimento dessa atividade, muito da economia dos territórios circunvizinhos e, hoje, de outros municípios, passou a girar em torno da exploração do plantio de cacau, a partir de onde deveria ser lembrada: [...] adotamos a hipótese que a história da região cacauceira basicamente começa a ser contada a partir da época em que o cacau passa a ser o principal produto econômico da região, negando todo seu passado (LIMA, 2007, p. 3).

Acompanhando o entendimento dessa corrente de historiadores, sem a rigidez e ingenuidade de negar todo o passado, decidiu-se traçar o esboço do cenário político de toda a região influenciada, considerando as significativas transformações sociais, políticas e econômicas que dele advieram, pelo comércio de cacau, a partir do estopim dos seus anos de prosperidade, simultaneamente com o surgimento do momento político instaurado conhecido como coronelismo.

---

praxe de retirar dos donos as terras inexploradas, para entregá-las a quem se dispusesse a lavrar e semear as mesmas. O costume, conhecido em Portugal desde os tempos de D. Afonso II, converteu-se em lei escrita em 26 de maio de 1375. O seu objetivo era obrigar o proprietário a trabalhar a terra, por si ou por terceiros, pagando à Coroa a sexta parte dos frutos, chamada na época de sesma” (SERRA, 2003, p. 232).

### 3.1 CORONELISMO E PATRIARCADO

Coronelismo é o termo usado para se referir a hábitos e práticas políticas construídas, desde os tempos de colônia, consolidadas no fim do Império, até o surgimento do federalismo com a República Velha, quando homens ricos, principalmente, grandes proprietários de terra, dominavam as pessoas que viviam em suas posses ou delas dependiam de alguma forma para além do seu papel inicial de patrão (MIRANDA, 2000). A divisão do território brasileiro em estados originou a figura do governador do estado e buscou diluir a centralização de poder característica do Império, modelo político que vigorava anteriormente. Destarte, nessa época, poder econômico significava um potencial poder político a ser exercido pelo coronel.

Tal patente era conferida inicialmente a um dos mais altos cargos – ocupado predominantemente pelo chefe político da comuna - da Guarda Nacional, criada em 1831, com o propósito de manter a ordem interna do Império e auxiliar em possíveis guerras estrangeiras. Com a proclamação da República no Brasil, a Guarda é extinta, no entanto, a atmosfera de poder que rodeava os coronéis permaneceu, foi mantido o seu exercício de dominação sobre os trabalhadores de suas propriedades e áreas de influência. Apesar da aparente limitação do título aos participantes da Guarda Nacional, o que acontecia era a apropriação do termo por ricos proprietários de largas porções de terra que exerciam forte poder político na região independente de carreira militar de qualquer duração.

Compreende-se o coronelismo como um vestígio de manifestação de poder privado em um regime político considerado de esfera democrática e de extensa base representativa (LEAL, 1975; FALCÓN, 1995). A força eleitoreira do grupo que estava no topo da hierarquia social e econômica constrói uma realidade, desde

a época da República Velha, em que os mandatos dos governantes são pensados para atender o interesse de uma pequena e privilegiada porção da sociedade.

Segundo Narvaz e Koller (2006), o patriarcado é uma forma de organização social na qual existem dois princípios que regem as relações estabelecidas entre os indivíduos: ambos colocam os jovens e as mulheres em patamares inferiores hierarquicamente com relação aos homens, ou seja, não só devem obediência aos patriarcas, como são considerados inferiores de fato. Esse formato de organização é perpetuado e fortalecido durante o auge do coronelismo; o coronel figurava como a mais alta autoridade, donos da terra, da ordem social, da verdade, da moral e também das suas famílias, cujo formato ratificava essa relação de superioridade e subordinação.

A história da instituição familiar no Brasil tem como ponto de partida o modelo patriarcal europeu, absorvido a prestações desde a colonização e adaptado à realidade social brasileira, que colocava a mulher em condição de inferioridade e de eterno dever de obediência. Para tanto, a educação era de difícil acesso para o público feminino, pois não era interessante que as mulheres alcançassem independência econômica e intelectual, visto que isso ameaçaria a lógica patriarcal de família em que toda a vida da mãe e da esposa deveria estar voltada para a criação dos seus filhos e filhas e satisfação do marido coronel (SAFFIOTI, 2013).

As filhas e as esposas eram tratadas como mercadorias e deveriam obedecer à ideia de submissão completa; apenas trocariam de “senhor” ao saírem das mãos dos pais e serem “passadas”, entregues no altar, para os maridos a quem também deviam total obediência e dedicação. Era comum que os casamentos fossem planejados pelos pais e, por isso, a escolha do noivo muitas vezes era feita com base na proximidade de terras das famílias e possibilidade de firmar boas parcerias para os negócios; era comum o casamento

entre primos enquanto instrumento de manutenção do patrimônio familiar (RIBEIRO, 2005).

A manifestação do patriarcado no cenário coronelista condenava as mulheres à invisibilidade social e de direitos, eram tratadas como objetos e induzidas a agirem conforme os desejos e interesses dos homens; o patriarcado designa o poder dos homens, do gênero masculino, enquanto categorial social, situando as mulheres desse cenário como minoria política oprimida (KOLLER; NARVAZ, 2006; SAFFIOTI, 2013).

Os “coronéis-políticos”, como são conhecidos os coronéis que usam o título para oprimir e angariar votos, ocupavam o topo da hierarquia social das cidades. Na região Litoral Sul não seria diferente, principalmente diante da produção de cacau do eixo Itabuna-Ilhéus, que acontecia em larguíssima escala e figurava como a base econômica desses municípios alcançando os municípios circunvizinhos que também bebiam dos louros dessa monocultura. Nesse sentido, exemplifica Falcón (1995):

A patente sempre foi muito importante para a vida político-partidária local. Do alto dos seus postos na direção das duas facções locais, reinaram todo-poderosos os coronéis Domingos Adami de Sá e Antonio Pessoa da Costa e Silva, influenciando a tal ponto os eleitores que, ali, todos os partidos que desfilaram ao longo dos quarenta anos da República, eram identificados pelos nomes dos respectivos chefes municipais. Dividia-se o eleitorado entre os adamistas (depois mangabeiristas) e pessoístas (FALCÓN, 1995, p. 91).

A organização dava-se da seguinte forma: os fazendeiros detentores das terras e da plantação de cacau resumiam em si importantes instituições sociais através de prestações jurisdicionais, solução de conflitos, além de serem grandes “ditadores de verdades”; os trabalhadores – campesinato -, que, muitas vezes, moravam “de favor” nas terras dos coronéis, exerciam seu ofício de responsabilidade pelo cultivo e colheita do “fruto de ouro” e

submetiam-se aos arbitramentos dos coronéis, que gozavam de superioridade econômica e social.

### **3.2 O ESPAÇO DAS MULHERES E AS CONQUISTAS DE DIREITO**

Desde o seu nascimento, os bebês do sexo feminino são criados de modo a resumirem-se ao que lhes é imposto. Ao longo da história também lhes foi tolhida a oportunidade de ter acesso à educação; quando havia esse contato, as limitações eram infinitas, pois o conhecimento transmitido deveria adequar-se ao que era interessante para o senhor, o patriarca, que assume diferentes faces diante das variações de tempo e espaço. Destarte, observa-se a reclusão das mulheres quanto aos espaços de fato, cabia a elas ocuparem o quarto, cozinha e sala de jantar, onde deveriam cumprir as suas obrigações e permanecer longe dos espaços sociáveis da casa, ocupados por seus maridos (FOLLADOR, 2009).

As esposas dos coronéis, por exemplo, eram condenadas a ocupar apenas os espaços privados a fim de obedecer à ditadura implícita da organização sexual do trabalho na época; deveriam cuidar da casa e cumprir o seu papel de procriadoras o que, por consequência, as limitava dos espaços de poder e tornava a sua participação na esfera político-eleitoreira algo quase inimaginável.

É indispensável destacar as distinções entre a criação e a formação das mulheres negras, elas não estavam em casa enquanto os seus maridos trabalhavam. Desde a pós-abolição, ocupavam os espaços externos, trabalhando para manter as suas famílias como costureiras, ganhadeiras, lavadeiras, quituteiras, entre outras atividades (CARNEIRO, 2003; RIBEIRO, 2015). No entanto é comum a todas a sujeição praticamente exclusiva às mesmas atividades voltadas para o cuidado do lar, da família e da casa, ainda que relativas à casa que não era sua,

mas de quem contrata o seu serviço; trabalhos distantes dos espaços de poder.

A delimitação dos espaços é um processo histórico e cultural com consequências cruéis para o polo oprimido, é tão enraizado que torna a sua desconstrução custosa mesmo para os que sofrem com ela. “[A memória histórica] foi sempre instrumento de poder dos vencedores, para destruir a memória dos vencidos e para impedir uma percepção alternativa da história que fosse capaz de questionar a legitimidade de sua dominação” (DECCA apud LIMA, 2007, p. 2).

Esse ciclo vicioso de manutenção da dominação implica a limitação do exercício de cidadania das mulheres ainda hoje, e só poderá ser superado pela organização e ação das mulheres, sujeitos interessados, o que torna, portanto, a sua participação na política algo imprescindível.

A presença das mulheres nas instâncias de representação tem sido analisada pela literatura como parte dos processos históricos de institucionalização do poder político. Na construção das democracias ocidentais, isso se fez acompanhar de definições políticas e normativas que configuram espaços e direitos distintos, para homens (públicos) e mulheres (privados), na organização da vida social moderna. Construindo-se, também, um conceito de cidadania restritivo em relação às mulheres (ARAÚJO, 1998, p. 71).

A história da conquista de direitos femininos começa, em 1919, com Bertha Lutz e Olga de Paiva Meira, representantes do Brasil no Conselho Feminino Internacional da Organização Internacional do Trabalho, que ajudaram a construir logo na Primeira Conferência a indicação dos princípios gerais a serem seguidos pelos Estados-membros: salário igual para homens e mulheres que exerçam a mesma atividade e a obrigação do Estado de verificar e assegurar o cumprimento das normas de proteção aos trabalhadores (SAFFIOTI, 2013). Nesse mesmo ano, é criada a Liga para a Emancipação Intelectual da Mulher.

O prestígio de Bertha Lutz, aliado à visibilidade alcançada com a participação nesse evento internacional, assegurou a presença dela na Primeira Conferência Interamericana de Mulheres, que aconteceu em Baltimore. Na ocasião, estreitaram-se os laços entre o movimento feminista que atuava até então no Brasil com o norte-americano, a proximidade da “líder” Bertha com a feminista americana Carrie Chapman Catt resulta na transformação da Liga, criada em 1919, na chamada Federação Brasileira para o Progresso Feminino (FBPF), oficialmente inaugurada em 9 de agosto de 1922.

A fundação da FBPF foi importante para a luta por direitos, principalmente no que tange aos sete itens que apresenta como objetivos da organização em seu estatuto. São eles: promover a educação da mulher e elevar o nível de instrução feminina; proteger as mães e a infância; obter garantias legislativas e práticas para o trabalho feminino; auxiliar as boas iniciativas da mulher e orientá-la na escolha de uma profissão; estimular o espírito de sociabilidade e de cooperação entre as mulheres e interessá-las pelas questões sociais e de alcance público; assegurar à mulher os direitos políticos que a nossa Constituição lhe oferece e prepará-la para o exercício inteligente desses direitos e estreitar os laços de amizade com os demais países americanos, a fim de garantir a manutenção perpétua da paz e da justiça no hemisfério ocidental (SAFFIOTI, 2013). O conteúdo do artigo três do estatuto da FBPF, responsável por numerar as sete finalidades da organização, deixa claro a influência norte-americana na direção que o movimento feminista brasileiro traçava no momento, o que fica evidenciado, especialmente, no último item citado.

As Convenções 3 e 4 da Organização Internacional do Trabalho também foram ratificadas pelo Brasil através dos Decretos n. 423/35 e n. 1.396/37, respectivamente, e traziam inovações, principalmente, no que tange à mulher trabalhadora. Garantias como licença remunerada antes e depois do parto, intervalo na

jornada de trabalho para amamentação e a proibição do trabalho noturno feminino nas indústrias criaram a ideia de “proteção proibitiva”. Não foram eficientes, pois “além de não protegerem as mulheres de verdade, já que não eram cumpridas, dificultavam sua inserção no mercado de trabalho” (MORONARI, 2006, p. 30), por acabarem onerando mais a contratação de uma trabalhadora.

A despeito do avanço feminino, caracterizado pela ocupação desses espaços de discussão e deliberação, nada concreto e significativo havia sido conquistado até o momento, os direitos políticos, com destaque para o direito ao voto, pareciam ser o ponto de partida e a principal pauta com a qual o movimento se ocupou quando surgiu. Desde o fim do século XIX, o cenário de luta pelo sufrágio feminino já se delineava, através da imprensa comandada por mulheres como Josefina Álvares de Azevedo, que afirmou “no jornal A Família, em abril de 1890, ‘não se poderá impunemente negar à mulher um dos mais sagrados direitos individuais’” (SOIHET, 2000, p. 98).

Não obstante houvesse previsão contrária ao voto feminino na Constituição de 1891, o sufrágio feminino foi negado diversas vezes por juízes, conforme decisão de juiz de primeira instância em São Paulo, transcrita abaixo – grifos nossos –, e considerado inconstitucional em 1920.

*As mulheres não podem alistar-se como eleitores. Não se reconhece ainda, no Brasil, a capacidade social da mulher para o exercício do voto. As restrições que se lhe impõem na ordem civil têm um reflexo na ordem política. [...] Os publicistas que, entre nós, propugnam ardorosamente, como o fez o dr. Tito Fulgêncio, pela emancipação política da mulher, qualificando de arbitrária a exclusão que dela se fizer do direito de voto, esquecem por completo a concepção que sempre se tem feito, em nossa vida social, da entidade feminina; concepção de uma criatura destinada a dividir harmonicamente com o homem as responsabilidades da vida em comum, ela, na tranqüilidade do lar, cuidando da ordem doméstica, ele, no*

*trabalho cotidiano, auferindo os meios de prover a subsistência da família. Pode ser que futuramente assista a humanidade à confusão dos papéis. Mas por enquanto cumpre conservar o que até aqui se tem conservado no tocante à capacidade feminina [...] (CARDONE, 1965, p. 48-49).*

O combate ao direito das mulheres de votar era intenso, pois garantir o sufrágio significaria reconhecer a capacidade do sujeito feminino de construir o caminho político da nação, bem como a sua participação em atividades de caráter público, não mais se restringindo ao privado. Apenas em fevereiro de 1932, através do Decreto n. 21.076/32 assinado pelo presidente Getúlio Vargas, com a promulgação do novo Código Eleitoral do Brasil, foi garantido o voto feminino. Ainda assim, a princípio, era restrito às mulheres casadas portadoras de autorização dos seus maridos, às viúvas e às solteiras com renda própria. Apenas, em 1934, a Constituição do país eliminou as restrições existentes. É pertinente atentar para a distinção do tempo em que a obrigatoriedade do voto foi instaurada para os homens, em 1934, e para as mulheres apenas com a Constituição de 1946.

A representação no Poder Legislativo contribuiu para inúmeras vitórias importantes das feministas no que tocante à conquista de direitos. O anteprojeto da Carta Magna, que consagraria o voto feminino, foi elaborado com a colaboração de duas mulheres. Dra. Carlota Pereira de Queiroz participou da Assembleia Constituinte de 1933, como delegada de São Paulo e primeira mulher no Corpo Legislativo Brasileiro, e teve a companhia da Dra. Bertha Lutz, nomeada enquanto representante do movimento feminista à época (SAFFIOTI, 2013). Em relação às mulheres trabalhadoras, a Constituição de 1934 “proibia a discriminação salarial das mulheres e seu trabalho em locais insalubres, garantia o repouso antes e depois do parto sem prejuízo de salários e empregos, assegurava a instituição da previdência a favor da maternidade e estabelecia critérios para o serviço de

amparo à maternidade” (MORONARI, 2006, p. 31).

Os direitos conquistados retrocederam com a promulgação da Constituição Federal de 1937, pois essa não garantia estabilidade empregatícia às gestantes ou igualdade salarial entre os sexos. As consequências foram tortuosas principalmente no que tange aos salários femininos; as trabalhadoras passaram a receber até 10% a menos que os homens no exercício da mesma função, sob argumento de que as condições de higiene e a proteção das mulheres previstas em lei seriam, por si só, onerosas, de forma que o contratante não deveria ser obrigado a arcar com essas diferenças (MORONARI, 2006; SAFFIOTI, 2013).

Em 1 de maio de 1943, o Decreto-Lei n. 5.452 criou a Consolidação das Leis Trabalhistas que nada mais era do que a sistematização de todas as leis, elaboradas até o ano de 1943, que versavam sobre os direitos dos trabalhadores, visto que não havia um Código Trabalhista. O capítulo III, do título III, foi reservado às mulheres sob o título “Da proteção do trabalho da mulher” com a legislação que garantia alguns direitos já citados, no entanto, como se tratava apenas da organização das normas e não de criação, os retrocessos da Carta Magna de 1937, como a omissão acerca da adoção de isonomia salarial, permaneceram.

Em 1962, a Lei n. 4.121 instituiu o chamado Estatuto da Mulher Casada, um dos grandes marcos legislativos do rompimento com a hegemonia masculina. Finalmente, a mulher casada deixa de ser relativamente capaz e assume a sua plena capacidade bem como a igualdade na administração da sociedade conjugal.

O chamado Estatuto da Mulher Casada devolveu a plena capacidade à mulher, que passou à condição de colaboradora na administração da sociedade conjugal. Mesmo tendo sido deixado para a mulher a guarda dos filhos menores, sua posição ainda era subalterna. Foi dispensada a

necessidade da autorização marital para o trabalho e instituído o que se chamou de bens reservados, que se constituía do patrimônio adquirido pela esposa com o produto de seu trabalho. Esses bens não respondiam pelas dívidas do marido, ainda que presumivelmente contraídas em benefício da família (DIAS, 200-, sem paginação).

A despeito de já poderem eleger e serem eleitas, a condição da mulher até 1962 limitava a sua cidadania. Não há como se falar em cidadania plena quando todos os atos da vida civil da esposa estariam condicionados ao marido, deveriam ser assistidos por ele.

O passo seguinte também aconteceu no âmbito do Direito Civil, foi a Lei n. 6.515, também conhecida como Lei do Divórcio, aprovada em 26 de dezembro de 1977. Para tanto, a própria Constituição Federal foi alterada, passou a exigir apenas maioria simples, não mais qualificada com quórum de dois terços dos votos, para emendar a Constituição. Dessa forma, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 9, regulada pela Lei do Divórcio, que positivou a dissolubilidade do casamento e a hipótese de divórcio vincular, aquele que dissolve por completo o vínculo permitindo um novo casamento posterior.

Não obstante, é a atual Constituição Federal, promulgada em 1988, a responsável pela maior conquista feminina, pois, pela primeira vez, o princípio da igualdade foi enfatizado sob o viés de igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e reforçado ao igualar os direitos e deveres dos cônjuges no casamento (art. 226, §5º). Uma das mudanças mais interessantes aparece no artigo 2º, IV da Carta Magna de 1988, quanto o legislador toma para o Estado a responsabilidade de promover o bem de todos, igualmente, sem preconceito de sexo.

Em 1979, a Organização das Nações Unidas (ONU), em Assembleia Geral, adotou a Convenção sobre a Eliminação de Todas

as Formas de Discriminação contra a Mulher, também conhecida como Carta Internacional dos Direitos da Mulher que apresentava 30 artigos onde definia a discriminação e criava uma agenda de ação de combate a tal opressão. É a primeira vez que os direitos reprodutivos da mulher são pautados enquanto direitos humanos. As discussões na ONU seguem acontecendo e, em 1993, é construída, em Assembleia Geral, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres e definia os termos dessa violência, quais direitos eram violados e como assegurar a eliminação dessa violência em todas as formas. Em outubro de 2000, foi pautada a Resolução n. 1.325, adotada por unanimidade pelo Conselho de Segurança da ONU, que recomendava aos Estados-membros a necessidade de aumentar a representação feminina em espaços de tomada de decisão e em cargos da ONU; “[...] pedia ao Secretário-Geral que nomeasse mais mulheres para os cargos de representantes especiais e enviados, e para expandir o papel e a contribuição das mulheres nas operações de paz da ONU” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 20-).

No dia 7 de agosto de 2006, foi aprovada e publicada a Lei n. 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha, uma das maiores conquistas para as mulheres na contemporaneidade. De acordo com o seu preâmbulo:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006, Preâmbulo).

É importante destacar a criação dos Juizados de Violência Do-

méstica e Familiar contra a Mulher, previstos nessa lei com competência criminal e cível, exclusivo para tratar das questões relativas a esse tipo de violência. A participação das mulheres em espaços de poder também precisa ser incentivada, diminuindo a hostilidade desses espaços para recebê-las. Para tanto, políticas afirmativas e ações como a elaboração da lei de cotas por gênero em candidaturas de partidos ou coligações são medidas reparatórias, indispensáveis à construção de um poder legislativo realmente democrático.

#### 4 LEI DE COTAS

As mulheres conquistaram o direito ao voto em 1932, porém não foi suficiente para que a sua participação na política alcançasse um patamar satisfatório, porque o ingresso tardio nessa esfera, a cultura política marcada pelo patriarcado e práticas como clientelismo e coronelismo e a desigualdade socioeconômica refletia a situação de opressão da mulher. As cotas surgem do objetivo de superar a política de inclusão de ideias através, também, de uma política de presença, isto é, presença física das minorias nos espaços de poder.

[...] não apenas uma política de idéias, mas também uma política de presença, ou seja, por meio delas abre-se um espaço real para a presença física de grupos excluídos nas instâncias de tomada de decisão, tornando possível o encontro de diferentes perspectivas, conduzindo a uma formação mais plural e inclusiva dos processos políticos (CYPRIANO et al, 2008, p. 144).

A maior experiência de aplicação de cotas para assentos parlamentares foi feita por países que compunham o antigo bloco socialista, mas esse exemplo não pode ser comparado aos posteriores, pois o sistema político diferente tem enorme influência na

proposição de ações afirmativas<sup>67</sup>. Normalmente, as iniciativas quanto à implantação de cotas vêm de partidos políticos, principalmente os de esquerda, quanto às suas direções internas. Esse movimento acaba provocando o chamado *contagion-effect*, ou “efeito contágio”, que significa a adoção dessa estratégia por outros partidos enquanto medida de apelo eleitoral.

#### 4.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DA INEXPRESSIVIDADE EM 1995 À LEI N. 12.034 EM 2012

As cotas por gênero em candidaturas de partidos ou coligações eleitorais resultam de uma demanda dos movimentos, que pressionam em favor do deslocamento de uma política de ideias para uma política de presença, isto é, fortalece-se a importância da representação nas esferas políticas. Dessa forma, mais do que garantir o compromisso de outros sujeitos com o ideal, pretende-se incentivar e aumentar a presença de mulheres no legislativo e demais espaços de decisão “como forma de demarcar a sua condição, coletiva, de sujeitos de direitos, condição dada a partir da afirmação de seu pertencimento identitário com base em características físicas e/ou culturais” (ARAÚJO, 2001, sem paginação).

Cabe lembrar que os objetivos das cotas foram definidos em dois níveis: um primeiro, mais concreto, que seria o de ampliar a presença de mulheres na representação política, como candidatas, mas sobretudo como eleitas; e um segundo, definido como mais simbólico, visando alterar a

---

67 “Ações afirmativas são medidas focalizadas, ou seja, voltadas a um público específico, de caráter temporário, com o fim de combater a desigualdade derivada de características adscritivas, objetivando promover igualdade de condições entre os indivíduos. As cotas ou reserva de vagas configuram-se como uma modalidade desse mecanismo e as cotas legislativas para mulheres constituem um exemplo, bem como a reserva de vagas para mulheres e negros no mercado de trabalho e as cotas raciais nas universidades” (CYPRIANO, Breno et al, 2008, p. 143).

cultura política, marcada por percepções de gênero que naturaliza as desigualdades (ARAÚJO, 2001, sem paginação).

A aprovação da lei de cotas no Brasil não é marcada por uma história de muitos debates polêmicos, o tema, a princípio, ocupava, inclusive, posição residual entre as propostas do movimento feminista, pois possuía um caráter ambíguo para esse: a ideia parecia inovadora e promissora, no entanto, havia dúvidas quanto à sua eficácia. A primeira proposta foi apresentada, em 1995, pela deputada Marta Suplicy do Partido dos Trabalhadores (PT).

[...] nos grandes partidos, sobretudo nos tradicionais, de centro ou de direita, os espaços e áreas de influência já se encontram consolidados e tendem a ser alvo de disputas mais acirradas, já os partidos pequenos estão à procura de novas áreas de apoio e, por isso, tendem a ser mais abertos ao ingresso de mulheres. Os partidos de esquerda, além da busca de apoio nessas áreas, tendem a ser portadores de compromissos ideológicos com setores sociais historicamente excluídos (ARAÚJO, 2001, sem paginação).

Os vestígios da agilidade política da “bancada do batom” da Constituinte foram decisivos na aprovação da proposta, bem como a intimidação causada com o seu forte apelo eleitoral. A Lei n. 9.100/95 foi pioneira ao introduzir a cota de gênero no sistema eleitoral brasileiro, regulando, inclusive, as eleições do ano seguinte à sua promulgação. Nesse tempo, possuía caráter de norma programática que, segundo Tércio Sampaio, “são aquelas que expressam diretrizes, intenções, objetivos. Pressupõe-se que as normas programáticas dependeriam de fatores circunstanciais, relação meio/fim da natureza da questão regulada” (FERRAZ JR., 2003, p. 126). Tal natureza enfraquecia a norma, pois deixava em dúvida a sua obrigatoriedade diante da sua causalidade, no sentido de depender de uma alteração de paradigmas acerca da participação da mulher na política por parte da sociedade.

Essa lei estabelecia o mínimo de 20% das vagas reservadas para preenchimento exclusivo por mulheres, para tanto, aumentou de 100% para 120% a possibilidade de relação numérica entre o número de candidaturas possíveis por partido ou coligação e a quantidade de assentos disponíveis para a disputa. A interpretação dada pelos tribunais, aos termos selecionados pelo legislador, para a norma ratificava a postura dos partidos e coligações, que não obedeciam ao caráter obrigatório do percentual; nesse caso, não poderiam preencher o percentual mínimo reservado com nomes masculinos, mas poderiam deixá-lo em aberto.

A edição da Lei n. 9.504/97, também conhecida como Lei das Eleições, incluiu a reserva de vagas na forma das cotas como legislação permanente e alterou os percentuais previstos outrossim, o parágrafo terceiro do seu art. 10 previu: “do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação *deverá reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo*” (grifos nossos). Duas coisas podem ser atentadas da letra da norma: a primeira refere-se à imparcialidade dada ao texto, quando trata da cota para “cada sexo”. Não obstante a escolha dos termos pelo legislador, é fato que se trata de medida voltada para as mulheres diante do seu histórico de exclusão dos espaços públicos e da política<sup>68</sup>.

O segundo ponto a ser destacado é a alteração do mínimo de 20% para 30% da reserva de vagas, sendo que a eleição inter-

---

68 “Vale observar que os percentuais estatuídos na Lei das Eleições não se vinculam a nenhum dos sexos, aplicando-se, em verdade, a ambos. Nesse sentido, se um partido político ou uma coligação tiverem à sua disposição 100 candidaturas a serem registradas (de acordo com o que determina o artigo 10, caput e §1º, da Lei n. 9.504/97), poderão apresentar 70 homens e 30 mulheres, ou vice-versa”. PRE. Artigo 10, §3º, da Lei 9.504/97: a cota eleitoral de gênero. *Informativo PRE*, São Paulo, jun., 2011. Disponível em [http://www.presp.mpf.mp.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=589%3Acota-eleitoral-de-genero&catid=28%3Agrandes-temas-de-direito-eleitoral&Itemid=72](http://www.presp.mpf.mp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=589%3Acota-eleitoral-de-genero&catid=28%3Agrandes-temas-de-direito-eleitoral&Itemid=72). Acesso em: 28 out. 2014.

mediária a essa mudança deveria levar em conta o percentual transitório de 25%. Essa alteração não mudou o cenário político, pois a norma continuou sem força de obrigatoriedade, então, considerando que, anteriormente, já não era cumprida, com o aumento do mínimo, o índice de adequação real da presença feminina à previsão normativa era baixíssimo, já que o texto assegurava apenas a reserva de vagas<sup>69</sup>. Também, nesse caso, houve uma alteração no número de vagas nas listas eleitorais dos partidos e coligações, passa a ser 150% o máximo numérico da relação entre candidaturas e cadeiras vagas.

Apenas em 2009, por meio da Lei n. 12.034, houve uma alteração em favor da efetividade da norma; a nova redação substituiu, em seu artigo 3º, a expressão “deverá reservar” presente na Lei das Eleições por “preencherá”. A substituição dos termos visa garantir o caráter imperativo da norma, a fim de que essa cumpra a sua real função social. Essa alteração faz parte de um movimento de incentivar a participação das mulheres na política do Brasil por meio da criação de políticas públicas, conforme redação dos artigos 44 e 45, incisos V e IV, respectivamente<sup>70</sup>.

---

69 O cálculo da reserva do mínimo de 30% e do máximo de 70% para candidaturas de cada sexo deve levar em conta o número de candidaturas possíveis, descontadas as vagas correspondentes às candidaturas natas. AgR-REspe nº 16.897/SP, DJ de 15.10.2001, rel. Min. Garcia Vieira in TSE. REspe 34879. Amapá. 2010. Disponível em [http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16092054/recurso-especial-eleitoral-respe-34879-ap-tse?ref=topic\\_feed](http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16092054/recurso-especial-eleitoral-respe-34879-ap-tse?ref=topic_feed). Acesso em: 01 nov. 2014.

70 Lei 9.504/97: Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

[...] V - na criação e manutenção de programas de *promoção e difusão da participação política de mulheres* conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidário, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total (Incluído pela Lei nº 12.034, de 2009). (Grifo nosso).

Art. 45. A propaganda partidária gratuita, gravada ou ao vivo, efetuada mediante transmissão por rádio e televisão será realizada entre as dezenove horas e trinta minutos e as vinte e duas horas para, com exclusividade: [...] IV — *promover e difundir a participação feminina, dedicando às mulheres o tempo que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observe o mínimo de*

## 4.2 POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE

Durante a vigência da Lei n. 9.100/95 e da Lei n. 9.504/97 – antes da alteração sofrida em 2009 – eram raríssimos os casos de substituição ou exclusão de candidaturas por não cumprimento do percentual mínimo legal previsto através das cotas por gênero. Era pacífico o entendimento de que o termo adotado pelo legislador exigia apenas a reserva das vagas, o que fazia a jurisprudência do TSE caminhar no sentido de que a base de cálculo sempre seria o teto máximo de possibilidades de candidaturas.

Porém, com a alteração do §3º do art. 10 da Lei n. 9.504/97, também foi alterado o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral. Foi abandonado o sentido de pura reserva de vagas e adotada a ideia de clara determinação de preenchimento das mesmas. O caráter imperativo da norma foi reforçado e a sua obrigatoriedade observada e reconhecida. A adoção do termo de reserva para “preencherá” fez com que, a partir do julgado do Recurso Especial Eleitoral n. 74832/10, a corte construísse um entendimento no sentido de que “o cálculo dos percentuais deverá considerar o número de candidatos efetivamente lançados pelo partido ou coligação, não se levando em conta os limites estabelecidos no art. 10, caput e § 1º, da Lei nº 9.504/97” (TSE, 2010).

A nova interpretação construída pelo TSE busca garantir à norma a sua máxima eficácia construída sobre base teleológica. A norma deixa o seu caráter programático para alcançar caráter de eficácia imediata. Em sua Resolução n. 23.373/11 determinou a aplicação da regra de preenchimento do percentual mínimo sobre o número de vagas requeridas em seu art. 20, §6º:

Art. 20. Cada partido político poderá requerer o registro

---

10% (dez por cento). (Grifo nosso).

de candidatos para a Câmara Municipal até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher (Lei n.º 9.504/97, art. 10, caput). [...]

§ 2º Do número de vagas requeridas, cada partido ou coligação preencherá o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo (Lei n.º 9.504/97, art. 10, § 3º). [...]

§ 6º Os percentuais de que trata o § 2º deste artigo também deverão ser observados para o preenchimento das vagas remanescentes, na substituição de candidatos e na hipótese do art. 23, caput, desta resolução (TSE, 2011).

A fiscalização do cumprimento da cota é da competência do Ministério Público Eleitoral, como afirmam as recomendações expedidas pelas Procuradorias Regionais Eleitorais, seguindo o propósito do Decreto n. 4.377/2002, que promulgou as diretrizes extraídas da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Em caso de inobservância do partido ou coligação aos percentuais mínimos, os promotores deverão apresentar impugnação ao Demonstrativo de Regularidade de Atos Partidários (DRAP), a partir do deferimento dessa medida, a direção do partido ou coligação será responsável por solucionar segundo a substituição, acréscimo ou subtração de candidaturas, a fim de adequá-las à norma, segundo o art. 40 da Resolução TSE n. 23.737.

#### **4.2.1 BASE DE CÁLCULO: A POLÊMICA NA APROXIMAÇÃO DE FRAÇÕES**

Em 2011, o Tribunal Superior Eleitoral, através da sua Resolução n. 23.373 determinou que a aplicação do preenchimento

do percentual mínimo de vagas ditado pela norma que prevê cotas eleitorais por gênero, alterada por meio da Lei n. 12.034/09, deverá ser feita tomando como base a quantidade de vagas requeridas. Desse modo, caso o partido ou coligação, concorrendo a 20 vagas para vereadores, inscreva 20 pessoas entre candidatos e candidatas, não alcançando o teto de possibilidades que seria de 150% do total de vagas disponíveis, nesse caso, 30 candidaturas, o percentual de 30% a ser reservado para mulheres<sup>71</sup> será calculado de acordo com o número de candidaturas efetivas, apresentadas pelo partido ou coligação (vinte) e não das trinta possíveis. Foi consolidado o entendimento do Tribunal no sentido de que só através da base de cálculo medida a partir das candidaturas efetivas haveria o cumprimento da sua função social, pois, nem sempre, os partidos e coligações preenchem o total de candidaturas permitidas.

A Corte Eleitoral entendeu que os registros de candidatura, que não observem aos percentuais previstos, deverão sofrer adequações sob pena de impugnação. Três medidas podem ser tomadas: a substituição de candidaturas, alguma chapa do gênero excedente dá lugar ao referente à minoria; o acréscimo de novas candidaturas do gênero que não atingiu os 30% mínimos previstos; e a exclusão de candidaturas em excesso, de modo que a base de cálculo seja alterada e os percentuais adequados à previsão.

Faz-se importante atentar para outra polêmica que surge a partir do cálculo dos percentuais: as frações. A divisão das vagas, números inteiros em linguagem matemática, considerando a porcentagem de trinta e setenta por cento poderá resultar em uma fração inexata, tornando necessária a aproximação para que se chegue a um número inteiro como resultado. A regra geral e mais

---

71 A norma prevê a reserva para qualquer um dos gêneros, mas conforme já explicitado, é, em verdade, uma medida voltada à inclusão das mulheres na política.

conhecida da matemática prevê que, quando o número à direita da vírgula for menor do que cinco, a aproximação se dá para o menor número inteiro seguinte e, caso seja maior ou igual a cinco, será para o maior número inteiro seguinte; foi essa a regra adotada a princípio através do §4º do artigo 10 da Lei n. 9.504/97.

Foi observado, no entanto, que, quando houvesse a aproximação em caso do número à direita ser menor do que cinco, o percentual mínimo assegurado pela norma não seria cumprido. Por exemplo, caso um município X seja composto por nove assentos na Câmara Municipal, cada partido ou coligação poderá dispor de até catorze candidaturas a vereadores e vereadoras (art. 10 da Lei n. 9.504/97, *caput*). Ao calcularmos 30% desse valor, chegaremos ao número 4,2. Se seguirmos o §4º do artigo 10 dessa norma, aproximaríamos para quatro. Porém quatro vagas reservadas correspondem a 28% das nove vagas dispostas, ou seja, estaria abaixo do mínimo legal. O correto é que se assegure o mínimo previsto para assegurar que a norma cumpra a sua função social; neste sentido, a Corte Eleitoral editou a Resolução n. 23.373/11, o parágrafo 4º do seu artigo 20 passou a estabelecer que “qualquer fração resultante será igualada a um no cálculo do percentual mínimo estabelecido para um dos sexos e desprezada no cálculo das vagas restantes”. Destarte, a partir de então, a aproximação deveria ser feita sempre para mais, caso contrário, o percentual definido pelo legislador não seria cumprido.

### **4.3 A MULHER NO LEGISLATIVO DA REGIÃO LITORAL SUL E O SISTEMA DE COTAS**

As eleições municipais são peça chave para o processo de integração das mulheres e ampliação da participação feminina na política. Isto porque acontecem em uma das menores unidades políticas que existem no Brasil, portanto, as campanhas tendem

a ser menos custosas e a aproximação com o eleitor mais fácil.

Por esses motivos, “o legislativo municipal representa o primeiro passo na escada de ambição política da maior parte dos indivíduos interessados em perseguir uma carreira política e uma grande oportunidade para grupos sociais subrepresentados na arena política” (BOHN, 2010, p. 66), que é o caso das mulheres. Há de se relevar a importância de uma análise de dados de uma região marcada pelo coronelismo cacauero, pois compreender a própria realidade é fundamental para desconstruí-la e reconstruí-la em benefício de todos e todas.

#### **4.3.1 METODOLOGIA, DADOS E CONJUNTURA ATUAL**

A análise de dados realizada foi feita quantitativamente a partir de dados obtidos pelo IBGE (<http://www.ibge.gov.br>) e pelo *site* do TSE (<http://www.tse.jus.br>). A princípio, foi realizado o recorte de municípios que seriam analisados; para tanto, estabeleceu-se o limite de municípios que compunham a região Litoral Sul dos territórios de identidade da Bahia e que possuísem mais de 30 mil habitantes, são eles: Camacan, Canavieiras, Ilhéus e Itabuna. Foi realizada uma pesquisa a partir dos dados do censo realizado em 2010, disponibilizado pelo IBGE, acerca da população desses municípios e da quantidade de mulheres que compõem essa população, construiu-se então o quadro 1:

**QUADRO 1.** Relação numérica entre população total e de mulheres.

	POPULAÇÃO TOTAL	POPULAÇÃO DE MULHERES
<b>CAMACAN</b>	31.472	15.738
<b>CANAVIEIRAS</b>	32.336	16.247
<b>ILHÉUS</b>	184.236	94.796
<b>ITABUNA</b>	204.667	107.731

<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/uf.php?lang=&coduf=29&search=bahia>. Acesso em: 01 nov.2014.

Observa-se, a partir dos dados do Quadro 1, que, em todos os municípios pesquisados, as mulheres constituem maioria em números.

Após os dados populacionais, pesquisaram-se as estatísticas das eleições municipais nos anos imediatamente posteriores à criação da primeira lei, que regulamentava as cotas por gênero em candidaturas e às suas alterações. Nesse caso, seriam estudados os dados referentes a candidaturas femininas e mulheres eleitas nos quatro municípios nos anos de 1996 (eleição posterior à Lei n. 9.100/95), 2000 (eleição posterior à Lei n. 9.504/97) e 2012 (eleição posterior à alteração da Lei de Eleições feita pela Lei n. 12.034/09).

No ano de 1996, não há disponibilidade dos dados quantitativos de candidatos e vereadores e vereadoras eleitas separadas por gênero, o que reforça a apatia até então do Estado diante das desigualdades entre homens e mulheres na política, oriunda do formato patriarcal de sociedade. Portanto, a comparação de dados será realizada ao relacionar a conjuntura das eleições de 2000 e 2012 para as mulheres, levando em conta, principalmente, a mudança do entendimento do TSE acerca da

imperatividade e obrigatoriedade da Lei de cotas.

Em 2000, o cenário político das mulheres nos municípios estudados da região Litoral Sul, em dados quantitativos, era:

**QUADRO 2.** Relação porcentual entre os gêneros dos candidatos e o cumprimento das cotas no ano 2000.

	Candidatos homens	Eleitos	%	Candidatas mulheres	Eleitas	%	% de Partidos/ Coligações que cumpriram a reserva mínima
<b>CAMACAN</b>	92	11	84,6%	33	2	15,4%	38,45%
<b>CANAVIEIRAS</b>	72	10	77%	10	3	23%	9,1%
<b>ILHÉUS</b>	262	18	94,8%	76	1	5,2%	19%
<b>ITABUNA</b>	191	18	94,8%	45	1	5,2%	13%

Construído pela autora. Fonte: Site do TSE. <http://www.tse.jus.br/> Acesso em: 3 nov. 2014.

O Quadro 2 traz dados importantes acerca da conjuntura, pois fica evidente a quantidade muito inferior de candidatas mulheres quando comparada a dos homens. Também fica evidente que, apesar da legislação em vigor à época, poucos partidos, que participaram do pleito, conseguiram alcançar o percentual mínimo de 30% de mulheres candidatas, não chegando nem à metade dos envolvidos. Outra informação que merece destaque são as porcentagens de cada gênero na composição final da Câmara Municipal dos municípios, sendo que 23%, em Canavieiras, foram o máximo conseguido pelas candidatas, o que equivalia a apenas três cadeiras.

Também foi construído um quadro com os mesmos quesitos, porém referentes ao ano de 2012. Importante ressaltar que, nesse período, já estava em vigor a norma que substituía os termos do art. 10, §3º, abandonando o caráter de simples reserva, para o imperativo “reservará” conferindo maior obrigatoriedade à lei

o que interferiu, inclusive, no entendimento do TSE que passou a considerar a base de cálculo da porcentagem de cotas a partir da quantidade de candidaturas, efetivamente apresentadas pelo partido ou coligação.

**QUADRO 3.** Relação porcentual entre os gêneros dos candidatos e o cumprimento das cotas no ano 2012

	Candidatos homens	Eleitos	%	Candidatas mulheres	Eleitas	%	% de Partidos/Coligações que cumpriram a reserva mínima
CAMACAN	74	10	76,9%	31	3	23,1%	52,95%
CANAVIEIRAS	61	7	77,8%	29	2	22,2%	61,11%
ILHÉUS	203	19	100%	84	0	0%	62,5%
ITABUNA	268	19	90,5%	114	2	9,5%	66,66%

Construído pela autora. Fonte: Site do TSE. <http://www.tse.jus.br/> Acesso em: 3 nov. 2014.

Em 2012, o número total de mulheres eleitas, somando todos os municípios, permaneceu o mesmo. No entanto observa-se um aumento significativo na quantidade de partidos e coligações que cumpriram a porcentagem mínima de 30% destinados a candidaturas de cada sexo e máxima de 70%, o que revela um paradoxo: o aumento dessa porcentagem é reflexo da alteração da norma e do entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, contudo os índices ainda estão longe de 100% de cumprimento dos participantes do pleito eleitoral. Isso pode mostrar que, a despeito do aumento inegável da efetividade da lei de cotas, ainda está longe do cumprimento total o que, por si só, já revela um longo caminho a ser percorrido rumo à ampliação da presença feminina nos espaços de poder. Faz-se mister apontar, especificamente, a situação dos municípios de Ilhéus e Itabuna, referências regionais em desenvolvimento econômico e populacional, o que pode ser percebido também pela larga diferença de

quantidade populacional dos outros dois municípios estudados, de extrema dificuldade de ascensão feminina. As mulheres, nesses municípios, não conseguiram alcançar sequer 10% da composição da Câmara Municipal, sendo que, atualmente, não há vereadora alguma na Câmara de Ilhéus. Essa situação alarmante pode ser explicada também pela triste e elevada contribuição do sistema coronelista para a formação da cultura e mentalidade regional.

Ao prosseguir com a metodologia de análise de dados proposta, tem-se que em municípios onde vivem 234.512 mulheres, se somadas, dispõem de 62 cadeiras para vereadores e vereadoras, apenas 7 são ocupadas por mulheres, o que corresponde a menos de 12% do total. Em Ilhéus, com base nos dados do censo 2010 do IBGE, vivem aproximadamente 94.796 mulheres e a Câmara de Vereadores não conta com nenhuma representação feminina.

## 5 CINSIDERAÇÕES FINAIS

As mulheres, desde cedo, são submetidas a uma série de restrições quanto ao seu corpo, sexualidade e aos espaços que é capaz de ocupar, atingindo o lugar de minoria política, ainda que, em muitos países, seja a maioria em número. As normas sociais e toda a construção cultural dos espaços foram feitas de forma a limitar os espaços da mulher por considerá-la inferior e incapaz. A construção política do Brasil e do mundo ratifica esse comportamento.

Os sistemas políticos pioneiros excluíam por completo as mulheres que sequer tinham direito a voto. Durante todo o tempo, os contextos históricos apontavam para o que Berenice Bento<sup>72</sup> denominaria de “cidadania a conta gota”, onde um grupo

---

72 TRAVESTIS e transexuais – Construção de Identidades. Berenice Bento. São Paulo. 2013. 33’ 26”. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Z6oM-BoUGWo>. Acesso em: 28 out. 2014.

deve se articular sempre para conseguir qualquer direito, ainda que seja o direito a ser reconhecida enquanto cidadã ou os mais primários que se possa imaginar; a esses sujeitos, não são concedidos os seus direitos, senão em troca de mobilização e organização ininterrupta.

Os resultados da pesquisa através de dados cruzados IBGE/TSE revela uma realidade que destoa da imposta pela norma em vigor: as mulheres não conseguem, sequer, serem 30% entre as candidaturas de partidos e coligações. É certo que existem muitas motivações para essa invisibilidade, desde a construção histórica de uma sociedade patriarcal anterior às urnas às deficiências na construção semântica da lei que prevê as cotas por gênero. Clara Araújo indica que o processo pré-eleitoral ainda desfavorece muito as mulheres devido à inserção tardia no universo político, visto que isso implica poucos investimentos e visibilidade, desinteresses partidários pelas candidaturas femininas, principalmente, no caso em que a aplicação correta da cota implicaria em exclusão de candidaturas masculinas que estão estruturadas há mais tempo. Esses fatores aliados a uma trajetória de opressão de gênero que as subjuga, fazem com que as contas incidam em um cenário muito desfavorável às mulheres.

O ano de 2012, apesar da importante mudança de entendimento do TSE, não apresenta, em números, um progresso muito significativo na participação das mulheres em termos quantitativos nas Câmaras Municipais dos municípios. No que tange ao objetivo imediato das cotas de acelerar o ritmo de acesso das mulheres às instâncias de representação, pode-se dizer que falhou em partes, pois não alcançou a efetividade que propõe, a despeito do caráter obrigatório entendido pelo TSE.

A despeito dos números ainda insatisfatórios, há de se destacar o pouco tempo desde a alteração da norma que altera a base de cálculo para as candidaturas efetivas. É certo que os estudos

e dados apontam para a insuficiência dessa política afirmativa agindo sozinha, no entanto, não é possível descartar ainda possíveis resultados positivos diante do acúmulo de experiência advindo da práxis.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Clara. As cotas por sexo para a competição legislativa: o caso brasileiro em comparação com experiências internacionais. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 1, 2001. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52582001000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582001000100006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 09 ago. 2015.

ARAÚJO, Clara. Mulheres e Representação Política: a experiência das cotas no Brasil. **Revista Estudos Feministas**, v. 6, n.1, p. 71-90, 1998.

BOHN, Simone. Mulheres brasileiras na disputa do legislativo municipal. Perspectivas: **Revista de Ciências Sociais**, v. 35, p. 63-89, 2010.

BOLOGNESI, Bruno. A cota eleitoral de gênero: política pública ou engenharia eleitoral? **Revista Paraná** v. 1 n.1 pp. 113-129, 2012. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-pr-parana-eleitoral-revista-2-artigo-1-bruno-bolognesi>>. Acesso em: 15 ago. 2014

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

BRASIL.. **Lei n.º 4.737 de julho de 1965.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm)>. Acesso em: 15 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.086.** 19 de setembro de 1995. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm)>. Acesso em: 15 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.100.** 29 de setembro de 1995, art. 11, § 3º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9100.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9100.htm)>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 9.504/97**, art. 6º, § 1º. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm)>. Acesso em: 30 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.340.** 7 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 03 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei n.º 12.034.** 29 de setembro de 2009. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm)>. Acesso em: 29 out. 2014.

CARDONE, Marly A. A mulher nas Constituições Brasileiras. In: **Revista dos Tribunais**, v. 54, n. 360, p. 41-67, out. 1965.

CARNEIRO, Sueli. Enegrecer o Feminismo: A situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero, In: ASHOKA, Empreendedores Sociais; TAKANO Cidadania (Org.). **Racismos Contemporâneos**. Rio de Janeiro: Takano, 2003.

COSTA, Ana Alice Alcântara. **As donas no poder**. Mulher e política na Bahia. Salvador: NEIM/UFBA. 1998. Coleção Bahianas – vol. 2

COSTA, Ana Alice Alcântara. O movimento feminista no Brasil: dinâmicas de uma intervenção política. **Revista Gênero**. N. 2, v. 5, pp. 1-20. Niterói. 1º semestre de 2005.

CYPRIANO, Breno et al. **A presença das mulheres brasileiras na política:** uma discussão sobre as cotas legislativas sob o enfoque da política da diferença. Movimentos sociais, participação e reconhecimento. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 143-164.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Disponível em <[http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18\\_-\\_a\\_mulher\\_no\\_c%F3digo\\_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/18_-_a_mulher_no_c%F3digo_civil.pdf)>. Acesso em: 31 out. 2014.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** 1986. Disponível em: <[http://www.janehaddad.com.br/artigos/Artigos\\_indicados\\_04\\_10\\_2009\\_ORIGEM\\_DA%20FAMILIA.pdf](http://www.janehaddad.com.br/artigos/Artigos_indicados_04_10_2009_ORIGEM_DA%20FAMILIA.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2015.

FALCÓN, Gustavo. **Os coronéis do cacau.** Salvador: Ianamá/Centro Editorial e Didático da UFBA, 1995.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOLLADOR, Kellen Jacobsen. A mulher na visão do patriarcado brasileiro: uma herança ocidental. **Revista Fato & versões.** N. 2 v. 1., pp. 3-16 2009. Disponível em: <<http://200.233.146.122:81/revistadigital/index.php/fatoeversoes/article/viewFile/3/102> > p. 8. Acesso em: 13 maio 2015.

GURGEL, Telma. **Feminismo e luta de classe:** história, movimento e desafios teórico-políticos do feminismo na contemporaneidade. Fazendo gênero 9. Diásporas, Diversidades, Deslocamentos – 23 a 26 de agosto de 2010. IBGE. **Censo 2010.** Bahia, divisão por municípios. Disponível em: <<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/uf.php?lang=&coduf=29&search=bahia>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

KOLLER, Sílvia Helena e NARVAZ, Martha Giudice. Famílias e patriarcado: da prescrição normativa à subversão criativa. **Revista Psicologia & Sociedade**, n. 18, páginas 49 a 55, jan./abr. 2006.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo, no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1975.

LIMA, Hanayana Brandão Guimarães Fontes. **Identidade e Memória da região cacauzeira: análise de seus principais elementos**. XXIV Simpósio Nacional de História – Associação Nacional de História – ANPUH, publicação em Anais, 2007.

MATOS, Marlise. **Movimento e teoria feminista: é possível reconstruir a teoria feminista a partir do sul global?** Revista Sociologia Política, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 67-92, jun. 2010.

MEYER, Dagmar Estermann. Teorias e políticas de gênero: fragmentos históricos e desafios atuais. **Revista Bras Enferm**, Brasília (DF), v. 47, n.1, jan/fev, pp. 13-18, 2004.

MIRANDA, Lidiane Maia e. **A condição social da mulher no período do coronelismo na cidade de Ubatã: 1920 a 1930**. 2000. Monografia. Universidade Estadual de Santa Cruz.

MORONARI, DENILMA GARCIA. **Trabalho, educação e família: questões e direitos femininos em debate na Constituinte de 1934**. 2006. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Viçosa.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **ONUbr**. Sem data. Disponível em <<http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-mulheres/>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Ed. Contexto, 2007.

PINTO, Céli Regina Jardim. Feminismo, história e poder. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 18, n. 36, p. 15-23, jun. 2010.

RIBEIRO, André Luiz Rosa. **Memória e Identidade**: Reformas Urbanas e arquitetura cemiterial na região cacaueira (1880-1950). Ilhéus: Editus, 2005.

RIBEIRO, Djamila. **A perspectiva do feminismo negro sobre violências históricas e simbólicas**. Portal Geledés, 2015. Disponível em: <<http://www.geledes.org.br/a-perspectiva-do-feminismo-negro-sobre-violencias-historicas-e-simbolicas/#gs.bee61f4d8c4f4056a60aeccd291c6caf>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

SACCHET, Teresa. Representação política, representação de grupos e política de cotas: perspectivas e contendas feministas. **Estudos Feministas**. n. 20 v. 2, pp. 399-431. maio-agosto, 2012.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **A mulher na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SÃO PAULO (estado). Procuradoria Regional Eleitoral. A cota eleitoral de gênero. **Informativo PRE**, São Paulo, jun., 2011. Disponível em <[http://www.presp.mpf.mp.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=589%3Acota-eleitoral-de-genero&catid=28%3Agrandes-temas-de-direito-eleitoral&Itemid=72](http://www.presp.mpf.mp.br/index.php?option=com_content&view=article&id=589%3Acota-eleitoral-de-genero&catid=28%3Agrandes-temas-de-direito-eleitoral&Itemid=72)>. Acesso em: 28 out. 2014.

SERRA, Carlos Alberto Teixeira. Considerações acerca da evolução da propriedade da terra rural no Brasil. **ALCEU** – V.4 – N. 7, pp. 231-248, jul./dez. 2003.

SOIHET, Rachel. A pedagogia da conquista do espaço público pelas mulheres e a militância feminista de Bertha Lutz. **Revista Brasileira de Educação**. N. 15, 2000. P 97-117.

SOUZA, C. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. 2007. In: HOCHMAN, G.; ARRETCHE, M.; MARQUES, E. **Políticas Públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007. p. 65-86.

TSE. **Ac. N. 19.587**, Consulta n. 194-DF, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU (1/7/96). Disponível em <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=194&processoClasse=CTA&decisaoData=19960604&decisaoNumero=19587&noCache=0.2657981440424919>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

TSE. **Ac. N. 19.587. AgR-Respe n.º 31.913**. 12 de novembro de 2008. Rel. Min. Fernando Gonçalves. Disponível em <<http://temasselecionados.tse.jus.br/temas-selecionados/coligacao-e-convencao/convencao-coligacao-e-escolha-de-candidato/autonomia-partidaria>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução 21.538/2003**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/normas-editadas-pelo-tse/resolucao-nb0-21.538-de-14-de-outubro-de-2003-brasilia-2013-df>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolução n.º 23.373/11**. Disponível em <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao-tse-no-23-373-eleicoes-2012>>. Acesso em: 02 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Respe n.º 34879**. Amapá. 2010. Disponível em <[http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16092054/recurso-especial-eleitoral-respe-34879-ap-tse?ref=topic\\_feed](http://tse.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16092054/recurso-especial-eleitoral-respe-34879-ap-tse?ref=topic_feed)>. Acesso em: 01 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Respe n.º 78432**. Belém – PA. 12 de agosto de 2010. Disponível em <<http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=78432&processoClasse=RESPE&decisaoData=20100812&decisaoNumero=&noCache=0.7425503265112638>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

# O PLURALISMO JURÍDICO COMO FORMA ALTERNATIVA DE GARANTIA SOCIAL DE ACESSO À JUSTIÇA NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS DE TERRA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO<sup>73</sup>

RUY HERMANN ARAÚJO MEDEIROS<sup>74</sup>

ANA PAULA DA SILVA SOTERO<sup>75</sup>

NADINE ARAÚJO AMORIM

**RESUMO:** O ARTIGO TRATA DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DE DECISÕES DE CONFLITOS DE TERRA QUE UTILIZAM O PLURALISMO JURÍDICO, COMO FORMA DE SOLUÇÃO PARA DIRIMIR OS PROBLEMAS RELACIONADOS AO ACESSO DO DIREITO À TERRA E À PROPRIEDADE EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. NO PRESENTE ESTUDO, O FENÔMENO JURÍDICO É AVALIADO PELA CORRENTE DOUTRINÁRIA ATUAL QUE RETIRA O DOGMA QUE SUSTENTA O ESTADO COMO PRINCIPAL FONTE

---

73 Recebido em 11/08/15, aprovado, definitivamente, em 05/12/15.

74 Doutor e Mestre em Memória: Linguagem e Sociedade pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Coursou Especialização em Direito: "Novos Direitos e Direitos Emergentes", pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Atualmente é professor da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB e membro do Museu Pedagógico da UESB.

75 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB.

## O PLURALISMO JURÍDICO COMO FORMA ALTERNATIVA DE GARANTIA SOCIAL DE ACESSO À JUSTIÇA NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS DE TERRA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

DE DIREITO. ESSA PESQUISA TEM POR OBJETIVO ESTUDAR E VERIFICAR A FUNÇÃO DO PLURALISMO JURÍDICO COMO VIA ALTERNATIVA NA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS JURÍDICOS, BEM COMO AVALIAR A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA PARA A CONCRETIZAÇÃO DO PLURALISMO NA SOCIEDADE, A FIM DE EFETIVAR O DIREITO À TERRA E À PROPRIEDADE. COM A ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA MODERNA, É FEITA UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DO JUIZ NA APLICAÇÃO DA LEI PARA GARANTIR O ACESSO AO DIREITO À TERRA DE MANEIRA IGUALITÁRIA, QUE, A NOSSO VER, DEVE IR ALÉM DA LETRA FRIA DA LEI PARA ALCANÇAR A REALIDADE PLURAL DOS CIDADÃOS. ADEMAIS, A PESQUISA ABORDA A IMPORTÂNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO FONTES DE LUTA PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO E PARA A LEGITIMIDADE DAS NORMAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO. ASSIM, ESPERA-SE CONSTATAR QUE O PLURALISMO JURÍDICO APRESENTA-SE VIVO NA SOCIEDADE BRASILEIRA, SENDO A BASE PARA UM DIÁLOGO NA DEMOCRACIA, QUE PERMITE A PARTICIPAÇÃO POPULAR NAS DECISÕES DE SUA REALIDADE.

PALAVRAS-CHAVE: CONFLITO DE TERRAS. DEMOCRACIA. DIREITO À TERRA. DIREITO ALTERNATIVO. PLURALISMO JURÍDICO.

**ABSTRACT:** THE ARTICLE DEALS WITH IS A JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF LAND CONFLICTS DECISIONS USING LEGAL PLURALISM AS A WAY OF SOLUTION TO RESOLVE THE PROBLEMS RELATED TO ACCESS RIGHTS TO LAND AND PROPERTY IN A DEMOCRATIC STATE. IN THIS STUDY, THE LEGAL PHENOMENON WILL BE EVALUATED BY THE CURRENT DOCTRINAL CURRENT THAT DECOUPLES THE DOGMA THAT SUSTAINS THE STATE AS THE MAIN SOURCE OF LAW, DRAWING A PARALLEL HISTORY OF THE STRUGGLE FOR LAND RIGHTS TO THE PRESENT DAY. IN THE FACE OF STATE INEFFECTIVENESS OF RESOLVING CONFLICTS PLURAL DEMOCRATIC SOCIETY, THIS RESEARCH AIMS TO STUDY AND VERIFY THE FUNCTION OF LEGAL PLURALISM AS AN ALTERNATIVE ROUTE IN THE RESOLUTION OF LEGAL DISPUTES, AND TO EVALUATE THE IMPORTANCE OF DEMOCRACY TO ACHIEVE PLURALISM IN SOCIETY IN ORDER TO ACCOMPLISH THE RIGHT TO LAND AND PROPERTY. FROM THE ANALYSIS OF MODERN JURISPRUDENCE WILL BE A REFLECTION ON THE ROLE OF THE JUDGE IN APPLYING THE LAW TO ENSURE ACCESS TO LAND RIGHTS IN AN EQUAL WAY, WHICH, IN OUR VIEW, MUST GO BEYOND THE COLD LETTER OF THE LAW TO ACHIEVE THE REALITY PLURAL OF CITIZENS. IN ADDITION, RESEARCH WILL ADDRESS THE

IMPORTANCE OF SOCIAL MOVEMENTS AS SOURCES OF STRUGGLE FOR THE CONSTRUCTION OF LAW AND THE LEGITIMACY OF THE RULES LAID DOWN IN THE CONSTITUTION. IN THIS CONTEXT, THE ARTICLE HOPES TO SEE THAT LEGAL PLURALISM PRESENTS HIMSELF ALIVE IN BRAZILIAN SOCIETY, AND THE BASIS FOR A DIALOGUE ON DEMOCRACY, WHICH ALLOWS FOR POPULAR PARTICIPATION IN THEIR REALITY DECISIONS.

KEYWORDS: LAND CONFLICT. DEMOCRACY. LAND RIGHTS. ALTERNATIVE RIGHT. LEGAL PLURALISM.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o papel social do pluralismo jurídico, como forma de acesso à justiça, para resolver os conflitos de terra e garantir a efetividade do direito à terra e à propriedade diante de um Estado Democrático de Direito.

Vivemos em uma sociedade composta por diferentes grupos sociais. No entanto, constantemente, percebemos a supremacia de um grupo social que detém os mecanismos legais para satisfazer as suas necessidades. Diante desse contexto, surgem contradições e conflitos com relação ao acesso efetivo aos direitos garantidos, na Constituição Federal de 1988, e os cidadãos marginalizados nesse sistema individualista de classe, acabam sofrendo com a negação dos seus direitos. É o que ocorre com o direito à terra e o direito à propriedade, que, historicamente, são fontes de lutas sociais para tentar atingir as classes periféricas.

Desde a instauração da democracia, os cidadãos têm o direito de exercer a cidadania e exigir que se cumpram os seus direitos previstos na Constituição. Sabe-se, no entanto que, na prática, esses direitos são violados. E, como Norberto Bobbio (1992, p.23) sinaliza: “Mais importante que definir direitos humanos é aplicá-los”. O direito é uma construção que depende da participação popular, sendo necessário que a norma jurídica atue jun-

to com o fato social e os valores construídos na sociedade. Por isso, é preciso que a teoria jurídica aproxime-se da realidade dos indivíduos. É importante enfatizar que, mesmo diante da Constituição de um Estado social e democrático de Direito, jamais se poderá negligenciar o grau de desenvolvimento social, cultural e econômico de uma comunidade, podendo-se incorrer no comprometimento de suas possibilidades de atingir uma plena efetividade, diante da incompreensão dessa necessidade.

Há um enorme descompasso entre a teoria e a prática, o que não se pode negar. Pode-se fugir a isso, a partir da percepção de que o direito pode ser construído nas ruas, afinal os cidadãos também são participantes ativos nos atos de cidadania. Diante disso, o pluralismo jurídico surge como via alternativa de solucionar os conflitos de terra diante de um estado democrático, uma vez que a democracia e o pluralismo jurídico são conceitos que se completam para buscar efetivar o direito do cidadão, considerando todas as perspectivas e fenômenos da sociedade, deixando, assim, de lado o uso exacerbado do direito hermético da lei fria.

Fazendo o uso de uma pesquisa bibliográfica, buscamos conhecimentos que nos auxiliassem para a construção de uma base norteadora com o apoio de um respaldo científico para que pudessemos analisar e discutir a problemática comentada. A metodologia, portanto, configurou-se em pesquisa qualitativa, uma vez que procuramos interpretar, a partir de análise bibliográfica, fatores subjetivos da realidade jurídica e democrática dos conflitos agrários. Além disso, partindo da ideia de quando os fatos são observados sem a percepção de sua totalidade, suas conclusões não passam de senso comum, foram feitas assimilações entre as análises qualitativas e o materialismo histórico. Este método buscou compreender a realidade dentro de um processo dinâmico, considerando todas as tramas relacionadas à essência do fenômeno, como suas dimensões política, econômica, histórica e social.

Durante o desenvolvimento do artigo, foi feita a análise da aplicabilidade dos direitos individuais e humanos, principalmente a sua efetividade, buscando sempre a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, que é a mais sublime expressão da ideia de Justiça.

Este artigo trouxe à tona casos que suscitaram a discussão da questão social da terra e do direito à propriedade, utilizando a jurisprudência que tornou o pluralismo jurídico uma forma e diretriz do direito alternativo com a finalidade de mediar e solucionar os conflitos de terra.

Com isso, este artigo buscou estudar e refletir o papel do juiz na aplicação da lei nos conflitos de terra, utilizando as discussões do pluralismo jurídico no contexto da democracia, suscitando a pluralidade da realidade concreta dos cidadãos.

O objetivo precípua deste artigo foi estudar, analisar e verificar a realidade do direito à terra e à propriedade na atualidade democrática, bem como investigar o pluralismo jurídico como possibilidade de transformação nas searas social, política e jurídica, capazes de conduzir a efetiva realização do direito à terra, constitucionalmente previsto. Portanto fizemos uma análise de casos de disputas judiciais de conflitos de terra, colocando em pauta o uso do pluralismo jurídico como forma de dirimir os conflitos em um Estado Democrático.

## **1 PROCESSO HISTÓRICO SOBRE O CONFLITO DE TERRAS**

A sociedade hodierna é composta por diferentes classes sociais, com respectivas perspectivas, que buscam o reconhecimento de seus direitos a partir da legitimação da norma jurídica, a exemplo do direito à moradia e o direito à terra, assegurados

pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º. No entanto, historicamente, ocorre a supremacia de uma classe que detém os meios de comunicação e os meios legais para sustentar as suas necessidades e o seu direito à propriedade.

Segundo Milton Santos (2007, p. 29), a sociedade é movida por interesses de classes superiores que excluem as demais parcelas sociais do seu espaço político e econômico. O espaço do cidadão pobre é marcado pelas diferenças de acessibilidade aos direitos constitucionais, desde o início da história da sociedade brasileira. O homem passa a ser identificado como figura de sua condição local, mesmo que consiga a mesma formação que a classe alta, o direito de morar e de ter acesso à terra e ao controle dos meios de produção será ainda visto como uma condição de seu poder aquisitivo.

Desde a chegada dos portugueses, em 1530, a propriedade é regida pela ideia de dominação com a implantação das capitânicas hereditárias, cujo regime previa, a partir de 1534, a concentração de terras nas mãos de poucos, tornando-se instrumento de acúmulo de poder político e econômico.

Posteriormente, em 1850, é criada a primeira Lei de Terras (601/1850) que teve, como possível consequência, a antecipação da abolição da escravatura para estabelecer a garantia do direito à terra mediante a compra e venda. Esse instituto legal permitiu a existência das diferenças de classes e a postergação da reforma agrária<sup>76</sup>, que permitiria a igualdade do direito à terra. Com a Constituição de 1946, o direito de propriedade continuou a ser garantido, assegurando justa e prévia indenização na hipótese de desapropriação. Além disso, condicionou o uso da propriedade ao bem-estar social com oportunidade de acesso à terra. Porém,

---

76 “O termo reforma agrária ainda não era utilizado no Brasil Império. Só passou a ser utilizado depois da formação das primeiras ligas Camponesas em 1964” (PRESBURGUER, 1991, p.89)

os interesses econômicos e políticos eram privilegiados com base no sistema capitalista de produção. Isso persistiu sem significativas alterações jurídicas, correspondentes ao sistema do capital ao longo da história do Brasil até o ano em que foi aprovado o Estatuto da Terra com a promulgação da Lei 4504/64, que dava ao Estado a obrigação de garantir o acesso à terra para quem nela vive e trabalha, mas que não foi seguido da implementação de política de redistribuição de terra. Apesar de sua função social, o Estatuto não é posto em prática, visto que a parcela camponesa da população perde seu direito para os grandes latifundiários. No entanto, tratou os contratos agrários de forma mais justa que aquela prevista pelo Código Civil da época e pelos costumes do campo.

Com a instituição do Estado Democrático de Direito em 1985, o Brasil passou a garantir o direito de propriedade como direito fundamental em sua Carta Magna de 1988, conforme explícito abaixo:

A XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

A Constituição de 1988 contempla a previsão e a garantia de direitos humanos e fundamentais, que estão intrinsecamente interligados com o conceito de democracia, visto que o ambiente democrático traz a proteção do direito das minorias e permite a expressão da pluralidade da sociedade, reconhecendo diferenças.

Com a implantação de uma constituição democrática, abriu-se espaço para novas formas de participação cidadã que não se restringem ao modelo tradicional positivado da lei, mas que evolui

conforme os anseios da sociedade, uma vez que a Constituição está em um processo de constante mudança para pôr-se a favor de todos os grupos sociais.

Segundo Canotilho (2001, p. 105), a Constituição não se reduz à organização do Estado, mas também está aberta às estruturas fundamentais da sociedade plural e seus efeitos sociais, que permitem o pluralismo jurídico.

Contudo, diante do cenário plural e conflitante, a busca pela efetivação do direito à terra por parte das pessoas tem sido mais que esperar a ação do Estado de garantir os seus direitos. O cidadão tem buscado uma multiplicidade de fontes legislativas e de direitos alternativos para solucionar os conflitos pelo direito da terra.

A realidade das classes menos favorecidas é marcada pela desigualdade de acesso aos bens da vida, que inclui falta de assistência médica, educação de baixa qualidade, falta de segurança e, também, a falta de um lugar ideal para morar. A ineficácia de legitimação dos direitos pelo Estado faz com que a população padeça com as injustiças, de modo que isso abre espaço para as manifestações sociais, como o pluralismo jurídico, conforme é dito abaixo:

Os chamados tempos pós-modernos são um desafio para o Direito. Tempos de ceticismo quanto à capacidade da ciência do Direito de dar respostas adequadas e gerais para os problemas que perturbam a sociedade atual e que se modificam com uma velocidade assustadora. Tempos de valorização dos serviços, do lazer, do abstrato e do transitório, que acabam por decretar a insuficiência do modelo contratual tradicional do direito, que acabam por forçar a evolução dos conceitos do Direito, a propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito, agora muito mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Para alguns o pós-modernismo é uma crise de desconstrução, de fragmentação, de indeterminação à procura de

uma nova racionalidade [...]; para outros é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o Direito (SOARES, 2010, p. 50-51).

Diante das dificuldades e da necessidade de buscar soluções para a ineficácia do direito, o pluralismo jurídico é a forma mais viável de resolução de conflitos em um ambiente democrático. Exemplo disto é o que ocorreu em Pasárgada<sup>77</sup>, estudado por Boaventura de Souza Santos (1998), em que a população da favela criou um direito paralelo ao direito estatal. Nas favelas, durante as suas formações, o direito estatal era visto como ilegal. Os moradores das favelas, liderados por moradores ou candidatos a isso, se organizavam e resolviam seus conflitos a partir de suas convenções. É um direito fora do Estado que tem autodeterminação.

É através desta via de direito alternativo que os conflitos de terra passam a ser resolvidos, quando o pluralismo jurídico torna-se a base para o diálogo em uma democracia institucionalizada, permitindo a participação popular nas decisões da realidade concreta. A democracia e o pluralismo jurídico são conceitos que se completam para buscar efetivar o direito do cidadão. De um lado se encontra o seu direito de voz diante da sociedade e, de outro lado, está a sua necessidade de alcançar a qualidade de uma vida digna com seus direitos fundamentais preservados.

---

77 Pasárgada é o nome fictício dado por Boaventura de Souza Santos à favela do fluminense no Rio de Janeiro. Fez para estudo sociológico sobre as novas formas jurídicas criadas pela favela. Fez uma “inferência direta ao poema de Manoel Bandeira – com o objetivo de analisar em profundidade, uma situação de pluralismo jurídico com vista à elaboração de uma teoria sobre as relações entre Estado e direito nas sociedades capitalistas” (SOUZA JUNIOR, 1984, p. 50).

## PLURALISMO COMO NOVO PARADIGMA CONTEMPORÂNEO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE TERRA

Os grupos sociais apresentam formas distintas de vida, que se destacam na busca da satisfação dos seus direitos constitucionais, em nível de reivindicação. Essas diferenças tornam a convivência em sociedade complicada, visto que cada pessoa busca a satisfação própria, o que gera conflitos na sociedade.

Segundo Maquiavel (1996, p. 98-99):

[...] Isso porque dos homens pode-se dizer, geralmente, que são ingratos, volúveis, simuladores, tementes do perigo, ambiciosos de ganho [...].

[...] E os homens têm menos escrúpulo em ofender a alguém que se faça amar do que a quem que se faça temer, posto que a amizade é mantida por um vínculo de obrigação que, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade que a eles convenha [...].

Dessa forma, percebe-se que o conflito é inevitável na sociedade plural, em especial quando se trata da sociedade capitalista. As pessoas tendem a querer maximizar os seus lucros e satisfazer as suas necessidades. No entanto, nem sempre, essa busca individualista acarreta benefícios gerais para o resto da população.

Segundo Milton Santos (2000, p. 83), a globalização gerou problemas locais, que assegurou de um lado a liberdade de crescimento de capital e do outro o avanço dos problemas sociais. Diante disso, o pluralismo jurídico surge como forma de equilibrar a desigualdade social, buscando a igualdade de satisfação dos cidadãos quanto a seus direitos. O pluralismo jurídico é um fenômeno que tem por característica principal a participação popular. Ele busca descentralizar as formas de alcançar o direito,

partindo da realidade concreta dos indivíduos.

A definição do termo pluralismo jurídico decorre de um processo complexo que se modifica de acordo com a linha doutrinária que deseja estudar. Aqui, trataremos do pluralismo com o conceito de Wolkmer (2001, p. 136), que define “como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”.

Diante disso, a sociedade passou a buscar alternativas diante da ineficácia estatal para resolver os conflitos de terra. O pluralismo jurídico surge como um meio de permitir o direito à terra. Para avaliar isso, analisamos a jurisprudência que trata do assunto.

É preciso salientar que o pluralismo jurídico surge também como resposta das lutas sociais, que se uniram em movimentos, para exigir o respeito aos direitos das classes menos favorecidas. Conforme Wolkmer (2001, p. 220) elucida “normas impostas pelo movimento social, a sociedade organizada cria seu próprio ordenamento jurídico, paralelo ou complementar àquele garantido pelo próprio Estado, por meio de produção pacífica ou de processo de luta”. Segundo o autor, o pluralismo é formado pelas classes e é reconhecido pelo Estado quando passa a ser institucionalizado, conforme é dito:

Sociedade pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, propiciando outra legitimidade embasada nas necessidades fundamentais de sujeitos coletivos insurgentes, que, com suas práticas, relações e reivindicações, passam a ser encaradas como fontes de produção jurídica não-estatal. [...] o estágio de acumulação do capitalismo transnacional e as mudanças da sociedade industrial de massa acabaram por impulsionar não só uma crise urbano-social, mas, sobretudo, crises tanto no siste-

ma de legitimidade de representação política, quanto nas formas unitárias e centralizadoras do poder administrativo (WOLKMER, 2001, p. 222-223).

Para solucionar o problema do acesso à terra no Brasil, surgiram grupos com os princípios valorativos do pluralismo, conforme preleciona Wolkmer (2001), que se concentram para manter autonomia de grupo perante o Estado, que permita a sua ação diante da omissão estatal; a descentralização da lei, buscando a formação de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo; o reconhecimento da pluralidade de pessoas e realidades, que permite a inclusão do direito em todas as diferenças; e, por último, a característica participativa, que visa a criar associações para mobilizar a comunidade e buscar soluções.

Em relação ao direito à propriedade e especificamente à terra têm-se o exemplo do movimento dos sem-terra, que busca a regulação de acesso às propriedades para o uso e moradia. Ademais, as famílias que são desalojadas para a construção de uma rodovia, o uso de terras improdutivas há muito tempo por famílias como moradia são exemplos de conflitos em derredor do direito à terra, envolvendo aqueles que buscam a efetivação do seu direito de uso e moradia do lugar por meio do direito alternativo, a partir do pluralismo jurídico no estado democrático.

### **3 DEMOCRACIA E PLURALISMO**

A democracia gerou direito que evoluiu do positivismo privatista para abrir direitos sociais e contemplar princípios valorativos com necessidade de novos critérios de interpretação e aplicação do direito. Isso trouxe a necessidade de refletir o direito a partir de sua função na sociedade e dos valores que vão sendo construídos, conforme os cidadãos atuam no ambiente em que vivem.

Corroborando essa perspectiva, afirma Miguel Reale (2003, p. 262) que a experiência jurídica é fruto de um processo histórico-cultural, em que cada norma está interligada com os valores a partir das circunstâncias em que estão inseridos, formando novos modelos jurídicos<sup>78</sup>. Sendo assim, o estado democrático de direito é de suma importância para a concretização de novas vias de pensar o direito e permitir o acesso da população à compreensão e à concretização das normas.

Dessa forma, a democracia surge como a mais perfeita forma de governo para efetivar a cidadania e permitir a reflexão sobre o direito contemporâneo. Com isso, é mister que se avalie o conceito de democracia que utilizamos neste artigo, posto que o termo traz consigo a complexidade histórica de se inserir em estados societários distintos com significados diversos.

A democracia brasileira consiste em um modelo representativo e formal, que existe na lei, mas não se efetiva plenamente no social. Conforme preleciona Chauí (2003, p. 234), “uma democracia é democrática quando, além de eleições, partidos políticos, divisão dos três poderes, respeito à vontade da maioria e das minorias, institui algo mais profundo, que é a condição do próprio regime político, ou seja, quando institui direitos”.

A partir disso, a democracia brasileira está vinculada ao conceito de cidadania, em que a liberdade que esta concede aos cidadãos para reivindicar seus direitos é também um processo de construção do próprio estado democrático ideal, onde a igualdade

---

78 Miguel Reale não era a favor do pluralismo jurídico, mas sim de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos. Ele acreditava que uma sociedade necessitava seguir a norma, mas que essa também tinha que corresponder à realidade. Escreve assim em desfavor do pluralismo: “estes esforços valeram para esclarecer que o elemento caracterizador não é a coação, mas sim a coercibilidade, isto é, a possibilidade de proteção por parte de uma autoridade constituída, quer estatal, quer corporativa” (REALE, 2003, p. 262).

de de direitos é expressa na realidade concreta.

No entanto, em uma sociedade democrática, há a presença de conflitos, que se tornam legítimos e legais na medida em que contribuem para revelar os interesses de grupos. A diversificação de grupos sociais faz com que haja uma multiplicidade de direitos para atender as necessidades locais de cada grupo.

Para tratar do conflito, dentre outros, há o pensamento hobbesiano<sup>79</sup> de que os homens vivem em constante estado de guerra, guiados pela natureza competitiva de permanente ameaça à vida. Por isso, eles vivem de suposições do pensamento dos outros para atacar quem os ameaçam, ou evitar o possível ataque de seus inimigos, gerando os conflitos sociais. Nesse sentido, é muito comum associar o termo conflito à briga e disputa.

A moderna teoria do conflito<sup>80</sup>, em contrapartida, considera que o conflito não precisa ser visto como sinônimo de disputa ou briga, mas também pode ser analisado da forma de que é com o conflito que advém as mudanças, as resoluções e a construção de novos conceitos e valores sociais, como é exposto abaixo:

O conflito é apenas uma das diferentes formas de interação entre os indivíduos. É fruto das transformações sociais pelas quais a sociedade passa constantemente. Tanto as formas de luta individual e coletiva como o embate entre indivíduos. Os Estados se transformaram no decorrer dos anos. Isso

---

79 "Hobbes considera o Estado de Natureza o próprio Estado de Guerra de todos contra todos. [...] Guerra é uma disposição, uma tensão permanente, uma preocupação constante com a sobrevivência diante da ameaça de morte violenta que caracteriza a vida de maneira 'sórdida, pobre, embrutecida e curta', nos termos por ele expostos no capítulo XIII do *Leviatã*. Guerra seria simplesmente uma sensação permanente de medo o que implica uma preocupação constante com a autoproteção" (BAPTISTA, 2015, *online*).

80 A moderna teoria do conflito é avaliada pelos juristas como positiva para a solução dos problemas sociais. Segundo Azevedo et al., "[...] cumpre destacar que a celeridade e baixo custo do processo de mediação são também frequentemente indicados como benefícios da autocomposição técnica" (2012, p. 70).

pode ser sentido nos vários momentos políticos pelos quais a sociedade atravessou (SPAGNOL, 2013, p. 147).

Nesse entendimento, o conflito é o elemento fundante da democracia, no qual o pluralismo apresenta viabilidade para resolver os conflitos e valorizar a participação cidadã.

O pluralismo jurídico ganha notoriedade na sociedade quando o Estado não consegue resolver os problemas sociais. Para Wolker “o pluralismo surge devido à falta de atenção do Estado para com aqueles mais necessitados, pois é destas classes mais sofridas e necessitadas, que surge a regulamentação estatal” (2001, p. 301).

No anseio de buscar um direito mais justo e igualitário, a sociedade se manifesta de formas plurais para suprir o papel do Estado, que não abrange todas as classes sociais em sua atuação. Esse fenômeno social é uma realidade concreta que atinge principalmente as classes marginalizadas, em que a inoperância do Estado não garante os direitos fundamentais aos cidadãos. Boaventura Santos (1998, p. 99) explicita que: “o pluralismo jurídico surge para preencher a lacuna promovida pela ausência do Estado em determinadas localidades”.

Nesse diapasão, o direito à terra também emerge dessa condição de insuficiência estatal de garantir terra para todos os cidadãos que dela precisam, como é o caso da comunidade de Redonda, praia localizada no município de Icapuí, no Ceará, estudada pela professora Raíssa Melo (2001, p. 116-126), em sua tese de Mestrado. A comunidade viu suas terras serem tomadas por grandes proprietários que chegaram à região, em função do crescente turismo. Os moradores formaram uma associação, que comanda a venda de terras do nativo. Para vender as terras precisa da aprovação da associação e o novo morador é obrigado a auxiliar a comunidade, caso suas ações destruam o *habitat* natural do local. Desse modo, a participação da população fica latente e se torna uma nova forma de resolução de conflitos de

terra, que não permeia a violência e permite um acordo democrático de ambas as partes.

Percebe-se que a união da democracia com o pluralismo jurídico pretende potencializar a justiça social, que se baseia na igualdade de direitos e na vontade coletiva de efetivar os direitos humanos por vias alternativas do direito de forma pluralista. Pressupõe o respeito à Constituição e busca soluções de interesses comuns formadas pelas pressões grupais.

As lutas sociais fazem com que as escolhas entrem em discussão e somente a democracia permite isso. É o evoluir do conceito de direito que leva à formação do pluralismo jurídico. O cidadão passa a ser responsável pela efetividade dos direitos e pela emergência de novas normas de acordo com os seus anseios. Dessa forma não há como pensar o direito dentro do espaço democrático sem o pluralismo jurídico.

Em suma, o direito é dinâmico, histórico, “deve incessantemente ansiar e esforçar-se por encontrar o melhor caminho e, desde que se lhe depare, deve terraplanar toda a resistência que lhe opuser barreiras” (IHERING, 2000, p. 8), como ensinava o autor mesmo ainda nos marcos do direito anterior. Um povo não deve deixar que lhe roubasse os direitos conquistados com dura luta.

Ao longo da história do direito, a evolução da doutrina positivista da modernidade transformou o fenômeno jurídico na própria lei. Entendia-se que a interpretação dos fatos jurídicos deveria ser feita por uma operação lógico-formal da letra fria da lei.

Com a crise da modernidade, o pós-positivismo permitiu a ampliação das interpretações dos casos concretos, de modo a conceber o ordenamento jurídico como um sistema plural e aberto aos fatos e valores da sociedade. Com isso, os próprios princípios migraram para a Constituição e as leis. Diante do pós-positivismo surgiram dois domínios de atuação jurídica, por um

lado o monismo, em que os fenômenos jurídicos se concentram no direito positivo e estritamente movido pelo Estado e, por outro, o pluralismo, que traz a interpretação dos fatos da sociedade de forma ampla, influenciando na interpretação dos enunciados.

O positivismo moderno estabeleceu um sistema jurídico centralizado, permitindo a construção e a compreensão do direito como um conjunto de normas postas, que, segundo Hans Kelsen (1979)<sup>81</sup>, seria capaz de engendrar o ordenamento e fazer a regulamentação pormenorizada dos problemas individuais e sociais.

No entanto, o positivismo jurídico entrou em crise, dentre outros fatores, por não conseguir legitimar a ordem jurídica de forma a solucionar os problemas sociais, visto que a realidade tornou-se mais complexa para ser analisada com a letra fria da lei apenas. A sociedade que emergiu não cabia no quadro de uma doutrina positivista. Cumpria fundar soluções normativas diferentes e doutrinas que a explicassem.

As fontes clássicas não são capazes de criar um direito emancipatório que corresponda aos anseios da luta social, posto que, no positivismo, o direito equivale à lei, sendo esta positiva ou negativa com a realidade social. Por isso, o pluralismo surge como uma nova resolução político-jurídica para representar os direitos dos marginalizados, que o Estado não consegue alcançar devido à prevalência dos interesses da classe dominante:

Trata-se de extrair a constituição da normatividade não mais e apenas das fontes ou canais habituais clássicos representados pelo processo legislativo e jurisdicional do Estado, mas captar o conteúdo e a formado fenômeno jurídico mediante a informalidade de ações concretas de atores

---

81 Hans Kelsen defendia a teoria pura do direito, em que a norma jurídica deveria ser livre de interpretações filosóficas ou sociológicas. O direito representava o que estava escrito, não permitindo nenhuma análise hermenêutica, além disso.

coletivos, consensualizados pela identidade e autonomia de interesses do todo comunitário, num lócus político, independentemente dos rituais formais de institucionalização. [...] (WOLKMER, 2001, p.119)

À medida que, gradativamente, as regras formais clássicas de legitimidade e os arranjos institucionais liberal-burgueses tornam-se inapropriados para canalizar e processar uma grande diversidade de demandas inerentes às sociedades de massa, os movimentos sociais inauguram um estilo de política pluralista assentado em práticas não-institucionais e auto-sustentáveis, e nele avançam, buscando afirmar identidades coletivas e promovendo um locus democrático, descentralizado e participativo (WOLKMER, 2001, p.139).

A teoria pluralista representa uma afronta ao Estado monopolizador porque se encontra totalmente enraizada no seio da sociedade e na democracia. O pluralismo jurídico permite uma nova resposta da sociedade diante das incoerências judiciais, que são legítimas e válidas no meio social em que são construídas.

No Brasil, o pluralismo jurídico, mesmo não sendo reconhecido, sempre esteve presente, pois o país recebeu diversas bases jurídicas que trouxeram um contexto pluralista e materializado. São exemplos das referências plurais, que nosso ordenamento espelha as contribuições das populações nativas indígenas, os colonizadores portugueses, e os diversos povos que vieram para cá, tais como a dos africanos, holandeses, ingleses, e, posteriormente, a dos italianos, poloneses, japoneses, dentre outros que construíram as concepções jurídicas pluralistas retratadas por esta miscigenação de povos e culturas<sup>82</sup>.

---

82 A cultura jurídica no Brasil foi formada pela complexa formação do país. A partir da colonização dos portugueses, o país foi cenário de grandes imigrações a fim de explorar as suas riquezas naturais. Dessa povoação diversificada, o direito brasileiro recebeu as influências dos povos que aqui viveram e os regimes sociais que aqui instalaram, “[...] encontrou ao longo dos séc. XVII e XVIII, uma tradição de pluralismo jurídico nos antigos quilombos e em certas reduções ou comunidades missionárias. Durante o Estado Monárquico

Coerentemente, Wolkmer (2001, p. 57) dispõe que: “por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser esta regulamentação jurídica da sociedade moderna por parte do Estado, este não consegue erradicar e inviabilizar todo fenômeno de regulação informal proveniente de outros grupos sociais não-estatais”<sup>83</sup>.

Dessa forma, na sociedade, mesmo na antiga, criou-se uma dicotomia de doutrinas, que divide a opinião dos juristas na aplicação do direito e cumprimento de sentenças. Para exemplificar essa dicotomia temos a clara referência a isso na peça *Antígona*, de Sófocles. A conduta do personagem principal mostra repúdio à obediência cega à ordem do soberano em oposição ao personagem Creonte, que desconsidera tudo aquilo que não seja oficializado pelo Estado:

CREONTE – e apesar disso, tiveste a audácia de desobedecer a esta determinação?

ANTÍGONA – sim, porque não foi Júpiter quem a promulgou; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; nem eu creio que teu édito tenha força bastante para conferir a um mortal o poder de infringir as leis divinas, que nunca foram escritas, mas são irrevogáveis; não existem a partir de ontem ou de hoje; são eternas sim! E ninguém sabe desde quando vigoram! – tais decretos, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem

---

do séc. XIX, houve um certo pluralismo societário e jurídico, de teor elitista e conservador, enquanto que no séc. XX predominou uma cultura impregnada pelo positivismo republicano, pela consagração ideológica do monismo estatal e pelo centralismo legal, os quais tolheram todo um rico legado de práticas pluralistas” (WOLKMER, 2001, p. 186)..

- 83 (2001, p. 281) relata que “de toda essa gama de procedimentos informais e não-institucionalizados de produzir direitos, legitimados pela entrada em cena de novos sujeitos coletivos de juridicidade, destacar-se-á o pluralismo das “convenções coletivas” no âmbito das relações do capital e do trabalho e os ‘acordos’ e ‘arranjos’ setoriais que agregam interesses no contexto específico das relações civis coletivas”.

que por isso me venham punir os deuses! (SÓFOCLES, 2005, p.30).

Com esse trecho de Sófocles, observa-se que no Estado antigo, até nesse atual, o monismo é contestado, uma vez que a ideologia de centralização não é observada em meio a uma sociedade estratificada em classes com diferenças econômicas e de efetivação de direitos. Há décadas, vive-se uma transição paradigmática a fim de alcançar a democracia plena com a participação popular nos meios de construção e efetivação dos direitos.

Souza Santos (2000, p. 185-186) descreve que para “dês-pensar o direito num período de transição paradigmática” é preciso compreender que o pluralismo não busca acabar com o Estado, mas fazer valer os direitos salvaguardados na Constituição de 1988.

Assim sendo, os meios alternativos do direito servem para auxiliar o próprio poder judiciário do Estado, como já acontece com o uso da mediação, arbitragem e a conciliação como formas de dirimir os conflitos sociais. O presente artigo visa trazer essa alternatividade do direito para o conflito de terras, buscando meios que assegurem o direito dos menos favorecidos de ter o direito à terra a partir da sua função social. Para isso, é necessário que o monismo crie espaço para o pluralismo e compreenda que a sociedade é complexa e evolui conforme os anseios de seus cidadãos dentro do Estado democrático.

#### **4 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO DA TERRA**

Renovar a visão acerca do instituto da propriedade, em especial numa sociedade marcada pela concepção individualista e distribuição errática da terra, é um dos deveres de todos que se propõem a efetivar a democracia. A este respeito, tem sido construída

uma nova tendência no pensamento jurídico brasileiro, que busca repensar as características basilares do processo de domínio de terra e reconfigurar a posição da propriedade dentro do ordenamento. Tal processo é percebido tanto na academia quanto nos tribunais, que trazem à baila o conceito da função social da propriedade, e sua relevância na resolução dos conflitos de terra.

Segundo Schreiber (2001, p. 94), os institutos jurídicos constituem-se por dois elementos: estrutura e função. Esta última – a função – é seu elemento de maior relevância, correspondendo ao interesse que determinado instituto busca tutelar e determinando os traços fundamentais da estrutura. Na tradicional concepção individualista da propriedade, é nítido que a função maior do direito à terra corresponde à proteção dos interesses do proprietário, que possui usufruto quase absoluto de sua posse, sendo contido apenas por algumas poucas limitações de caráter negativo impostas pelo Estado. Em contrapartida, a noção da função social surge no contexto de crise da legitimação da propriedade privada e do movimento solidarista, alterando drasticamente a função da propriedade e evidenciando a necessidade de tutela não só dos interesses individuais, mas, sobretudo, dos interesses coletivos mais relevantes.

Sob tal mudança, a propriedade passa a ser vista não como um mero instrumento de satisfação dos interesses individuais, mas como um instituto jurídico completo, onde se inserem, além dos direitos, obrigações e ônus. Não é demais ressaltar que a adoção do conceito de função social não implica numa rejeição à propriedade privada, mas sim num novo delineamento a essa questão, visando um equilíbrio entre a liberdade individual e o interesse social. Na síntese de Jelinek (2006), a função social trata-se de um poder-dever que impõe ao proprietário comportamentos positivos e negativos, visando um exercício do direito à propriedade mais compatível com a utilidade comum, impedindo que aquela seja usada de modo nocivo ou em prejuízo

à coletividade. Ora, desde Jelinek, apesar da precisão conceitual, outros princípios incidem para caracterizar a função, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho.

Dentro da seara constitucional, a função social da propriedade é nitidamente defendida como direito e garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal – logo após a garantia do direito à propriedade – ao citar que “a propriedade atenderá a sua função social”. Além disso, seu artigo 170 também inclui esta garantia no âmbito econômico. Isto só reforça a legitimidade da utilização deste conceito no tratamento da resolução de conflitos de terra, pois coloca a função social na igual importância do direito de posse. Nota-se que tal garantia é objeto de atenção também no artigo 182, ao informar que para que a propriedade urbana cumpra sua função social devem ser cumpridas as exigências expressas do plano diretor da cidade. Bem como, no artigo 186, que dispõe: cumprir sua função social a propriedade rural; aproveitar da terra de forma racional e adequada; utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e preservar o meio ambiente; observar as disposições que regulamentem as relações trabalhistas; e explorar da terra de modo a favorecer o bem-estar de trabalhadores e proprietários.

Segundo Ruiz et al. (1996, p. 82), a Constituição Federal de 1988 deu um importante passo ao romper com as práticas liberais e burguesas do passado, e adotar uma visão mais consentânea com a realidade social, revelando a importância de a propriedade privada cumprir seu papel social. Nesse sentido, utilizar o conceito aqui expresso na resolução dos conflitos de terra, como modo de alcançar a democracia através de um direito pluralista, nada mais é do que exercer os valores apregoados na Carta Magna.

## 5 ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS SOBRE CONFLITOS DE TERRA

As decisões judiciais que aqui seguem, reafirmam a possibilidade de integrar a jurisprudência entre as fontes do direito, além de servirem como exemplo material das ideias defendidas até então.

A análise de tais decisões inicia-se com o julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Câmara, Apelação Cível nº 212.726-1-8, que, de acordo com o acórdão Brasil (1994), trata de uma ação reivindicatória de lotes de um terreno urbano absorvidos por uma favela dotada de equipamentos urbanos. Como nos esclarece o julgado, os autores da ação eram proprietários de 9 lotes de terra e a requereram quando já consolidada ali, há mais de 20 anos, uma favela. Os sucumbentes apelaram alegando a existência do usucapião urbano, já que todos se instalaram no terreno há mais de 5 anos, ocupando área referente a 200 metros quadrados.

O tribunal agiu julgando improcedente a apelação dos réus, com base em usucapião alegado, mas ainda assim deu provimento ao recurso. Isto porque, em seu entendimento, a ação reivindicatória deve se dar por uma coisa corpórea, concreta e bastante definida, e, no caso dos autos, a coisa reivindicada não seria nem mesmo existente, tornando-se mera abstração jurídica. Além disso, com o passar dos anos a favela tomou vida própria, estando dotada de, pelo menos três equipamentos urbanos – iluminação pública, domiciliar e água encanada -, abrigando aproximadamente 30 famílias só na área reivindicada.

Desse modo, alegou-se que a realidade concreta daquela comunidade deveria ser preponderante ao direito de posse dos requerentes, já que o desalojamento forçado daquelas pessoas,

todas já inseridas naquela comunidade urbana, implicaria em uma “operação cirúrgica de natureza ético-social, sem anestesia”, algo contraditório ao papel do Direito na sociedade.

Por conta disso o Tribunal argumenta ainda que, se tratando de uma operação socialmente impossível, o seria também na área jurídica. Para esclarecer esta afirmação fazem uso da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, que subdivide a compreensão do direito nas dimensões de fato, valor e norma. Ou seja, esclarece que o direito não deve ser visto como mero ato lógico formal, mas sim como uma construção que correlaciona a realidade concreta da sociedade com fatores axiológicos, que culminam na norma. Isso demonstra que a dimensão normativa do direito é indissociável do conteúdo social e ético do mesmo, deixando evidenciado que, aquilo que é impossível socialmente, é impossível juridicamente.

Fundamentando-se nestas razões, o Tribunal afirma ainda que o direito de propriedade dos querelantes foi exercitado de modo contrário ao fim social, já que os lotes reivindicados estiveram abandonados por mais de 20 anos, sem a implementação de quaisquer equipamentos urbanos. Ora, numa cidade com graves mazelas como a crise habitacional, desemprego e frequente expansão populacional, não pode a ordem jurídica aceitar o estoque ou a especulação da propriedade, sem o cumprimento da função social.

Diante do exposto, decide o Tribunal que o direito dos proprietários de reivindicar aquele espaço se neutraliza diante do princípio constitucional da função social da propriedade, e dá provimento ao Recurso dos réus para julgar improcedente a Ação Reivindicatória, permanecendo a eventual pretensão indenizatória em favor dos autores, além de utilizar-se de critérios há muito assentados quanto aos pressupostos da reivindicatória.

Conforme nos revela Ruiz et al (1996, p. 94), a postura formalista do judiciário tem se exaurido diante da ampliação dos

movimentos reivindicatórios. Os múltiplos casos de ocupação, o crescimento da economia informal e até mesmo a incontável violência das cidades, por exemplo, são capazes de desvelar relações jurídicas normalmente desprezadas pelo universo político e jurídico, levando à contestação de todo o sistema de produção e distribuição do direito. Como fruto deste processo, Ruiz et al (1996) citam a institucionalização do conflito, dentro do qual os tribunais deixam de ser o polo de resolução de questões entre cidadãos para se tornar uma poderosa arena de reconhecimento ou negação de reivindicações da sociedade. Objetiva-se conciliar legitimidade com legalidade, deslocando a questão da justiça da posição de mera validade formal.

Diante deste crescente movimento, confirma-se, ainda em acordo com Ruiz et al (1996), que as decisões técnicas dos juízes que, ao julgar, nada mais fazem que realizar uma operação silogística de submissão do fato às leis que asseguram a propriedade civil, sem analisarem a dimensão constitucional destas, passam longe de alguma resolução real dos conflitos de terra, num verdadeiro desprestígio ao sistema judiciário. O caso apresentado mostra uma postura em sentido contrário, comprovando que é possível harmonizar a proteção da propriedade dada pelas normas civis com as disposições garantidoras de direitos da Constituição Federal. A postura do tribunal opta por uma racionalidade alternativa ao modelo tradicional da cultura jurídica, fincada na ética da responsabilidade e da solidariedade.

Não é demais ressaltar que, para os autores, as normas constitucionais refletem a vontade popular quanto a direitos básicos, com inspiração nas conquistas históricas da humanidade. Nesse sentido, os direitos fundamentais funcionam como espaços abertos para que os juristas possam trabalhar e modificar sua realidade social, num processo de efetivação da democracia, e os juízes têm sido convocados a isto através da politização

crescente dos conflitos. Isto é necessário para fazer valer as garantias constitucionais, que deveriam funcionar como barreiras ao poder estatal e um modo de proteção das necessidades mais básicas do indivíduo.

Por esta razão, é louvável a atitude do tribunal que verificou que aquela ocupação dos lotes, ainda que tenha se dado de modo desordenado sob o aspecto urbanístico, guarda coerência ao princípio constitucional da função social da propriedade. Ora, se os terrenos requeridos eram vazios, ociosos e os ocupantes fizeram com que aquele espaço realizasse sua função social, nada mais lógico do que proteger tais indivíduos. Nesse sentido, substitui a tradicional visão técnica como é decidida a maioria das questões do tipo, por uma visão mais plural e humanizada, atenta aos preceitos constitucionais em torno da dignidade do ser humano.

Caso semelhante é apresentado por Dresch (2013), no qual a 4ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, que nega a pretensão reivindicatória em imóvel urbano na cidade de Santo Amaro/SP, numa área então ocupada pela “Favela do Pullman”, alegando o descumprimento da função social daquele imóvel. O Ministro Aldir Passarinho Junior sustenta no julgado a prevalência da função social da terra e o perecimento do direito de propriedade no RESP-SP 75659.

Nesse sentido, segundo o autor, o Ministro justifica sua posição no abandono dos terrenos do loteamento em questão e seu conseqüente descumprimento da função social do terreno. O loteamento não chegou a ser completamente instalado, o que fez com que a área abandonada fosse paulatinamente transformada em parte da favela. Tal fato resultou, assim como no julgado anterior, na desfiguração dos elementos que originalmente caracterizavam aquele loteamento, fazendo-se configurar ali uma nova e diversa realidade social e urbana.

Assim, o Tribunal rememora que o princípio da função social

da propriedade atua diretamente no conteúdo do Direito, e, entre os poderes relativos ao domínio de terras, tal princípio introduz outra espécie de interesse (o interesse social), que pode não ser coincidente com aqueles do proprietário. Desse modo, preleciona que cabe ao judiciário a ponderação dos interesses em jogo, garantindo-se, sempre que possível, a necessária eficácia da função social da propriedade nos casos dos conflitos agrários.

Outro caso digno de destaque é narrado por Miluzzi (1996) que trata da decisão do Supremo Tribunal de Justiça sobre um pedido de Suspensão de Segurança n. 452/SP (96/0011196-0), manifestado pelo Estado de São Paulo, na região conhecida como “Pontal do Paranapanema”, então ocupada por diversas famílias. O governo, inicialmente, contestava as terras com o escopo de assegurar o assentamento de outros grupos rurais naquela área, através de um programa desenvolvido pelo mesmo, posteriormente resolveu por si só entrar com recurso para a suspensão da segurança do local.

O juiz, ao seu turno, compreendeu que a retirada daquelas famílias, já assentadas na região, somada à paralisação do programa de assentamento adotado pelo governo, conspirariam contra a paz social da localidade, a ordem e a segurança pública. Por força de tais circunstâncias, o Tribunal deferiu o pedido de suspensão.

Neste outro julgado, novamente o judiciário se vê diante de conflitos que fogem aos modelos postos nos códigos e com os quais os juristas tradicionalistas não estão acostumados a lidar, embora seja crescente o uso do âmbito judicial como sede de resolução de conflitos agrários e outras reivindicações sociais. De acordo com Miluzzi (1996), tais conflitos emergem da reivindicação de garantias da Carta Magna que, por vezes, é ignorada por estes mesmos operadores do direito. Mais uma vez, também, percebe-se que é possível estabelecer uma resolução justa para estes dilemas, que consiga harmonizar os direitos civis acerca

da propriedade com os princípios da função social, ainda que no mais das vezes os interesses do proprietário sejam opostos ao interesse social.

Se por um lado o Estado agiu adequadamente ao reivindicar terras entendidas como devolutas na região do Pontal do Paranapanema, objetivando a realização de seu plano de assentamento, que é legítimo. De outro, o poder judiciário teve a sensibilidade e a suficiente visão pluralista para levar em conta, na decisão, seus reflexos sociais.

Dando continuidade à apresentação das decisões judiciais, o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais igualmente acentua a importância do cumprimento da função social da propriedade na resolução dos conflitos por terra. Trata-se de um pedido de reintegração liminar de posse, devido a uma invasão do Movimento dos Sem Terra na localidade (Agravo de Instrumento n. 468.384-9, Processo n. 2.0000.00.468384-9/000).

O Tribunal decidiu pelo improvimento da reintegração, alegando que o dispositivo constitucional da função social da propriedade a institui, enquanto um princípio condicionador aos conflitos jurídicos relacionados à posse e à propriedade. Portanto, seria indispensável ao caso a prova deste requisito constitucional. Sem embargo, fora constatado que, de fato, não havia qualquer produção na propriedade, o que gerou o entendimento de que, uma vez improdutiva a terra, não atendendo à sua função social, deve prevalecer o interesse do grupo de trabalhadores sem-terra sobre o interesse egoístico do proprietário, que, comprovadamente, não utilizava a propriedade para a geração de riquezas ou produção de alimento.

Não obstante, ressalta-se importante decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apresentada por Schreiber (2001) – Agravo de instrumento n. 598.360.402, São Luiz Gonzaga, Rio Grande do Sul – na qual foi considerado não cumprir sua função

social aquela propriedade rural que, embora produtiva, possuía débitos fiscais de natureza federal. Com base neste argumento, foi mantido o assentamento de 600 famílias hipossuficientes que ocupavam a região. Para tanto, foram sobrelevados os direitos fundamentais dos ocupantes, o que evidencia a supremacia dos valores existenciais sobre os patrimoniais. Segundo a decisão, embora produtivas as terras, estas descumpriam sua função social a partir do momento em que seu proprietário possuía débitos fiscais perante a União.

Isto porque, segundo o Tribunal, a mera atividade produtiva nas terras, per si, não configuram plenamente o atendimento à função social, uma vez que tal atividade tem relação direta ao lucro do produtor que, primeiramente, busca com isto encontrar o melhor preço possível para seu produto, e só secundariamente a alimentação da população. Nesse sentido, a função social direta daquela atividade produtiva resultaria do pagamento de impostos, taxas e encargos sociais - aplicados, em tese, na garantia dos direitos mínimos da população através de sua aplicação em saúde, alimentação, educação, entre outros - bem como a geração de empregos. Portanto, uma vez pendente execução movida pela União contra os proprietários da área, esta propriedade não cumpre, em sua plenitude, a função social devida.

Sob a égide de tal argumentação, o julgado vislumbrou uma solução voltada para uma função oblíqua da propriedade, não apenas de garantia da produção, mas de agasalho, casa e refúgio ao cidadão. Vale ressaltar ainda que o Tribunal defendeu, no próprio acórdão, o caráter político da questão, fazendo severa crítica à postura de omissão das autoridades diante das questões agrárias. Tal julgado revela mais uma vez as possibilidades da visão pluralista do Direito, já que o Tribunal em questão vai muito além da mera fundamentação do fato e da norma, acrescentando o inegável caráter valorativo aos conflitos de terra.

Além da seleção de decisões judiciais, através das quais buscamos trilhar o caminho para que as resoluções dos conflitos de terra ganhem contornos mais pluralistas e humanísticos, cabe aqui outro exemplo de inovação no papel do jurista. Trata-se da caracterização da ocupação famélica. Nas palavras do juiz Carvalho (1990), o argumento chave utilizado para a negação do direito de ocupar é o de que o direito civil não permite. Todavia o princípio jusnaturalista de dignidade humana está acima da lei objetiva, sendo expressamente considerado (BRASIL, 1988, art. 1º) como o fundamento republicano. Portanto, se o sem-terra está privado da vida digna e, ao ocupar terras, busca a vida com dignidade que lhe é negada, a dignidade do ser humano está aí acima do direito de propriedade utilizada sem função social. Assim, seria lógica e prudente a legitimação da ocupação famélica sob a mesma ótica do furto famélico.

Sabe-se que o direito positivado penetrou na sociedade brasileira moderna como único caminho da legalidade e do acesso à justiça. Todavia, como reforça Rech et al (1990), ele acaba por sacramentar, na maioria dos casos, a desigualdade, o domínio e a discriminação. Isto porque, segundo Pressburger (1996), a obtusa preocupação do âmbito judicial com uma “certeza jurídica”, acaba voltando às costas para as carências de justiça de largas parcelas da população, e perpetuando a ideologia de que a lei só vale para favorecer determinado segmento social.

Além disso, o apego ao formalismo do processo – característica do direito positivado – gera consequências como o estabelecimento de castas entre aqueles que dominam melhor a linguagem culta e os códigos protocolares, e a submissão dos direitos objetivos ou subjetivos aos aspectos formais do processo. Tal efeito acaba gerando o arquivamento de petições, independente de seu conteúdo material, apenas pela ausência de certas formalidades.

Em contrapartida a este apego com o positivismo e ao ritualismo do processo, Pressburger (1996) faz crítica no sentido de que o Poder Judiciário é capaz de dar celeridade a processos voltados para a defesa da propriedade privada, arguindo, inclusive, a falta de til ou vírgula em decretos expiatórios, mas se queda ante a defesa de outros direitos fundamentais do indivíduo. E indica como principal entrave para o judiciário brasileiro a sua formação numa cultura incapaz de entender a sociedade e seus conflitos de modo amplo, bem como seu bloqueio para a discussão e permissão para que grupos sociais discutam a construção da democratização neste ramo do Estado.

Torna-se imperativa, portanto, a construção de novos prismas para o direito brasileiro, que deve partir de uma mudança na postura dos próprios juristas diante dos dilemas sociais que se refletem no âmbito jurídico, conforme aqui exemplificado. Nesse sentido, Rech et al (1990) apresentam o conceito do direito insurgente e seu papel inovador na resolução de conflitos. Tal ideia parte do reconhecimento de um direito paralelo, e da admissão pelo judiciário de outras normas que não tenham sido, necessariamente, produzidas pela legislação do Estado. Ou seja, tem como escopo a negação do monopólio radical tanto de produção, quanto de circulação do direito pelo Estado moderno.

Cabe ao jurista na construção de novos prismas para o Direito, segundo o autor (RECH et al., 1990), uma análise atenta da ideologia jurídica da classe dominante. Isto se faz necessário, para que se possa compreender a origem de determinadas regras e sistemas construídas por esta classe, que se tornaram naturais na medida em que foram absorvidas pela população em suas práticas culturais, servindo para legitimar a ordem estabelecida. Com isto, o jurista consegue identificar as contradições presentes nos interesses deste grupo e utilizá-las em proveito da classe oprimida.

Ainda sobre esta nova perspectiva defendida nos casos apresentados, cabe o clamor de Machado (1996, p. 137), para que os juristas brasileiros abandonem a razão cínica de guardiães do *status quo*, e participem da construção de uma nova ordem. O autor defende que há, no direito brasileiro, uma posição de manutenção da ordem acima de qualquer outro valor. Todavia esta ordem nem sempre está em consonância com o senso de justiça, e é, por vezes, ingrata com a parcela marginalizada da população. Diante disso, percebe-se a importância de desvincular o ideal ético de justiça do direito objetivo, já que estes conceitos por muitas vezes se opõem.

Ademais, fica nítido que o sistema judiciário não deve continuar a aplicar aos conflitos agrários a mesma ótica privatista. Isto porque as questões de terra possuem cunho social e as normas de direito agrário devem ser interpretadas em favor daqueles que querem produzir, observando-se, para isto, os princípios constitucionais que dão suporte a esta ideia. Fica claro também que a nossa legislação possui ferramentas que viabilizam a construção do pluralismo, sendo estas muito bem utilizadas pelos juristas nos casos trazidos à baila neste artigo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tradição jurídica brasileira dá ao jurista, no mais das vezes, o perverso papel de garantir a mera coerência lógica e formal do sistema, de modo que tudo permaneça como está. As leis, muitas vezes já antiquadas, não sofrem releitura alguma – passando, claro, pelo filtro constitucional – para serem aplicadas a uma sociedade moderna e com questões próprias de seu tempo. Todavia a realidade concreta e a institucionalização dos conflitos cobram cada vez mais a ampliação dos horizontes no sistema judiciário.

As reivindicações sociais encontram-se presentes nos tribunais, e seu enfrentamento não pode mais se dar pela tradicional postura formalista, havendo imperativa necessidade de rompimento com o antigo, abandonando a mera reprodução de práticas consagradas e a criação de novas soluções. Mais do que nunca, as proclamações constitucionais devem ser retiradas de segundo plano, de modo que se tornem mais do que promessas vazias e mera fachada democrática.

A jurisprudência que considera a dimensão social auxilia neste processo, pois, enquanto fonte do direito que é, mostra caminhos alternativos ao legalismo formal e dá base norteadora para as diversas possibilidades de ação coerentes com as questões sociais emergentes, para que o operador do Direito forneça uma resposta eficaz aos conflitos que marcam a atualidade. Logicamente não deve o jurista subverter o direito, mas agir de modo que não abandone a dimensão social de sua posição, bem como seu papel na mudança da realidade social e efetivação da democracia.

É notório o posicionamento da jurisprudência tradicional em ser contra essas vias alternativas do direito, que estão a favor dos agravados nos conflitos de terra, por temer incentivar novas manifestações a respeito da questão da terra. No entanto a jurisprudência, que aceita o pluralismo jurídico, tem mostrado que a solução dos conflitos deve passar pelo crivo de se respeitar ambas as partes e de analisar a situação concreta do fato.

Do exposto, entende-se que o pluralismo jurídico tem, às vezes, alçado seu espaço em algumas decisões judiciais, em especial nos conflitos agrários, exercendo sua função de oferecer ao direito uma visão mais humanizada, mais atenta para a busca da justiça como valor primordial do ordenamento jurídico. Além disso, exerce também seu papel no desenvolvimento social e na formatação da sociedade, para que esta cumpra os objetivos de

um Estado democrático que, segundo a Constituição Federal, perpassam pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, redução das desigualdades e promoção do bem geral.

O direito à terra no território brasileiro é historicamente desigual, visto que a distribuição das terras foi feita, desde o princípio, pela lógica da dominação e do poder. Por isto, o jurista, em sua atuação, deve se manter atento às questões fundiárias, visando uma repartição mais justa e em acordo com a função social da propriedade. As alternativas apresentadas neste estudo somam uma pequena parcela das diversas possibilidades de conciliação entre a legalidade e uma atuação voltada para a realidade social.

Mostrou-se aqui que a Carta Magna oferece mecanismos que, numa postura de proteção à dignidade do homem, fazem valer os direitos básicos obtidos em conquistas históricas da humanidade. Diante disso, despertou-se a consciência de que, mais que pura dimensão normativa, o direito compõe-se dos fatos da realidade concreta e dos valores, que jamais devem ser desconsiderados no momento de uma decisão. Fazendo-se compreender, portanto, o papel do pluralismo jurídico na transformação social e efetivação da democracia.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma et al. **Manual de mediação judicial**. 3. ed. Brasília: AGBR Comércio e Impressos Gráficos, 2012. 331 p.

BAPTISTA, L. P. **Guerra e paz na teoria política de Thomas Hobbes**. Disponível em: <[http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000122011000300004&script=sci\\_arttext](http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?pid=MSC0000000122011000300004&script=sci_arttext)>/>. Acesso em: 30 maio 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento nº 468.384-9**. Relatora: Hilda Teixeira da Costa. Belo Horizonte, 24 de março de 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Lei n. 4504**, de 30 de novembro de 1964. Estatuto da Terra. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4504.htm//](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4504.htm//). Acesso em: 20 jul. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo (8ª Câmara). **Apelação cível nº 212.726-1-8**-São Paulo. Relator: Des. José Onório. São Paulo, 16 de dezembro de 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador**: contributo para compreensão das normas constitucionais pragmáticas. 2. ed. Portugal: Coimbra, 2001. 581p.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Direito Alternativo. **Jornal dos Trabalhadores Rurais Sem Terra**, Brasília, 1990.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2003.

COLETÂNEA de Legislação Agrária. 1ª Lei de Terras do Brasil, p.357.

DRESCH, Renato Luís. **A repercussão da função social da propriedade nas Ações Possessórias**. Minas Gerais, 2013. Disponível em: <<http://abraao.com/possessorias.php>>. Acesso em: 23 out. 2015.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

JELINEK, Rochelle. **O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do código civil**. Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Amado, 1979.

MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. 2. ed. São Paulo: Martins fontes, 1996. 163 p.

MACHADO, J. R. Lino. Função social do jurista: uma visão crítica. **Revista Semestral Justiça e Democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 1996.

MELO, Raíssa de Lima e. **Pluralismo jurídico**: para além da visão monista. Campina Grande: EDUEP, 2001.

MILUZZI, Reinaldo. A função social da propriedade rural. **Revista semestral Justiça e Democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.2, 1996.

PRESSBURGER, Miguel. Apontamentos sobre a (dis)função e (des)funcionamento do judiciário. **Revista do Instituto de Estudos Brasileiros**. Rio de Janeiro, 1996.

PRESSBURGUER, Miguel. Justicia Agrária. La Tierra para el que atropella. **Revista Nueva Sociedad**, n. 112, marzo/abril, 1991.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RECH, Daniel et al. **Direito insurgente**: o direito dos oprimidos. Rio de Janeiro: [s.n.], 1990.

RUIZ, Urbano et al. Função social da propriedade. **Revista semestral Justiça e Democracia**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da existência. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. v. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza. **O discurso e o poder:** ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão.** 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2007.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização:** do pensamento único consciência universal. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SCHREIBER, Anderson. Função social da propriedade na prática jurisprudencial Brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v.6, 2001. Disponível em: <[http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao\\_Social\\_da\\_Propriedade\\_na\\_Pratica\\_Jurisprudencial\\_Brasileira.pdf/](http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf/)>. Acesso em: 1. ago. 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação lógica.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SÓFOCLES. **Antígona.** Tradução de J. B. de Mello e Souza. [S.l.]: eBooksBrasil, 2005. Disponível em: <<http://www.4shared.com/network/search.jsp?searchmode=2&searchName=ant%C3%/>>. Acesso em: 20 jul. 215.

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Para uma crítica da eficácia do Direito.** [S.l.]: Sergio Antonio, UnB. Fabris, 1984.

SPAGNOL, Antônio Sérgio. **Sociologia jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico.** Fundamentos de uma nova cultura no direito. [S.l.]: Alfa Omega, 2001.

CIDADANIA E EFETIVIDADE DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS:  
BREVE ANÁLISE DA MOROSIDADE  
PROCESSUAL DO INSTITUTO DA  
ADOÇÃO COM ÊNFASE NA COMARCA  
DE JOINVILLE/SC<sup>84</sup>

JESSIKA HARUMI MURAKAMI<sup>85</sup>

MÔNICA SOUZA LIEDKE<sup>86</sup>

**RESUMO:** O DESEJO DE MUITOS CASAIS EM REALIZAR O PROJETO PARENTAL LEVA-OS A RECORRER AO INSTITUTO DA ADOÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DESSE SONHO/DESEJO. OS DIREITOS DECORRENTES DA PATERNIDADE/MATERNIDADE E/OU FILIAÇÃO CONSTITUEM DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS DE EXTREMA IMPORTÂNCIA NO ORDENAMENTO. A ADOÇÃO É UM ATO SOLENE IRREVOGÁVEL QUE ATRIBUI AO ADOTADO À CONDIÇÃO DE FILHO(A) BIOLÓGICO PARA TODOS OS EFEITOS CIVIS. O CONCEITO DESSE INSTITUTO PASSOU POR DIVERSAS MODIFICAÇÕES ATÉ ALCANÇAR O PATAMAR ATUAL. A SOCIOAFETIVIDADE PASSA A IMPERAR

---

84 Recebido em 19/08/15, aprovado, definitivamente, em 21/01/2106.

85 Advogada. Bacharel em Direito pela UNIVILLE – Universidade da Região de Joinville. E-mail: harumijessika@gmail.com.

86 Advogada. Professora da UNIRITTER – Laureate Internacional Universities, Canoas/RS. Mestre em Direito pela UCS – Universidade de Caxias do Sul. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Advogada. E-mail: moliedke@yahoo.com.br.

NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL NO QUE DIZ RESPEITO AO DIREITO DE FILIAÇÃO. MUITO EMBORA, A ADOÇÃO TENHA EVOLUÍDO BASTANTE NO BRASIL, AINDA SE ENCONTRAM DIFICULDADES NO MOMENTO DE SUA CONCRETIZAÇÃO, POIS A COLOCAÇÃO DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE EM FAMÍLIA SUBSTITUTA SÓ SERÁ REALIZADA, DEPOIS DE ESGOTADOS TODOS OS RECURSOS DE MANUTENÇÃO DOS MESMOS, NO SEIO DA FAMÍLIA NATURAL, OU AINDA, A COLOCAÇÃO NA FAMÍLIA EXTENSA, SENDO, PORTANTO, MEDIDA EXCEPCIONAL. O PROCESSO DE ADOÇÃO PASSA POR DIVERSOS ENTRAVES BUROCRÁTICOS ATÉ A SUA CONCRETIZAÇÃO, O QUE PROVOCA A MOROSIDADE PROCESSUAL. DESTA FORMA, A CULTURA DA ADOÇÃO NO BRASIL SOFRE COM MITOS E PRECONCEITOS, GERANDO, MUITAS VEZES, A DESISTÊNCIA DO PROCEDIMENTO POR PARTE DOS ADOTANTES. DIANTE DISTO, O OBJETIVO DA PRESENTE PESQUISA É DEMONSTRAR, POR MEIO DA ANÁLISE DO INSTITUTO DA ADOÇÃO, OS FATORES RELEVANTES QUE CAUSAM A MOROSIDADE PROCESSUAL LENTIDÃO COM ÊNFASE NOS DADOS DOS PROCESSOS DA COMARCA DE JOINVILLE/SC. A METODOLOGIA UTILIZADA É A PESQUISA BIBLIOGRÁFICA E ANÁLISE DE PROCESSOS.

**PALAVRAS-CHAVE:** DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS. DIREITO DE FAMÍLIA. ADOÇÃO. MOROSIDADE PROCESSUAL.

**ABSTRACT:** THE DESIRE OF MANY COUPLES REALIZE THE PARENTAL PROJECT LEADS THEM TO RESORT TO THE INSTITUTION OF ADOPTION TO FULFILLING THAT DREAM/DESIRE. THE RIGHTS ARISING FROM PATERNITY/MATERNITY AND/OR MEMBERSHIP FUNDAMENTAL CIVIL RIGHTS ARE OF UTMOST IMPORTANCE IN ORDER. ADOPTION IS AN IRREVOCABLE SOLEMN ACT CONFERRING THE STATUS OF THE ADOPTED CHILD BIOLOGICAL FOR ALL CIVIL PURPOSES. THE CONCEPT OF THIS INSTITUTE UNDERWENT SEVERAL MODIFICATIONS TO ACHIEVE THE CURRENT LEVEL. THE SOCIOAFFECTIVITY SHALL PREVAIL IN THE CURRENT LAW REGARDING THE RIGHT OF MEMBERSHIP. ALTHOUGH THE ADOPTION HAS EVOLVED SIGNIFICANTLY IN BRAZIL, ARE STILL DIFFICULTIES AT THE TIME OF ITS IMPLEMENTATION, BECAUSE THE PLACEMENT OF THE CHILD OR ADOLESCENT IN A FOSTER FAMILY WILL BE HELD ONLY AFTER EXHAUSTING ALL RESOURCES TO MAINTAIN THEM IN THE FAMILY NATURAL, OR EVEN PUTTING IN EXTENDED FAMILY, THUS

BEING EXCEPTIONAL MEASURE. THE ADOPTION PROCESS GOES THROUGH SEVERAL BUREAUCRATIC OBSTACLES TO ITS IMPLEMENTATION, WHICH CAUSES PROCESSING DELAYS. THUS, THE CULTURE OF ADOPTION IN BRAZIL SUFFERS FROM MYTHS AND PREJUDICES, GENERATING OFTEN THE DISCONTINUANCE OF THE PROCEDURE BY THE ADOPTERS. GIVEN THIS, THE OBJECTIVE OF THIS RESEARCH IS TO DESMONSTRATE, THROUGHT THE ANALYSIS OF THE RELEVANT FACTORS OF THE INSTITUTION OF ADOPTION, THAT CAUSE PROCEDURAL DELAYS WITH EMPHASIS ON PROCESS OF JOINVILLE/SC JUDICIAL DISTRICT. THE METHODOLOGY USED IS THE BIBLIOGRAPHIC RESEARCH AND PROCESS ANALYSIS.

KEYWORDS: FUNDAMENTAL CIVIL RIGHTS. FAMILY RIGHT. ADOPTION. PROCEDURAL DELAYS.

## INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Direito Privado trouxe diversas implicações para os direitos essenciais da pessoa humana. Os direitos Público e Privado passam a partilhar um projeto comum de proteção à pessoa humana, estabelecendo como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana no art. 1º, III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A previsão legal dos Direitos Civis, especialmente aqueles inerentes à família, aos contratos e à propriedade<sup>87</sup>, na Constituição Federal tornou-os direitos fundamentais civis<sup>88</sup>.

---

87 Ver: Lobo (1999, p. 99-109) e Brauner; Liedke (2013, p. 365-368).

88 Para Lobo, “A pluridisciplinarietà permite rica abordagem da matéria, a depender do ângulo da análise. Na perspectiva do direito constitucional, são espécies do gênero de direitos fundamentais e assim são tratados pelos publicistas. Na perspectiva do Direito Civil, constituem o conjunto de direitos inatos da pessoa, notadamente da pessoa humana, que prevalecem sobre todos os demais direitos subjetivos privados” (2001, p. 09). Já, Silva salienta que o tema suscita dúvidas, já que “é impossível simplesmente transportar a racionalidade e a forma de aplicação dos direitos fundamentais da relação Estado-particulares para a relação particulares-particulares, especialmente porque,

A inclusão da família no rol dos direitos fundamentais passou a influenciar todos os institutos civis que estão inseridos nessa matéria a partir da ótica constitucional elevando-os ao status de norma constitucional. Assim, a questão da filiação<sup>89</sup> ganhou uma interpretação mais abrangente, não se limitando apenas à biológica, uma vez que filho legítimo era apenas aquele que nascia oriundo de um casamento, sendo que todas as outras situações de filiação estavam excluídas da tutela jurídica.

A criança ou adolescente adotivo obteve o status de filho(a) de acordo com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao referir que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Complementando o texto constitucional, o art. 1.596, do Código Civil (BRASIL, 2002), tem exatamente a mesma redação, consagrando o princípio da igualdade entre filhos. Assim, o instituto da adoção restou classificado como um direito fundamental civil do menor e, conseqüentemente, um direito de personalidade no que se refere ao direito ao estado de filiação<sup>90</sup>. Essa influência consti-

---

no primeiro caso, apenas uma das partes envolvidas é titular de direitos fundamentais, enquanto que, no segundo caso, ambas o são" (2005, p. 18).

89 Para Lobo, "filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele. (...) O estado de filiação constitui-se *ope legis* ou em razão da posse de estado, por força da convivência familiar (*a fortiori*, social), consolidada na afetividade. Nesse sentido, a filiação jurídica é sempre de natureza cultural (não necessariamente natural), seja ela biológica ou não." Ainda, refere o autor que se considera estado de filiação *ope legis* a filiação não biológica em face de ambos os pais, oriunda de adoção regular; ou em face do pai ou da mãe que adotou exclusivamente o filho (2004, p. 48).

90 Segundo Lobo, o estado de filiação de cada pessoa é único e de natureza socioafetiva, desenvolvido na convivência familiar. A convivência familiar e a afetividade são presumidas, embora possam de fato não ocorrer. Ambas

tucional modificou a concepção do instituto ao longo da história.

Durante muitos séculos, talvez milênios, a adoção era vista a partir do olhar do adulto que, não podendo ter um filho biológico, encontrava na adoção, a oportunidade de transmitir seu legado e seus bens. Grande parte da doutrina refere que seu principal objetivo era o de assegurar a transmissão do nome, a perpetuidade da família, e também, a continuação do culto doméstico (CZAPSKI; ELIAS, 1988, p. 1). Destaca-se, ainda, que na antiguidade, a adoção, além de possuir um caráter essencialmente religioso, era uma solução para que a família sem filhos pudesse perpetuar sua raça. Contudo, esses objetivos foram se transformando com o passar do tempo.

Assim, o presente artigo pretende analisar a cidadania e a efetividades dos Direitos Fundamentais Civis no tocante à evolução do instituto da adoção ao longo dos anos no cenário internacional, bem como na legislação brasileira. Também será analisada a adoção e seus aspectos gerais, especialmente, a morosidade processual desse instituto com ênfase na Comarca de Joinville/SC.

## 1. A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NO CONTEXTO HISTÓRICO GLOBAL AO DIREITO BRASILEIRO

Na *época pré-romana*, a adoção passou a adquirir importância, restando contemplada no Código de Hamurabi, disciplinando o instituto em suas normas. Segundo Chaves, naqueles tempos, o

---

constroem e consolidam os respectivos estados de filiação, passando a ditar-lhes os contornos. Cumpre ressaltar que o estado de filiação poderá ser substituído em razão de adoção superveniente do filho(a) por outros pais (2004, p. 48).

critério fundamental do legislador era considerar, se o adotado podia ou não ser reclamado pelos seus pais legítimos (1995, p. 48).

Ainda na mesma época, cabe destacar, o Código de Manu, uma legislação histórica, porém pouco conhecida, o qual dispõe sobre a adoção, em sua Lei IX, 10: “aquele a quem a natureza não deu filhos, pode adotar um para que as cerimônias fúnebres não cessem” (CHAVES, 1995, p. 49). Desta forma, verifica-se que eles acreditavam que a felicidade após a morte, dependia dos cultos fúnebres oferecidos pelos seus descendentes. Em síntese, o instituto neste período era focado a atender, à sua inspiração de caráter religioso, principalmente, preocupando-se em assegurar a perpetuidade do culto doméstico, eximindo a família da terrível desgraça de sua extinção.

Em *Roma*, o instituto da adoção teve grande desenvolvimento e ganhou contornos mais específicos. Nesta época, a adoção começou a ter finalidade diversa daquela existente até o momento. Visava-se o interesse objetivo da família, traduzido, contudo, na sobrevivência do culto doméstico (CZAPSKI; ELIAS, 1988, p. 3).

Destaca-se também que nesta época, a adoção visava quebrar vínculos estreitos da família civil, sendo que no círculo doméstico, poderiam ingressar filhos havidos fora do casamento ou provenientes da linha feminina. (NOGUEIRA *apud* CZAPSKI; ELIAS, 1988, p. 3). Assim, foi permitido às mulheres fazerem parte do círculo doméstico, eis que, até então, somente os homens eram dotados desta capacidade. Isto ocorreu, pois nesta época, às bases religiosas que o sustentavam, começaram a desaparecer, trazendo o declínio do referido instituto.

A *adoção entre os francos* se concretizava em uma cerimônia complicada, onde o povo participava e era preciso seguir alguns requisitos, tais como: quem desejava efetuá-la, não podia ter filhos, devia ser homem e realizar a transmissão de sua fortuna a um donatário ou herdeiro, que era favorecido com as mesmas

vantagens de um filho legítimo (CHAVES, 1995, p. 50).

Verifica-se que, nesta época, o instituto da adoção evoluiu no sentido de permitir a adoção para transmitir a fortuna a um herdeiro, sendo que esse teria os mesmos direitos de um filho legítimo. Porém, ela ainda se apresentava restrita para aqueles que não tinham filhos, sendo praticada para suprir uma necessidade do casal que não podia tê-los.

Na *Idade Média*, a adoção quase desapareceu, pois não procedia com os direitos dos senhores feudais sobre os feudos. Portanto, a adoção neste período foi quase extinta, ressurgindo com o Código Napoleônico, na Idade Moderna.<sup>91</sup> Nesse sentido, conclui Chaves que “[...] a adoção não tinha outro efeito senão o de conferir ao adotado o nome, as armas e o poder público do adotante” (1995, p. 52). Acentua-se a influência da guerra neste período, sendo o adotado vinculado a continuar com as armas de seu adotante, como uma herança.

A *Idade Moderna* foi marcada pela instituição do sistema mercantil e a decadência do feudalismo, destacando-se também, a consideração pelos interesses do adotado. É nesta época que a adoção ressurgiu após cair em desuso na Idade Média. Assim, ocorre uma inversão com o direito moderno, em que os interesses do adotado começam a serem mais considerados que os do adotante (GATELLI, 2003, p. 20). Também, há a ampliação do “sentimento de infância”, passando a criança a ser objeto de interesses psicológicos e morais (D’AGOSTINI, 2009, p. 28). Portanto, nesta época o instituto da adoção ressurgiu, sendo que os interesses do adotado passam a ser mais considerados que o do adotante, destacando-se a ênfase dada ao sentimento de infância.

---

91 Na Idade Média, a adoção caiu em desuso e somente com o Código Napoleônico, de 1804, ressurgiu ingressando, a partir de então, nas legislações modernas (GATELLI, 2003, p. 20).

A história legal da adoção *no Brasil* remete-se ao início do século XX por influência das Ordenações do Reino de Portugal, todavia não era utilizada, caindo em desuso. Foi somente com a promulgação do Código Civil de 1916 que o referido instituto foi sistematizado no direito brasileiro, buscando assegurar a unidade formal da família. Contudo, ainda persistia a discriminação em relação ao adotado(a), pois muito embora nascesse o vínculo parental entre adotante e adotado e tal relação fosse nominada como família, o(a) adotado(a) não adquiria relação de parentesco com os demais membros do grupamento biológico do seu pai/sua mãe adotivo (situação classificada como “adoção simples”).

De acordo com Gonçalves, verificava-se no Código Civil de 1916, que a adoção com base nos princípios romanos, era instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, dando aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negara (2011, p. 339).

A leitura dos artigos do Código Civil (BRASIL, 1916) acentua que havia ainda a discriminação no que diz respeito ao direito sucessório, pois se ficasse provado que o filho estava concebido no momento da adoção, o adotado não herdava nada. Assim sendo, os fatores que nortearam a adoção tinham a função de dar um filho à determinada família, para suprir uma impossibilidade desta de não poder ter filhos naturais. Portanto, o artigo 377 do Código Civil (BRASIL, 1916) fulminou a adoção, tornando-a ineficaz na hipótese o adotante vir a conceber um filho biológico posterior ao ato, o que dissolvia a relação parental entre adotante e adotado(a), fazendo-o voltar a família de origem.

Após essa iniciativa tem-se ainda a aprovação: em 1957, da Lei nº. 3.133; em 1965, da Lei nº. 4.655; e, em 1979, da Lei nº. 6.697, que estabeleceu o Código Brasileiro de Menores. Contudo, nessa época, a adoção continuava sendo estabelecida sob o enfoque do adotante que não podia ter filhos, ou seja, a adoção era praticada apenas por uma necessidade daqueles que não podiam procriar.

Devido às críticas realizadas ao antigo Código Civil, resultaram modificações no corpo legislativo do Código Civil de 1916, realizadas pela Lei n.º. 3.133 de 1957, as quais passaram a desempenhar um papel de grande importância ao transformar a adoção em um instituto filantrópico, de caráter humanitário, destinado não apenas a dar filhos a casais impossibilitados, mas também, a possibilitar que um maior número de menores desamparados, pudesse ter um novo lar (GONÇALVES, 2011, p. 339). A referida Lei passou a admitir a adoção por casais que já possuíssem filhos legítimos, ficando impossibilitada a cessação dos efeitos da relação. Todavia, a nova redação do artigo 377, a relação jurídica proveniente da adoção não envolvia a de sucessão hereditária, ou seja, não gerava efeitos sucessórios.

Para Silvio Venosa (2003, p. 320), “[...] a adoção do Código Civil (1916) realçava a natureza negocial do instituto, como contrato de Direito de Família, tendo em vista a singela solenidade da escritura pública que a lei exigia (art. 375)”. Para Carlos Roberto Gonçalves (2006, p. 329), no Código Civil (1916) era nítido o caráter contratual do instituto, pois se tratava de negócio jurídico bilateral e solene, uma vez que se realizava por escritura pública, mediante o consentimento das duas partes: se o adotado era maior e capaz, comparecia em pessoa; se incapaz, era representado pelo pai, ou tutor, ou curador. Apesar da grande evolução do instituto neste período, destaca-se que, o adotado não estava totalmente desvinculado aos pais legítimos, evidenciando também, a diferenciação que a Lei fazia entre filhos naturais e adotivos.

Com o intuito de atualizar a Lei n.º. 3.133/1957, que não destacou o princípio do menor abandonado, foi promulgada a Lei n.º. 4.655 de 1965, criando a legitimação adotiva que atribuía à condição de filho legítimo ao menor adotado, que se encontrava em situação irregular, sendo assim, passava a ter direitos de um filho natural.

Essa nova modalidade estabelecia o vínculo de parentesco entre adotante e adotado, entretanto, só era permitida a quem fosse legalmente casado, e era irrevogável (GIRARDI, 2005, p. 119). Assim, apesar de trazer características importantíssimas, a adoção nessa época ainda não tratava da sucessão hereditária, e criticava-se que seu processo possuía excesso de formalismo, não tendo muita aplicação prática. A questão do não direito aos efeitos sucessórios perdurou mesmo após a edição da Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77) que expressou a igualdade de direitos sucessórios entre filhos biológicos e filhos civis.

Em 1979, o Código de Menores, por meio da Lei nº. 6.697, revogou expressamente a Lei nº. 4.655/1965, da legitimação adotiva, substituindo-a pela “adoção plena”, praticamente com as mesmas características da Lei revogada e visava também, proporcionar a integração da criança ou adolescente adotado na família adotiva. Ressalta-se que pela primeira vez o instituto da adoção deixou de proteger os adotantes que não podiam ter filhos, voltando à preocupação aos adotados, tendo aqui, priorizado a verdadeira função da adoção.

Assim, além da adoção plena ser irrevogável, neste momento da evolução histórica, visou-se o princípio da proteção do menor, sendo criado o estágio de convivência e a intervenção do judiciário no processo de adoção.

Na sequência, pode-se dizer que o instituto da adoção atingiu seu ápice com o advento da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que igualou os direitos de todos os filhos no art. 227, § 6º, não recepcionando os arts. 377 e 1.605, § 2º do CC/1916. Acentua-se que, um dos grandes marcos da evolução legislativa do instituto da adoção, foi à igualdade de tratamento entre um filho biológico e um adotivo, proibindo qualquer tipo de discriminação à filiação adotiva.

Finalmente, com a entrada em vigor do Estatuto da Crian-

ça e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990), o instituto da adoção passou por nova regulamentação, trazendo como principal inovação a regra de que a adoção seria sempre plena. Além disso, a adoção passou a constituir-se por ato complexo<sup>92</sup> e a exigir sentença judicial (art. 47 do Estatuto da Criança e Adolescente). Segundo Silvio Venosa (2003, p. 320), a

[...] adoção no Estatuto da Criança e do Adolescente, não podemos considerar somente a existência de simples bilateralidade na manifestação de vontade, porque o Estado participa necessária e ativamente do ato, exigindo-se uma sentença judicial, tal como também faz o Código Civil de 2002. [...].

Com o advento do ECA, crescer em uma família passou a ser um direito da criança e do adolescente, especialmente na sua de origem, e caso isto não seja possível, em uma família substituta, conforme dispõe o artigo 19 do referido Estatuto. Salienta-se que, apesar do ECA ter trazido grandes evoluções para o instituto da adoção, o referido Estatuto ainda era criticado por deixar de regulamentar prazos e métodos, que tornariam o procedimento mais eficaz.

O Código Civil (BRASIL, 2002) veio trazendo previsões acerca da adoção, instituindo o sistema de *adoção plena*, porém seguindo os ditames estabelecidos pelo ECA, sendo obtida exclusivamente por meio de processo judicial. Destaca-se, ainda, que

---

92 Nesse sentido, Marco Aurélio Viana (1996, p. 76) afirma: “[...] em que pesem as divergências, adotamos a concepção daqueles que vêem no instituto um ato complexo, que se desenvolve em duas etapas, sendo que, na primeira, temos uma emissão volitiva, que não é bastante, e que se concretiza na segunda, quando, após processo regular, a pretensão é acolhida e o Juiz exara sentença constitutiva”. Na adoção regulada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente há exigência de várias declarações de vontade: a dos pais biológicos, a dos pais pretendentes à adoção, a da criança, se já tiver completado doze anos e finalmente a manifestação judicial, através de sentença (BRASIL, 1990, artigos 39 a 52). Verifica-se, assim, o misto do caráter contratual e de instituição de ordem pública do instituto.

este Código passou a regular a adoção dos maiores de 18 anos, no entanto, estabeleceu para este tipo de adoção, que seja aplicado as regras do ECA, sendo que os artigos 1.620 à 1.629 do CC de 2002, foram revogados pela Lei nº. 12.010/2009.

Na sequência e, após seis anos de tramitação, foi sancionada a "Lei Nacional de Adoção" (Lei nº. 12.010/2009), a qual foi apresentada em sua forma inicial pelo Projeto de Lei do deputado João Matos (PMDB/SC). Evidencia-se que uma das grandes evoluções trazidas por esta Lei, foi a preparação psicossocial e jurídica dos adotantes, bem como a adoção como medida excepcional e irrevogável.

Vanessa Perin (2011, *online*) refere que essa Lei é bem mais do que apenas uma "Lei Nacional de Adoção", é uma verdadeira "Lei da Convivência Familiar", que se constitui num poderoso instrumento para a garantia do efetivo exercício dos direitos das crianças e adolescentes brasileiros. A referida Lei foi criada também, para agilizar os processos de adoção no país, no entanto, acabou por transformar-se em medida excepcional, em que deve ser praticada, apenas quando preenchidos todos os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família biológica ou extensa.

Portanto, verifica-se que apesar da Lei nº. 12.010/2009 trazer grandes conquistas ao instituto da adoção, essas não foram suficientes para tornar o procedimento mais rápido e eficaz, pois acabaram por impor ainda mais entraves para sua efetivação.

## 2. A ADOÇÃO E SEUS ASPECTOS GERAIS

A trajetória normativa acerca do instituto da adoção ganhou espaço relevante no âmbito Privado por adentrar nos direitos personalíssimos, bem como no âmbito Público por ser um direito fundamental. A Constituição Federal (BRASIL, 1988) foi o documento de maior

importância para o instituto da filiação na medida em que igualou filhos legítimos e adotivos, atribuindo-lhes os mesmos direitos.

A construção de um conceito para a adoção, sua natureza jurídica, finalidade, abrangência e efeitos jurídicos permanece em constante evolução na legislação brasileira, pois inúmeros doutrinadores a definem de diferentes formas, uma vez que atribuem conceitos distintos para esse instituto no decorrer dos anos, não havendo um consenso na doutrina jurídica. Para a terminologia jurídica, a adoção seria um ato jurídico pelo qual uma pessoa torna ou aceita como filho uma outra (GATELLI, 2003, p. 26). Segundo Liberati (2003 p. 13), a origem da palavra adoção, “deriva do latim *adoptio*, que significa dar seu próprio nome a, pôr um nome em; tendo, em linguagem mais popular, o sentido de acolher alguém”.

Conforme análise do período histórico sobre a adoção, se pode afirmar que sua definição mudou, pois antes a prática deste instituto era visada somente para aqueles que não podiam ter filhos. Hoje, passou a ser um direito da criança ou adolescente que não tem mais a proteção familiar.

Diante de cada momento histórico da adoção, sua finalidade foi mudando. Na atualidade, a adoção deve garantir a proteção familiar àqueles que não a tem mais. Como caráter humanitário, este instituto tem como finalidade dar filhos àqueles a quem a natureza negou, assim como constituir um meio através do qual melhorasse a condição moral e material do adotado, tendo desta forma, uma finalidade humanitária e outra assistencial (ZALESKI, 2010).

Evidencia-se que o caráter humanitário refere-se a dar filhos para pessoas que não os pudessem ter, sendo que, a finalidade filantrópica, seria a prática da adoção para fins nobres, assistenciais, sendo este criticado por Liberati.<sup>93</sup>

---

93 “Não existe palavra mais hedionda, ou que produza efeitos mais danosos numa criança que o termo *assistencial*. Para os conhecedores da prática da

Diante disso, destaca-se que a finalidade do instituto da adoção alterou-se consideravelmente, sendo que nos dias atuais, a finalidade passou a ser a de atender aos interesses do adotado, que tem direito de viver em uma família.

A natureza jurídica da adoção, ainda envolve muita discussão e divergência por parte dos doutrinadores. Há duas correntes que discutem sobre a natureza jurídica deste instituto: a contratualista e a publicista.

A corrente publicista é a que prevaleceu com o advento do ECA, tendo a característica de instituição, realizada através de sentença judicial, constituindo um vínculo irrevogável de paternidade e filiação (SCRIVANI, 2006). Desta forma, verifica-se que a adoção é muito mais que um acordo de vontades, sendo que o mais importante nesse instituto será a relação sócio-afetiva entre adotante e adotado, para que os mesmos constituam uma verdadeira família.

Os requisitos abordados estão de acordo com a legislação em vigor, ou seja, o ECA, alterado pela Lei nº. 12.010/2009, e o Código Civil (BRASIL, 2002), sendo que esse quando não repete aquele, faz poucas alterações. Portanto, ressalta-se que uma adoção só será deferida, se o pretendente/adotante se encaixar nos requisitos estabelecidos pelo ECA, por isso, é possível mensurar a extrema importância direcionada aos mesmos, sendo que, os principais serão tratados nos subcapítulos a seguir.

O requisito da *idade* é de grande relevância, por ter previsão expressa no ECA, tanto para o adotante, quanto para o adotando, sendo nos artigos 42 e 40 do referido diploma, res-

---

adoção esta palavra tem significado pejorativo. Quem pensa em adotar para fazer ato benemérito ou filantrópico, ou que procura na adoção um meio de preencher o vazio da solidão do casal, ou porque um ou ambos são estéreis, ou para fazer companhia a outro filho, ou porque ficou com pena ou compaixão da criança abandonada, ou para dar continuidade à descendência ou aos negócios de família, ou por outros motivos desse naipe, está completamente alienado e aleijado do verdadeiro sentido da adoção” (2003, p. 20).

pectivamente. O adotante deve ser maior de dezoito anos, independentemente do estado civil ou por casal, sejam casados judicialmente ou ligados por união estável, desde que um deles tenha completado dezoito anos, comprovada a estabilidade familiar (art. 42 do ECA). Cabe ressaltar que para que a adoção tenha amparo no ECA, o adotando deve ter no máximo dezoito anos de idade, salvo se já estiverem sob a guarda ou tutela dos adotantes.

No que tange a diferença de idade mínima entre adotante e adotando, deve ser de dezesseis anos (art. 42, §3º do ECA), pois é imprescindível que o adotante seja mais velho que o adotando, a ponto de poder exercer satisfatoriamente o poder familiar. Assim, verifica-se que o requisito de idade para o adotante e o adotado, é de extrema importância, pois imita a diferença de idade entre pais e filhos, tornando o vínculo o mais natural possível.

Quanto ao *consentimento*, destaca-se que a adoção depende do consentimento dos pais biológicos ou do representante legal do adotando (art. 45 do ECA). Ainda, caso o adotando seja maior de doze anos, se faz necessário seu consentimento para que a adoção se concretize (art. 45, §2º do ECA).

No entanto, ensina Venosa (2003, p. 339) que, “a negativa do menor em ser adotado, por si só, não condiciona o juiz ao indeferimento do pedido, mas a adoção nestas circunstâncias deve ser cercada de maiores cuidados”. Outra observação acentuada se refere ao consentimento, o qual será dispensado em relação à criança ou adolescente, cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, de acordo com o artigo 45, §2º do ECA. Diante do exposto, é interessante ressaltar que o consentimento dos envolvidos no processo de adoção tem sua importância, porém, há vários outros requisitos a analisar, antes de efetivar a medida.

A adoção de menores requer o preenchimento de outro requisito: o *estágio de convivência*, a ser promovido obrigatoriamente (art. 46 do ECA), sendo que em relação ao prazo, é

a autoridade judiciária que irá fixar, observando as peculiaridades de cada caso. Afirma Lisboa (2002, p. 202) que “o estágio de convivência é o período de tempo em que a criança ou o adolescente permanecerá, a título provisório, com aquele que pretende adotá-la”. Portanto, a finalidade do estágio de convivência é ajudar na compatibilidade e aproximação entre o adotante e o adotando, e assim auxiliar na probabilidade de sucesso na adoção.

O *processo judicial* é requisito indispensável à concessão do instituto da adoção, pois este vínculo somente se constitui por meio da sentença judicial, conforme prevê o artigo 47 do ECA. Assim, com o trânsito em julgado da decisão constitutiva, considera-se efetivada a adoção, sendo que o adotando passa a ser filho do adotante para todos os efeitos.

Quanto ao requisito de *efetivo benefício para o adotando*, destaca-se que tange ao princípio do melhor interesse do menor, pois evidencia que, para que a adoção seja válida, deve estar fundamentada no efetivo benefício para o adotando. Consta no artigo 43 do ECA, que a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos. Desta forma, a adoção só deve ser deferida, se for um benefício ao adotando, o qual é principal parte desta relação. Se a mesma não seguir estas regras, deverá ser considerada inválida, por estar se desvinculando de um dos seus requisitos.

Conforme dispõe no ECA, a adoção é irrevogável. Sendo assim, nem com a morte do adotante ou do adotado se restabelece o vínculo originário com os pais biológicos. A repercussão da adoção gera *efeitos* de ordem pessoal que é referente ao parentesco, ao poder familiar e ao nome; e de ordem patrimonial, que é relativo aos direitos a alimentos e aos direitos de sucessão (MAIA, 2008). Como tratam-se de efeitos de grande relevância faz-se mister analisar os principais, conforme destacam-se a seguir.

Os efeitos de *ordem pessoal* são os referentes ao parentesco, ao poder familiar e ao nome do adotado, assim passam a expor. Quanto ao parentesco, prevê o artigo 41 do ECA: “A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

No que tange ao poder familiar, tem-se que com a efetivação da adoção, o adotado passa a ter todos os direitos de um filho biológico, da mesma forma, o direito ao poder familiar, passa dos pais biológicos aos pais adotivos.

Em relação ao nome, a sentença irá conferir ao adotado o nome do adotante, sendo que a pedido de qualquer um deles, poderá determinar a modificação do prenome. Desta forma, salienta-se a relevância dos efeitos de ordem pessoal, produzidos pela efetivação da adoção, que tentam imitar a todo caso, o vínculo natural de filiação.

Em contrapartida, tratam de efeitos de *ordem patrimonial*: a alimentação, e a sucessão, conforme passam a expor. No que diz respeito à alimentação, trata-se do dever do adotante de prestar alimentos ao adotado, e quando de maior, o dever do adotado de prestar alimentos ao adotante, pois se tornaram parentes.

Sobre o direito de sucessão, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é clara ao afirmar que os filhos, havidos por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, conforme o §6º do art. 227 da CF. Assim, foi possível verificar quais os efeitos de ordem patrimonial, que trazem a adoção, observando-se que, sempre se tenta imitar o vínculo natural de filiação entre adotado e o adotante.

Ao longo de seu desenvolvimento histórico e legislativo, foram surgindo algumas modalidades de adoção, algumas sendo

permitidas e legais; outras que geram discussões até hoje, e ainda uma que é tipificado como crime. Assim, algumas espécies de adoção merecem destaque maior, as quais serão tratadas nos próximos subcapítulos.

Na chamada *adoção à brasileira*, o adotante faz uma falsa declaração em um registro de nascimento, desta forma, registrando o filho de outra pessoa, como sendo seu. É uma conduta criminosa (art. 242 do Código Penal), pois a adoção é realizada sem o devido processo legal, requisito indispensável à efetivação da medida. Esta tentativa de se livrar do processo judicial, eliminando todas as etapas importantes e necessárias, pode ser o método mais simples de se chegar à adoção, mas pode se tornar a mais complicada.

A *adoção pronta ou direta* é aquela onde a mãe biológica escolhe para quem quer entregar seu filho, sendo que é aceita por alguns magistrados e repelida por outros, pois não está expressamente permitida ou proibida na legislação. Acentua-se que esta espécie de adoção é muito discutida, eis que é difícil de avaliar se a mãe biológica quer mesmo entregar seu filho, ou foi induzida a isto; bem como avaliar se os pretendentes estão preparados para tal medida. Assim, destaca-se que esta espécie de adoção é muito polêmica, já que a legislação em vigor não trata do assunto.

A *adoção tardia* refere-se à adoção de crianças maiores ou adolescentes, ou seja, uma espécie de adoção pouco praticada no Brasil, já que a maioria dos adotantes pretendem crianças recém-nascidas. Dessa forma, pode-se entender que, a adoção tardia é adotar uma criança ou adolescente que já esteja com mais idade, por isso, a expressão “tardia”. Porém, nestes casos, deve-se ter maior cuidado, já que geralmente, a criança com mais idade traz consigo histórias e vínculos, que podem abalar o seu psicológico.

A *adoção unilateral* é aquela espécie de adoção prevista no

artigo 41, §1º do ECA, qual seja, a realizada por cônjuge ou companheiro que adota o filho do outro. Destaca-se que esta espécie é uma exceção, no que tange a adoção realizada pelo Cadastro Nacional de Adoção – CNA, ou seja, para sua efetivação, não se faz necessário que o adotante esteja cadastrado previamente para tal medida (art. 50, §13, II do ECA). Portanto, trata-se de uma espécie de adoção solicitada pelo cônjuge ou companheiro do pai ou da mãe biológica do adotado, ou seja, rompe-se o vínculo com um dos pais, por isso, a denominação “unilateral”.

A *adoção internacional* é a adoção da criança ou adolescente, concedida ao adotante residente em outro país, que não seja o Brasil. Vale destacar, que segundo o ECA, o menor só será colocado para adoção internacional, se esgotada todas as possibilidades deste, ser adotado por alguém do país de origem.

Como se pode perceber, o instituto da adoção é extremamente importante em nosso ordenamento jurídico, uma vez que garante ao adotado(a) o direito de filiação e ao(s) adotante(s) a realização do projeto parental (maternidade e/ou paternidade), ambos previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988) como direitos fundamentais civis. Contudo, ainda não há consenso entre doutrinadores e magistrados acerca do conceito de adoção, sua natureza jurídica, finalidade, abrangência e efeitos jurídicos. Além disso, a tramitação desses processos é bastante demorada, tendo em visto todos os requisitos a serem cumpridos. Portanto, torna-se imprescindível a análise dos processos de adoção de crianças e adolescentes sob o aspecto do andamento processual, já que a demora em efetivar uma adoção continua bastante criticada e discutida pelos envolvidos, bem como pelo meio jurídico. Assim sendo, é importante que se busquem soluções para tornar célere esse procedimento, viabilizando a regularização da filiação para crianças e pais.

### 3. A ANÁLISE DA MOROSIDADE PROCESSUAL DO INSTITUTO DA ADOÇÃO COM ÊNFASE NA COMARCA DE JOINVILLE

A tramitação regular de qualquer processo, em regra, é bastante demorada. A formalidade inerente ao meio jurídico, geralmente, é tida como entrave para tornar célere os processos jurídicos. Isso também ocorre no caso da adoção. Todavia, há quem pense que é realmente necessária toda essa formalidade, o que resulta na morosidade que o processo apresenta, por se tratar de um procedimento muito complexo e delicado. Outro fator a ser verificado é o grande número de pessoas interessadas nesse procedimento da ação. Os dados demonstram que existem muitas crianças e adolescentes a serem adotadas, assim como pessoas dispostas a adotar. Contudo, ainda são encontradas outras situações que acabam por não concretizar as adoções no país.

No Brasil, conforme último balanço, que foi efetuado em 2011 do CNA, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o número de crianças aptas a serem adotadas chega a 4.856 (quatro mil, oitocentos e cinquenta e seis crianças). Segundo o CNJ, existem 25 mil casais pretendentes à adoção, sendo que 80% destes, querem bebês de até 3 (três) anos de idade. Sendo que somente 7% das crianças estão nessa faixa etária (UMA DAS FORMAS DE PRATICAR O AMOR INCONDICIONAL, 2012, *online*).

Dessa forma, pode-se observar que a demora no procedimento de adoção, ou seja, a morosidade que há, desde o momento que o pretendente se inscreve no CNA até a adoção estar efetivada, se dá principalmente pela exigência do perfil escolhido pelos adotantes, pois a maioria deseja o mesmo perfil. No entanto, esta demora pode decorrer de outros fatores, como por exemplo, a troca de Juízes que ocorreu na comarca de Joinville no ano de 2011, o que retardou ainda mais a concretização do instituto em questão.

Uma das críticas feitas ao processo de adoção é que seu *procedimento* é muito demorado e burocrático, no entanto, há aqueles que dizem ser necessária tal morosidade, por se tratar de um processo delicado. Acentua-se que é necessário que o interessado passe por algumas etapas, para então ter a certeza que se está preparado para adotar uma criança ou adolescente, pois a adoção é vista sob o aspecto do adotado e não do adotante. Dessa forma, JUSTE refere que “os pais precisam ficar atentos e pensar bem no porquê querem adotar. A criança tem o direito a uma família, não são os pais que têm direito a filhos. Uma adoção não vai resolver a situação de um casal com problemas conjugais, por exemplo” (2009, *online*).

Assim, verifica-se que o processo para adotar, vai muito além de ter muita paciência, é preciso entender que nesta relação, o mais importante é o adotado, que espera por uma nova família.

O primeiro passo para quem quer adotar é solicitar a inscrição no *cadastro* de pretendentes à adoção, que deve ser feita no Fórum da cidade ou da comarca da residência dos interessados, por meio de um requerimento dirigido ao Juiz da Infância e da Juventude com documentos pessoais. Assim, Juste coloca que é preciso procurar a Vara de Infância e Juventude mais próxima de sua casa e, então entrar com o pedido de adoção. Verifica-se que este primeiro passo não é o suficiente para que o pretendente adote uma criança ou adolescente, pois muitos estão despreparados e não entendem qual o verdadeiro significado da adoção, querendo somente o seu bem, e deixando em segundo plano, os interesses do adotado.

No segundo passo, os interessados passam por um *Estudo Social e Avaliação Psicológica*, os quais são realizados por técnicos do Tribunal de Justiça, conforme prevê o artigo 50, §1º do ECA. Evidencia-se que, por meio deste estudo social e avaliação psicológica é possível verificar se o interessado está preparado

para adotar uma criança ou adolescente, bem como detectar aspectos que poderão interferir no processo de adoção.

No terceiro passo, os interessados passam por um *Curso para Pretendentes à Adoção*, o qual será de no mínimo 10 (dez) horas, conforme prevê o artigo 50, §3º e artigo 197-C, §1º do ECA, incluídos pela Lei nº. 12.010. Verifica-se que este Curso, tem como objetivo tratar dos vários aspectos que envolvem a adoção, fazendo uma *preparação psicossocial* nos pretendentes, esclarecendo dúvidas e ditando os deveres quanto ao referido instituto. Verifica-se que este Curso é essencial para que o interessado em adotar entenda o verdadeiro significado da adoção, bem como prestar esclarecimento quanto aos seus deveres quando da efetivação do instituto.

Após a preparação psicossocial, é elaborado um parecer técnico sobre as condições da futura família, sendo depois encaminhado ao Ministério Público, que analisará o caso e fará o seu próprio parecer. Depois, o processo todo é encaminhado ao juiz da Vara (JUSTE, 2009, *online*), que homologará, se verificar que o interessado está habilitado para adotar. É neste passo, que o Juiz irá verificar se realmente o adotante está apto à adoção, sendo assim, é inserido aos dois sistemas de cadastros existentes, o Cadastro Único Informatizado de Adoções e Abrigos – CUIDA, que é estadual, e o Cadastro Nacional de Adoções – CNA, que é nacional.

Portanto, com a homologação do juiz, a qual demonstra que o interessado está apto para adotar, há a *inclusão dos dados do pretendente no CUIDA*. Esses dados migram automaticamente para o CNA. Verifica-se que o CUIDA e o CNA foram criados para auxiliar os juízes das Varas da Infância e da Juventude nos procedimentos de adoção, facilitando e agilizando o processo, por meio da unificação dos dados dos pretendentes a adotar.

Depois de seguidos todos os trâmites, e passado o estágio de convivência, o Juiz irá verificar se realmente a adoção poderá ser

formalizada, sendo assim, irá *sentenciar*. Assim, com a autorização do Juiz da Vara da Infância e Juventude, o primeiro pretendente da lista é consultado pelo assistente social/psicólogo do fórum. Realizada a aproximação do pretendente com a criança, a adoção será iniciada, sendo que o pretendente assina um requerimento (pedido de adoção) que é encaminhado ao Juiz (LIMA, 2012). Evidencia-se que após a sentença de adoção, não há como o adotante voltar atrás, caracterizando o seu efeito irrevogável, e passando o adotado a ter todos os direitos de um filho biológico.

No processo de adoção, o fator mais criticado que se considera um grande contribuinte para a demora no procedimento do instituto em questão, é em relação à *exigência dos adotantes*, ou seja, quanto à escolha do perfil da criança ou adolescente que pretende adotar.

De acordo com a recente pesquisa realizada, há hoje cerca de 370 pretendentes habilitados no CUIDA da Comarca de Joinville, sendo que destes, 359 aceitam crianças brancas; 101 amarelas; 99 indígenas; 101 negras; e 138 pardas. No que tange à idade escolhida consta: 223 pretendentes requerem crianças com até 1 ano; 194, de 1 a 2 anos; 154, de 2 a 3 anos; 103, de 3 a 4 anos; 64 de 4 a 5 anos; 31 de 5 a 6 anos; 13 de 6 a 7 anos; 5, de 7 a 8 anos; 4, de 8 a 9 anos; 4, de 9 a 10 anos; 1, de 10 a 11 anos; e 1, de 11 a 12 anos (KRUEGER, 2012).

Portanto, a grande maioria dos pretendentes da Cidade de Joinville, aceitam crianças de 0 a 3 anos, sendo que, conforme fica maior a idade da criança, menos pretendentes existem. Ainda, destaca-se que nesta cidade, não há nenhum pretendente que aceita criança ou adolescente de 12 a 18 anos de idade.

Ressalta-se, portanto, que a exigência dos adotantes quanto ao perfil escolhido, é o maior e mais criticado fator da morosidade no processo de adoção, pois se verifica que, há muitas crianças aptas para adoção nas instituições de acolhimento, assim como

há muitos adotantes aptos aguardando na fila do CNA, todavia, estes não aceitam aquelas, pois não estão no perfil escolhido, o que contribui para a demora no procedimento da adoção.

Muitos mitos e preconceitos podem ser verificados nos pretendentes à adoção, os quais resultam no perfil mais escolhido pelos adotantes, quais sejam: a maioria quer adotar apenas uma criança; recém-nascido, ou crianças com até 2 anos; branco; e do sexo feminino.

Salienta-se que, há um mito de que as meninas dão menos trabalho, e que os recém-nascidos não têm passado<sup>94</sup>, os quais não procedem, pois eventuais problemas de relacionamento entre adotantes e adotado são comuns de acontecer, assim como pode ocorrer com os filhos naturais. Assim, precisa-se entender que adotar não é escolher a criança, e sim decidir pela sua adoção, incorporando-a como filho natural, para o resto da vida, independente de qualquer coisa.

*A destituição do poder familiar* é a perda do direito sobre o filho, sendo que sua extinção ocorre por uma das situações expostas no artigo 1.635 do CC, sendo por ato judicial, pelos motivos arrolados no artigo 1.638 do mesmo diploma legal.

Ainda, no que tange a destituição do poder familiar, cabe destacar o previsto no artigo 39, §1º do ECA, ou seja, a criança ou adolescente só estará disponível para a adoção, se esgotados todos os meios dela se manter na família natural. Assim, caso esgotado todos os meios, a família natural perde o poder familiar, e a

---

94 O desembargador Antonio Carlos Malheiros, titular da Coordenadoria da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “explica que há uma crença de que as meninas dão menos trabalho, e que recém-nascidos não têm passado, o que evitaria problemas. No caso de irmãos, a lei pede empenho em mantê-los juntos, mas quando as condições econômicas impedem que o adotante fique com mais de uma criança, ele deve se comprometer a fazer com que seu filho visite os irmãos para manter o vínculo da família biológica (KOCHEN, *online*).

criança ou adolescente poderá estar apto para adoção.

Portanto, verifica-se que a destituição do poder familiar pode ser também, considerada um dos fatores que prejudicam a agilidade no procedimento da adoção, pois as tentativas de manutenção na família biológica geralmente demoram muito, levando as crianças a crescerem nos abrigos, ficando lá na maioria das vezes “pra sempre”, eis que não se enquadram no padrão escolhido pelos adotantes.

Outro fator que acarreta a demora no processo da adoção é o alto índice de “*devoluções*” de adotandos, pois, por se tratar de um assunto delicado, é necessário verificar de todas as formas, se os adotantes estão realmente aptos para adoção, assim evitando que a criança ou adolescente, sofra com o trauma de ser devolvido.

Na Comarca de Joinville, no ano passado, 2011, não houve casos registrados de devoluções, porém, em 2010, foram registradas 3 (três); em 2009, não houve nenhum registro também; no entanto, em 2008, foram 6 (seis) devoluções. Em primeiro momento, acredita-se serem poucos casos, mas já se pode considerar alto índice, pelo número de adoções que são efetivamente realizadas (KRUEGER, 2012).

Krueger (2012) ressalta que, os adotantes têm certa expectativa quanto à criança ou adolescente que vai adotar, e quando isto não é correspondido, acham que podem devolvê-la ao Estado, no entanto, não pensam na expectativa da criança que está sendo adotada, pois ela é a que mais sofre nesta história.

Assim, apesar de todos os procedimentos necessários para avaliar a aptidão dos adotantes, ainda assim, há muitos casos em que ocorrem à devolução de adotandos, portanto, os psicólogos, técnicos judiciários, Juizes e Promotores estão cada vez mais exigentes para considerar um pretendente apto para adotar e deferir a adoção.

O CNA foi criado em 2008 pelo CNJ, sendo unificada todas as informações de crianças e adolescentes que estão aptos para adoção, facilitando o encontro do perfil escolhido pelo adotante, tendo assim o adotado mais chances de encontrar uma família, e igualando todos os pretendentes do país, estando todos na mesma lista, e na ordem, de acordo com a homologação de aptidão à adoção.

Conforme pesquisa na Comarca de Joinville, Krueger (2012) afirma que a única crítica feita ao referido Cadastro, se trata do seu sistema operacional, ao qual poderia ser mais prático, no entanto, no que tange ao seu objetivo, não há críticas a fazer, pois trouxe somente bons resultados, e principalmente, a segurança para os adotantes que estão na aguardando na “fila”.

Portanto, o CNA trouxe a unificação das informações do perfil das crianças e adolescentes aptos para adoção, agilizando o encontro delas com uma família, bem como a segurança para os pretendentes inscritos, pois o CNA segue uma ordem.

Todavia, há que se ressaltar que na Comarca de Joinville, um pretendente que se inscreve neste ano de 2012 no CNA, e segue a preferência do perfil escolhido pela maioria, ou seja, um bebê recém-nascido, só conseguirá este perfil no ano de 2018 (JOESTING, 2012).

Dessa forma, pode-se perceber que apesar de contribuir para encontrar o perfil escolhido pelo pretendente em todo o país, o CNA não irá mudar a preferência dos adotantes, ou a sistemática que envolve os processos de adoção, deixando as instituições de acolhimento ainda cheias de crianças e adolescentes que passaram da idade, e ficam na esperança de ter uma família.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os avanços e transformações ocorridos no campo privado trouxeram significativas evoluções para essa área, especialmente, no instituto da adoção, pois como se verificou o objetivo primordial da adoção foi alterado com o passar do tempo, passando a ser um ato jurídico solene irrevogável, que atribui ao adotado(a) à condição de filho(a) natural, para todos os efeitos.

Na antiguidade, a adoção tinha o objetivo principal de dar um filho a quem a natureza negou, sendo, portanto, concedida por meio de uma necessidade ou impossibilidade do casal, que tinha o objetivo de assegurar a transmissão de seu nome, a perpetuidade da família e a continuação do culto doméstico. Ao passo que, hoje, prevalece o interesse do menor, pois crescer em uma família passou a ser um direito da criança e do adolescente, ou seja, um direito personalíssimo e, principalmente, um direito fundamental civil. Além disso, a adoção passou a ser plena e obtida exclusivamente por meio de processo judicial. Também, houve a regulamentação da adoção dos maiores de 18 anos, bem como a promulgação da “Lei Nacional de Adoção” (Lei nº. 12.010/2009) que estabeleceu a preparação psicossocial e jurídica dos adotantes. Contudo, todas essas transformações evidenciaram uma demora preocupante acerca da tramitação dos processos relativos à adoção.

Assim, tentando obter informações a respeito da demora no processo de adoção, foram feitas pesquisas de dados e informações, fornecidos pelos Assistentes Sociais e o Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude da comarca de Joinville, os quais acentuaram que o processo de adoção em si, não é moroso, a demora se dá por vários outros fatores.

Dessa forma, a morosidade do processo de adoção não se refere apenas ao judiciário, ou aos técnicos jurídicos que auxiliam no procedimento para concessão do referido instituto,

mas muitas vezes, pela exigência dos próprios pretendentes à adoção; os mitos e preconceitos com relação ao instituto; a demora na destituição do poder familiar; e o alto índice de devolução de adotados, seja no estágio de convivência, ou até após a formalização da adoção, sendo possível neste caso, a destituição do poder familiar.

Assim, verifica-se que, há de um lado, a necessidade da proteção do menor, garantindo que este será bem recebido, sendo neste caso, justificado a demora dos atos processuais e suas exigências. Por outro lado, há a necessidade de urgência para colocação da criança/adolescente em uma família, sendo que, enquanto os anos passam e o processo não é concluído, elas vão crescendo, passando do perfil exigido pela maioria dos adotantes.

Finalmente, compreende-se que a adoção não pode ser concedida a qualquer pessoa que pretende adotar, pois é necessário que esta esteja apta, todavia, este não deve ser um obstáculo para desmotivar ou dificultar o desejo de adotar. Por isso, salienta-se que, adotar é um ato de coragem, amor, responsabilidade e muita paciência, eis que a vontade não é suficiente para se ter a guarda de uma criança ou adolescente.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADOÇÃO. Disponível em: <[http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito\\_civil/adocao.html](http://www.centraljuridica.com/doutrina/137/direito_civil/adocao.html)>. Acesso em: 18 abr. 2012.

ADOÇÃO PASSO A PASSO. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/infancia/arquivos/adocapassoapasso.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

ALBERGARIA, Jason. **Adoção simples e adoção plena**. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

ALVIM, Eduardo Freitas. **A evolução histórica do instituto da adoção**. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/A%20Evolucao%20historica%20do%20instituto.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2011.

AMOR, Laços de. **Cadastro único facilita processo de adoção em SC**. Disponível em: <<http://www.portaladocao.com.br/2011/06/cadastro-unico-facilita-processo-de-adocao-em-sc/>>. Acesso em: 19 maio 2012.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Lei n.º. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 maio 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei n.º. 3.071 de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BRASIL. **Código de Menores**. Lei n.º. 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)>. Acesso em: 27 de nov. 2011.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n.º. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º. 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei n.º. 3.133 de 8 de maio de 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l3133.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3133.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº. 4.655 de 2 de junho de 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/14655.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14655.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2011.

BRASIL. Lei nº. 12.010 de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nº8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2011.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; LIEDKE, Mônica Souza. Reprodução humana assistida: repercussões no campo de direito de família e nos direitos de personalidade. In:

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org). **Direito das famílias:** por juristas brasileiras. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 365-368.

BOCHNIA, Simone Franzoni. **Da adoção:** categorias, paradigmas e práticas do direito de família. 2008. 222 f. Dissertação (Mestrado em Interinstitucional nas Áreas de Concentração de Direitos Humanos e Democracia) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, 2008.

CASAL DEVE PAGAR R\$80 MIL E PEDE GUARDA APÓS DESISTIR DE UM DOS FILHOS. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2011/09/casal-tenta-devolver-um-dos-filhos-adotivos-seis-anos-depois-em-sc.html>>. Acesso em: 25 maio 2012.

CHAVES, Antônio. **Adoção.** Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

COELHO. Bruna Fernandes. **Adoção a luz do código civil de 1916.** Disponível em: <[http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=17617\\_Bruna\\_Coelho&ver=845](http://www.conteudojuridico.com.br/?colunas&colunista=17617_Bruna_Coelho&ver=845)>. Acesso em: 17 nov. 2011.

CRUZ, Deisi Angela Moy da. **Aspectos relevantes da adoção e o cadastro informatizado no direito brasileiro**. 2009. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade da Região de Joinville, Joinville.

CZAPSKI, Aurélia Lizete de Barros; ELIAS, Roberto João. **Manual prático da adoção**. São Paulo: Saraiva, 1988.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. **Adolescente em conflito com a lei...e a realidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIAS, Valéria. **Fatores de risco podem levar à devolução de crianças adotadas**. Disponível em: <<http://aneveiga.e-familyblog.com/note/36526>>. Acesso em: 25 maio 2012.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves considerações sobre a nova lei de adoção**. Disponível em: <<http://www.crianca.caop.mp.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>>. Acesso em: 17 maio 2012.

DONADELLO, Ítalo Martins. **Adoção: razões históricas e eficácia das mudanças ocorridas com a Lei nº. 12.010/2009**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/adocao-razoes-historicas-e-eficacia-das-mudancas-ocorridas-com-a-lei-n-12-010-2009/84674/>>. Acesso em: 2 maio 2012.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Vanderlei Vitti. **Adoção homoparental**. 2008. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdade Norte Paranaense, Londrina.

FIGUEIREDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção Internacional, a convenção de Haia e a normativa brasileira: uniformização de procedimentos**. Curitiba: Juruá, 2002.

FISCHER, Ricardo. **Por que a adoção demora tanto no Brasil**. Disponível em: <<http://www.filhosadotivosdobrasil.com.br/artigo-06.htm>>. Acesso em: 20 maio 2012.

FRANÇA, Luiz de. **Adoção**. Disponível em: <[http://veja.abril.com.br/especiais\\_online/adocao/abre.html](http://veja.abril.com.br/especiais_online/adocao/abre.html)>. Acesso em: 25 maio 2012.

GATELLI, João Delciomar. **Adoção internacional**. Curitiba: Juruá, 2003.

GIRARDI, Viviane. **Famílias contemporâneas, filiação e afeto**: a possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Júlio César. **Adoção intuitu personae e o princípio do melhor interesse do menor**. Disponível em: <<http://www.juristas.com.br/informacao/artigos/adocao-intuitu-personae-e-o-principio-do-melhor-interesse-do-menor/882/>>. Acesso em: 17 maio 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção**: doutrina e prática. Curitiba: Juruá, 2003.

GRISARD FILHO, Waldir. **Será verdadeiramente plena a adoção unilateral**. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GRUPO DE APOIO À ADOÇÃO. **Adoção**. Disponível em: <<http://www.grudaa.org.br/12.html>>. Acesso em: 17 maio 2012.

GUIMARÃES, Rachel Ghisi. **Fatores da morosidade dos processos de adoção no Brasil**. 2008. 83 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão.

JOESTING, Sergio Ricardo. **Sergio Ricardo Joesting**: depoimento [maio 2012]. Entrevistadora: J. H. Murakami. Joinville: 4ª Promotoria de Justiça, 2012.

JUSTE, Marília. **Saiba quais são as etapas e exigências para adotar uma criança.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Sites/Especiais/Noticias/0,,MUL1336568-17397,00-SAIBA+QUAIS+SAO+AS+ETAPAS+E+EXIGENCIAS+PARA+ADOTAR+UM+A+CRIANCA.html>>. Acesso em: 17 maio 2012.

KOCHEN, Sílvia. **Para adotar é preciso amar.** Disponível em: <[http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas\\_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao\\_Id=421&Artigo\\_ID=6433&IDCategoria=7431&refty=1&BreadCrumb=1](http://www.sescsp.org.br/sesc/revistas_sesc/pb/artigo.cfm?Edicao_Id=421&Artigo_ID=6433&IDCategoria=7431&refty=1&BreadCrumb=1)>. Acesso em: 20 maio 2012.

KRUEGER, Olindina Maria da Silva. **Olindina Maria da Silva Krueger:** depoimento [maio 2012]. Entrevistadora: J. H. Murakami. Joinville: Setor Psicossocial da Vara da Infância e Juventude, 2012.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção internacional:** doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LIMA, P. S. **Procedimentos para a habilitação dos pretendentes à adoção.** [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por <harumijessika@gmail.com> em 12 maio 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil:** direito de família e das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade.** Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, ano 49, n. 284, jun. 2001.

LOBO. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética:** uma distinção necessária. R.CEJ.Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. **Código civil comentado:** direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial. São Paulo: Atlas, 2003.

LOFUTO, Maria Alice Zaratín. **Curso avançado de direito civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAGALHÃES, Rui Ribeiro. **Instituição do direito de família.** São Paulo: do Direito, 2000.

MAIA, Priscilla da. **A possibilidade jurídica de adoção por casais com relação homoafetiva.** 2008. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade da Região de Joinville, Joinville.

MARINO, Aline Marques. **Adoção de maiores:** considerações jurídicas, psicológicas e análise de caso. Disponível em: <[http://www.direitounisal.com.br/Direito\\_Lorena/Revista\\_Juridica\\_On-line\\_8ed\\_files/8ed07.pdf](http://www.direitounisal.com.br/Direito_Lorena/Revista_Juridica_On-line_8ed_files/8ed07.pdf)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Direitos da criança e adoção internacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTEIRO, Edilma. **Regime de adoção internacional no Brasil e na Argentina.** Disponível em: <[http://www.fabelnet.com.br/unempe/ver\\_artigo.php?artigo\\_id=4448](http://www.fabelnet.com.br/unempe/ver_artigo.php?artigo_id=4448)>. Acesso em: 18 nov. 2011.

MORAES, Rosalina Rocha Araújo. **Adoção no Brasil.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/sociologia/adocao-no-brasil/>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

NASCIMENTO, Vera Helena Vianna do. **O que é adoção.** Disponível em: <<http://guiadobebe.uol.com.br/o-que-e-adocao/>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da criança e do adolescente comentado:** Lei n.º. 8069, de 13 de Julho de 1990. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Rosângela. **Exigências afastam pais da adoção.** Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/mundo/news/243039/>>. Acesso em: 20 maio 2012.

OST, Stelamaris. **Adoção no contesto social brasileiro.** Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5881](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5881)>. Acesso em 15 abr. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e dignidade humana**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2006.

PEREIRA, Stephanie. **A adoção no Brasil**. Disponível em: <[http://www.cotidiano.ufsc.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=749:adocao&catid=42:reportagem&Itemid=62](http://www.cotidiano.ufsc.br/index.php?option=com_content&view=article&id=749:adocao&catid=42:reportagem&Itemid=62)>. Acesso em: 19 maio 2012.

PERIN, Vanessa. **A nova lei de adoção**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-nova-lei-de-adocao/65633/>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

PICOLIN, Gustavo Rodrigo. **A adoção e seus aspectos**. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=128](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128)>. Acesso em: 17 nov. 2011.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. **Da adoção internacional**. Disponível em <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

PINTO, Flavia Ferreira. **Adoção por homossexuais**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2669>>. Acesso em: 11 abr. 2012.

PRADO, Mariana Rodrigues. **O processo de adoção no Brasil**. 2006. 92 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente.

RIBEIRO, Emmanuel Pedro S. G. **Adoção**: uma introdução ao seu estudo histórico. Disponível em: <[http://www.datavenia.net/artigos/Diretio\\_Infancia\\_Juventude/adocao.html](http://www.datavenia.net/artigos/Diretio_Infancia_Juventude/adocao.html)>. Acesso em: 11 abr. 2012.

RIBEIRO JUNIOR, Paulo Josino do Amaral. **Adoção**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAPCUAB/adocao>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

RIZZINI, Irene; NAIFF, Luciene; BAPTISTA, Rachel. **Acolhendo crianças e adolescentes**: experiências de promoção do direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Comentários ao Código Civil: direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2005.

SCHREINER, Gabriela. **Por uma cultura da adoção para a criança.** São Paulo: Consciência Social, 2004.

SCRIVANI, Viviane. **Adoção internacional no sistema brasileiro.** 2006. 104 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo.

SILVA JÚNIOR, Enézio de Deus. **A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Aplicação da psicologia nas questões judiciais.** Disponível em: <<http://www.coladaweb.com/direito/aplicacao-da-psicologia-nas-questoes-judiciais>>. Acesso em: 19 maio 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2005.

SZINICK, Valdir. **Adoção: direito de família, guarda de menores, tutela, pátrio poder, adoção internacional.** 3. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1999.

TAVARES, Lílian Flávia. **Entendendo a adoção.** Disponível em: <<http://liliantavares.tripod.com/entendendo%20a%20adocao.htm>>. Acesso em: 18 abr. 2012.

TENTERRARA, Lustato. **Adoção de crianças no Brasil.** Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/mensagensdeamor/517446>>. Acesso em: 17 maio 2012.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TINTI, Simone. **A devolução de crianças adotadas.** Disponível em: <<http://revistacrescer.globo.com/Revista/Crescer/0,,EMI11532-10514,00.html>>. Acesso em: 25 maio 2012.

UMA DAS FORMAS DE PRATICAR O AMOR INCONDICIONAL.  
Disponível em: <<http://www.cruzeirodosul.inf.br/acessarmateria.jsf?id=386852>>. Acesso em: 17 maio 2012.

VALIKO, Fábila Andréa Bevilaqua. **Adoção à luz do estatuto da criança e do adolescente e do novo Código Civil.**  
Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/fabiaandreabevilaquavaleiko/adocao.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Da guarda, da tutela e da adoção:** no Estatuto da Criança e do Adolescente. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WALD, Arnold. **O novo direito de família.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

WEBBER, Sonia Inez Eyng. **A eficácia do processo de adoção internacional.** 2003. 53 f. Monografia (Pós-graduação em Preparação para a Magistratura) – Faculdade de Direito, Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma.

ZALESKI, Jair. **A adoção no Brasil:** evolução do instituto até a lei nº. 12.010, de 03 de agosto de 2010. 97 f. Monografia (Pós-graduação em Direito Processual Civil) – Faculdade de Direito, Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina, São Bento do Sul.

# OS ENTRAVES DO ACESSO À JUSTIÇA NA ASSESSORIA JURÍDICA DAS MANIFESTAÇÕES DE 2013 NO RIO DE JANEIRO<sup>95</sup>

LUIZ OTÁVIO RIBAS<sup>96</sup>

GÉSSICA OLIVEIRA<sup>97</sup>

ALINE HAMDAN<sup>98</sup>

**RESUMO:** O TEMA TRATA DOS ENTRAVES DE ACESSO À JUSTIÇA NAS MANIFESTAÇÕES DE 2013 NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO. O OBJETIVO É APRESENTAR PARTE DOS RESULTADOS DA PESQUISA DO GRUPO DE ESTUDOS E PRÁTICAS EM ADVOCACIA POPULAR (GEAP MIGUEL PRESSBURGUER). COM BASE NO ESTUDO DE CASO N.3 “OS USOS DO DIREITO E AS AÇÕES DO ESTADO NO TRATAMENTO DAS MANIFESTAÇÕES DE RUA” PRETENDE-SE APROFUNDAR AGORA OS ENTRAVES DO ACESSO À JUSTIÇA. POR UM LADO, PERCEBEU-SE QUE AS AÇÕES

---

95 Neste artigo é apresentada parte das conclusões do Relatório de Pesquisa-ação do GEAP Miguel Pressburguer, sobre o “Estudo de caso 3: Os usos do Direito e as ações do Estado no tratamento das manifestações de rua na cidade do Rio de Janeiro, jun.-nov. 2013”. Aquele foi confeccionado por Aline Hamdan, Diogo Justino, Gêssica dos Santos Oliveira, Luis Antonio Fasson de Oliveira e Silva, Luiz Otávio Ribas e Maira Neurauter.

96 professorluizribas@gmail.com, professor substituto da UFRJ, doutor em filosofia e teoria do direito pela UERJ.

97 gessicapopy@hotmail.com, mestranda em sociologia e direito na UFF, graduada em direito pela UERJ

98 alinehamdan@gmail.com, mestranda em filosofia e teoria do direito na UERJ, graduada em direito pela UERJ

DO PODER PÚBLICO (LEGISLATIVO, EXECUTIVO E JUDICIÁRIO) FORAM NO SENTIDO DE COIBIR OS PROTESTOS. POR OUTRO, CONSTATOU-SE EXPRESSIVA PARTICIPAÇÃO DOS ADVOGADOS PARA VIABILIZAR O ACESSO À JUSTIÇA. A METODOLOGIA UTILIZADA FOI DA PESQUISA-AÇÃO, COM A TÉCNICA DE ESTUDO DE CASO. A CONCLUSÃO É QUE HOVE UMA SÉRIE DE AÇÕES EMPREENDIDAS PELAS AGÊNCIAS ESTATAIS, COMO O USO DA LEI DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, QUE FORAM UM GRAVE ENTRADE À PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL JUSTA.

**PALAVRAS-CHAVE:** SOCIOLOGIA JURÍDICA; ACESSO À JUSTIÇA; MANIFESTAÇÕES; PROCESSO PENAL.

**ABSTRACT:** THE THEME DEALS WITH THE OBSTACLES TO ACCESS TO JUSTICE IN THE PROTESTS OF 2013 IN THE CITY OF RIO DE JANEIRO. THE OBJECTIVE IS TO PRESENT PART OF THE RESEARCH RESULTS OF THE GROUP OF STUDIES AND PRACTICES IN POPULAR ADVOCACY (GEAP MIGUEL PRESSBURGUER). BASED ON CASE STUDY N.3 "THE USES OF LAW AND STATE ACTIONS IN THE TREATMENT OF STREET PROTESTS" IS INTENDED TO DEEPEN THE BARRIERS TO ACCESS TO JUSTICE. ON THE ONE HAND, IT WAS PERCEIVED THAT THE ACTIONS OF THE STATE (LEGISLATIVE, EXECUTIVE AND JUDICIARY) WERE IN THE SENSE OF CURBING THE PROTESTS. ON THE OTHER HAND, THERE WAS A SIGNIFICANT PARTICIPATION OF LAWYERS IN ORDER TO FACILITATE ACCESS TO JUSTICE. THE METHODOLOGY USED WAS ACTION RESEARCH, WITH THE CASE STUDY TECHNIQUE. THE CONCLUSION IS THAT THERE HAVE BEEN A NUMBER OF ACTIONS TAKEN BY STATE AGENCIES, SUCH AS THE USE OF THE LAW OF CRIMINAL ORGANIZATIONS, WHICH WERE A SERIOUS DAMAGE TO FAIR JURISDICCIONAL PROVISION.

**KEYWORDS:** SOCIOLOGY OF LAW; ACCESS TO JUSTICE; PROTESTS; CRIMINAL LAW.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho apresentará parte dos resultados da pesquisa do Grupo de Estudos e Práticas em Advocacia Popular Miguel Pressburguer, vinculado ao Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular Luiza Mahin da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e que tem por objetivo a investigação científica para a resolução de problemas profissionais da advocacia popular, sobretudo por meio de pesquisa ação a partir de estudos de caso.

A discussão sobre o acesso à Justiça nas manifestações adquire especial relevo na conjuntura das jornadas de junho de 2013, quando emergiram protestos espontâneos e populares, verdadeiramente democráticos. Iniciaram por meio de uma insatisfação com o aumento das tarifas de ônibus, se espalhando pelas cidades e evoluindo para a luta pela efetivação de direitos e pela contestação da atual configuração de Estado.

Parte-se da concepção de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) de que o acesso à Justiça deve ser visto como uma nova forma de conceber o Direito a partir de uma perspectiva baseada na igualdade de direitos, na solidariedade coletiva e na democracia. Entende-se formalmente justiça como a perfeita prestação jurisdicional, inclusive em relação ao processo penal. Outros autores, como David Harvey e outros, na obra *Cidades rebeldes* (2013), entendem que as jornadas de junho representaram uma reivindicação de um novo modelo de cidade.

O tema geral do atual estudo de caso trata “Os usos do Direito e as ações do Estado no tratamento das manifestações de rua na cidade do Rio de Janeiro – jun.-nov. 2013”. As perguntas que orientam a pesquisa-ação foi uma exploratória: “quais os usos do Direito e ações do Estado no tratamento das manifestações de rua na cidade do Rio de Janeiro?”; e uma problematizadora “como a advocacia pode se posicionar frente a um quadro

de efetivação de direitos e contestação do Estado?”.

A técnica principal é do estudo de caso, uma “investigação empírica que investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes” (YIN, 2010, p. 39).

A metodologia desenvolvida no estudo abrangeu pesquisa documental, com base no levantamento de matérias jornalísticas relacionadas aos acontecimentos do período, vídeos da mídia tradicional e independente, autos de alguns casos de detenção de manifestantes, leis utilizadas no contexto das manifestações e relatórios de grupos parceiros. Além disso, utilizou-se a pesquisa empírica, estruturada na entrevista por correspondência, que consistiu em um questionário semiestruturado organizado pelos integrantes do grupo e encaminhado por correio eletrônico para um grande número de advogados que atuaram voluntariamente nas manifestações de 2013, e outro formulário presencial para grupos de advogados. Foram também destacados casos concretos e realizadas três oficinas para debate e apresentação dos resultados.

O tema específico deste estudo de caso trata do “Balanço da advocacia nas manifestações de rua em 2013”. Delimita-se na prática dos advogados e advogadas que atuaram na defesa do direito de livre manifestação. Os objetivos são, portanto, conhecer as diversas concepções sobre advocacia, apoiar a formação de redes de comunicação, promover debates sobre a atuação, e proporcionar técnicas de pesquisa para serem apropriadas por quem está envolvido diretamente na prática da advocacia. O objetivo específico é demonstrar os entraves do acesso à Justiça nos entraves ao acesso à assessoria jurídica popular às manifestações de 2013 no Rio de Janeiro.

Um número expressivo de assessores foi às ruas para realizar o acompanhamento dos protestos, marcando o surgimento de um

novo momento da advocacia popular no contexto da democratização (1980-2010), sendo, para muitos, a primeira experiência deste tipo.

A seguir abordam-se as inúmeras ações que foram empreendidas pelas agências estatais no sentido da criminalização e de coibir as manifestações, observando-se uma articulação das ações do poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário), conforme os resultados do estudo de caso.

Por fim, trata-se do acesso à justiça além da prestação jurisdicional possibilitado pela atuação dos advogados nas ruas e na delegacia. No contexto de arbitrariedade das ações do Estado, alguns apoiadores jurídicos dos manifestantes buscaram uma prestação jurisdicional justa com referência na assessoria jurídica popular. Inclui-se a problemática dos casos de violações de prerrogativas profissionais dos advogados.

## 1 CONTEXTO DAS MANIFESTAÇÕES

As “jornadas de junho”, como ficaram conhecidas as manifestações populares que ocorreram em 2013, aconteceram motivadas por protestos contra o aumento do preço da passagem de ônibus nas cidades brasileiras. Embora este tenha sido o pano de fundo, ao longo das mobilizações, surgiram novas pautas que culminaram numa contestação do próprio Estado e na evidência da crise de representatividade do sistema político vigente. Isto foi muito bem evidenciado a partir destas revoltas populares e do extenso registro de imagens das ruas sejam elas de caráter mais ilustrativo como no cartaz “Desculpe o incômodo, estamos mudando o país”, ou a partir das cenas de violência policial, afinal protesto que incomoda não pode, seu caráter se torna ilegítimo.

Conforme histórico do Movimento Passe Livre (HARVEY et alli,

2013), em Salvador, no ano de 2003, houve a primeira mobilização quanto à questão da alta tarifa e a inviabilização do direito à locomoção. Em 2004, a Revolta da Catraca impediu o aumento da tarifa na cidade de Florianópolis, a lei do passe livre estudantil foi aprovada e em São Paulo foi articulado o Comitê do Passe Livre. Em 2006, houve um encontro nacional pelo Passe Livre em São Paulo.

Embora a pauta da Tarifa zero tenha sido o pano de fundo, ao longo das mobilizações, surgiram protestos contra a corrupção sistêmica, contra o sistema de saúde, a criminalização da pobreza, os gastos públicos em megaeventos, a violência nas favelas, contra o Projeto de Emenda Constitucional n. 37 (PEC 37), as desocupações como a ocorrida na Aldeia Maracanã - ocupação que existia desde 2006, no Maracanã, com grupos representativos de diferentes nações indígenas (SANCHEZ, 2013).

Não é demasiado lembrar que o direito à moradia é absoluto e o da propriedade é relativo, mas principalmente em despejos, isto não é levado em consideração. Outro ponto que merece aprofundamento é do racismo institucional. Conforme Nilo Batista (1997), teoricamente o sistema é apresentado como igualitário em função de condutas pessoais. Quando na verdade o seu funcionamento é seletivo e atinge determinadas pessoas e, não necessariamente, ações, e isso fica claro nas detenções.

No Rio de Janeiro, a luta política permaneceu após o recuo no aumento da passagem por parte do governo, novas pautas surgiram e os movimentos sociais permaneceram nas ruas com reivindicações mais setorizadas sinalizando a existência de outras lutas. Embora o ano de 2013 tenha sido o mais marcante, as reivindicações contra o sistema de transporte público ocorreram em anos anteriores. Como em Salvador (2003), Florianópolis (2004), Vitória (2005), São Paulo (2006, 2010, 2011), Distrito Federal (2008), Teresina (2011), entre outras (MPL, 2013, p. 18).

O primeiro ato que foi reconhecido como início das jornadas ocorreu em junho de 2013, dia 2 em São Paulo e dia 10 no Rio de Janeiro, com a convocação do Movimento Passe Livre (MPL), pelo Fórum de Lutas e militantes dos movimentos sociais independentes. A partir da repercussão das ruas cada vez mais populares, há o recuo do prefeito Eduardo Paes (PMDB) que toma a decisão de adiar o segundo aumento – R\$2,75 para R\$3,00. O interessante é que ainda nesta primeira leva de atos de junho e julho, quanto mais havia repressão policial, mais o povo se tornaria combativo.

De acordo com o relatório do GEAP:

De início, as manifestações foram organizadas para demonstrar repúdio ao aumento do valor das tarifas do transporte público, que sofriam reajuste em diversas cidades do país. Com o tempo, ganharam dimensão, uma diversidade de pautas e acabaram por receber amplo apoio da população. Essa adesão gerou um fenômeno popular espontâneo, que se mostrou de difícil compreensão por parte de setores tradicionais da política, como alguns sindicatos e partidos políticos (2017, p. 10).

No dia 13 de junho, por exemplo, ocorreu em algumas cidades o levante que ficou conhecido como a Revolta do Vinagre porque as pessoas estavam sendo detidas por porte de vinagre que era usado para amenizar o efeito da bomba de gás lacrimogênio. O Estado começou a criminalizar os movimentos sociais, através da repressão com uso indiscriminado de armas “não letais”. Conforme GEAP (2017):

A resposta do Estado foi, desde o início, concedida através da forte e violenta repressão policial, com inúmeros casos de abuso de autoridade e prisões arbitrárias. Geralmente portando “armas de menor lesividade” – balas de borracha, bombas de efeito moral, gás lacrimogênio e cassetete –, policiais foram enviados para controlar as manifestações.

Além disso, também foi possível verificar o uso de armamento letal e a presença das forças armadas (p. 10).

Ademais, conforme o relatório, “foi possível constatar que, em cinco meses, de junho a novembro de 2013, houve cerca de 600 detenções durante os diversos protestos ocorridos na cidade do Rio de Janeiro” (GEAP, 2017, p. 11)

Na manifestação do dia 20 de junho havia mais de um milhão de pessoas nas ruas e diversos manifestantes foram feridos. Nesse mesmo dia ocorreu a prisão do Catador de Latas Rafael Braga que levava consigo água sanitária e pinho sol, considerados materiais com poucas características incendiárias. Porém, o Ministério Público do Rio de Janeiro o denunciou por porte de porte de aparato incendiário ou explosivo levando à sua condenação a cinco anos e dez meses de prisão pelo no inciso III, do artigo 16, do estatuto do desarmamento, que proíbe carregar ou usar “artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (MARTÍN, 2015).

No dia 24 de junho ocorreu a Chacina da Maré que envolveu moradores que protestavam na Avenida Brasil. Houve um confronto com policiais e 10 pessoas foram assassinadas no dia seguinte (O DIA, 2013). No dia 27 de junho ocorreu um ato pequeno e uma contingência de 1.400 policiais militares que distribuíam panfletos pedindo paz.

Na segunda leva de atos, a partir de julho, caracterizada pela convocação online, tem-se um melhor uso da mídia alternativa como arma contra a violência institucional. O que melhor definiu este período foi a criminalização dos manifestantes, tornando-os vândalos e a saída das ruas para atos setorizados, o que caracteriza movimentos espontâneos com massiva participação popular (GEAP, 2017).

No ano de 2014, com a proximidade do megaevento da Copa do Mundo, intensifica as prisões para averiguação e dificulta a

atuação dos advogados. Neste momento, prevaleceu o desrespeito às prerrogativas do advogado e o enquadramento de crime de atos comuns em manifestações de rua.

Com o aumento da repressão, como por exemplo, nas detenções do “Ocupa Câmara”, em outubro de 2013, cerca de 190 manifestantes foram detidos, 84 presos e 70 indiciados pela Nova lei de Organização Criminosa (lei federal n. 12.850/2013). Esta lei surgiu posteriormente à lei que proíbe máscaras e outros objetos encobrendo rostos de manifestantes em atos públicos no Rio, aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro - ALERJ. Coincidentemente, na mesma conjuntura de 1983, período de redemocratização após a ditadura militar, prevalecia a tese de eficácia da violência policial como forma de conter os conflitos sociais no contexto político que ganha o inconsciente social reforçando o antagonismo contra as teses dos militantes dos direitos humanos à época (BATISTA, 1996).

Dessa forma, os atos foram se tornando setorizados, saíram das ruas e foram para as favelas e sindicatos. Porém, com a aproximação da copa em junho de 2014 e das eleições em Outubro de 2014, houve uma expansão de policiamento nas ruas e a técnica de repressão voltou-se para a punição através de um processo que culminou no encarceramento de 23 manifestantes no Rio de Janeiro. O último grande ato de rua, no dia 13 de julho, foi posterior à prisão dos ativistas no dia 12, na denominada “Operação Firewall” pela polícia política.<sup>99</sup>

No sentido de reivindicação popular, o balanço das Jornadas de Junho foi positivo, pois a redução das tarifas ou até mesmo a estabilização significou uma vitória objetiva e tangível para a maioria da população. Embora tenha havido forte repressão e violência

---

99 (ABDALA, 2014, online)

policial, na qual diversas pessoas ficaram feridas, outras tenham tido a prisão decretada e jornalistas tenham tido lesões oculares, a reconquista do direito à manifestação representou um importante contraponto ao processo de criminalização das lutas sociais.

Atualmente permanece essa discussão nas ruas, nos espaços autogeridos e no exercício da democracia direta que vem sendo praticada desde ano de 2013. A contestação das prioridades quanto à gestão pública desnaturalizou a política econômica e resultou numa reflexão sobre as diretrizes políticas e na crise de representatividade às vésperas da eleição.

Nesta conjuntura, o presente artigo irá tratar do acesso à justiça desde o exercício da advocacia na rua com a atuação do causídico, desde a mediação até a contestação da ação policial e a criminalização da conduta do manifestante. No segundo momento, alguns casos serão abordados e discutiremos as consequências jurídicas no processo penal dos casos concretos nas manifestações de junho de 2013.

## **2 AÇÕES DO ESTADO NO TRATAMENTO DAS MANIFESTAÇÕES**

A segunda parte do trabalho abordará como o Estado construiu várias ações de maneira articulada com o fito de dificultar o direito a livre manifestação. Como consequência, os excessos notados acabaram por atingir diretamente a atuação dos coletivos e movimentos sociais, que estavam massivamente nas ruas, ocasionando um refluxo no ciclo de protestos.

Foi possível mapear as principais ações do Estado e usos do Direito que aprofundaram o processo de criminalização das lutas populares. Entre elas, destacam-se as medidas enumeradas

a seguir, elaboradas com base no estudo de casos empreendidos pelo Grupo de Estudos e Práticas em Advocacia Popular - GEAP - Miguel Pressburguer.

a. A utilização da Lei de Organizações Criminosas – Lei federal 12.850/2013

Houve o uso de leis penais especiais para o enquadramento e investigação de atos praticados por manifestantes, como aplicação da Lei de Organizações Criminosas. Trata-se de um diploma legislativo voltado para cometimento de crimes graves, em associação de 4 ou mais pessoas bem organizadas e com alto grau de complexidade, as quais almejam a obtenção de alguma espécie de vantagem. A utilização dessa lei foi identificada principalmente a partir do dia 15 de outubro, quando ocorreu a prisão coletiva de mais de 200 pessoas nas escadarias da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, no ato que ficou conhecido como Ocupa Câmara.

Conforme relatório do GEAP:

A lei também trata de meios de prova aplicáveis no curso da investigação e no curso da ação penal. Muitas destas medidas são invasivas ou desnecessárias. Entre elas, é importante destacar: a infiltração de agentes; possibilidade de acesso a registros cadastrais pela autoridade policial ou membro do Ministério Público, sem necessidade de autorização do juiz; possibilidade de empresas telefônicas fornecerem ao MP, polícia e juiz dados telefônicos de cinco anos; e as empresas de transporte fornecerem dados e registros de viagens pelo igual período de cinco anos (art. 15-17). Inclusive é possível pedir informações eleitorais e comerciais do acusado (art. 3º, IV) (GEAP, 2017, p. 22).

b. A criação da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas (CEIV) por meio de um decreto pelo Governo do Estado - (Decreto estadual n. 44.302/2013).

A Comissão foi composta por um conjunto de membros do Ministério Público Estadual, da Secretaria de Segurança do Estado do Rio de Janeiro, além das polícias civil e militar. Foram-lhe atribuídos amplos poderes de investigação, como realizar diligências e promover a instrução de procedimentos criminais para punir fatos ocorridos no âmbito de manifestação pública. O decreto também contemplava algumas medidas invasivas para quem é submetido à investigação pelo Estado, permitindo, por exemplo, o levantamento de informações pessoais, como dados telefônicos e de provedores da Internet.

Dentre as suas atribuições estava:

Art. 2º - Caberá à CEIV tomar todas as providências necessárias à realização da investigação da prática de atos de vandalismo, podendo requisitar informações, realizar diligências e praticar quaisquer atos necessários à instrução de procedimentos criminais com a finalidade de punição de atos ilícitos praticados no âmbito de manifestações públicas.

Parágrafo único – Observa-se-á a reserva de jurisdição exigida para os casos que envolvam quebra de sigilo.

Art. 3º - As solicitações e determinações da CEIV encaminhadas a todos os órgãos públicos e privados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro terão prioridade absoluta em relação a quaisquer outras atividades da sua competência ou atribuição.

Parágrafo único. As empresas Operadoras de Telefonia e Provedores de Internet darão prioridade para o atendimento dos pedidos de informações formulados pela CEIV ou decorrentes de ordem judicial nos casos de sigilo previstos na legislação.

Conforme relatório do GEAP:

Atualmente, o decreto responsável pela criação da CEIV foi revogado, mas as suas peculiaridades demonstraram o tom assumido pelo Estado, na medida em que possibilitou a violação do devido processo legal, o direito de privacidade, principalmente nas redes sociais, ajudando a vasculhar os perfis de manifestantes e movimentos sociais, além do direito de reunião, contribuindo para a criminalização de manifestantes e coletivos (GEAP, 2017, p. 24).

c. A Edição da Lei das Máscaras – (Lei estadual 6.528/2013)

A aprovação desta Lei pode ser apontada como mais um instrumento utilizado pelo Estado com o fito de desestimular as manifestações, uma vez que veda a utilização de máscaras durante os protestos. Ela permite que a pessoa seja conduzida à delegacia, ainda que inexista suspeita de cometimento de infração penal. Muitos manifestantes acabaram sendo identificados criminalmente.

Sucedem que muitos participantes escondiam os seus rostos para se protegerem do spray de pimenta ou gás lacrimogêneo e “outras armas” utilizadas pela polícia. Outros utilizavam as máscaras como forma de se expressarem. Ao revés, muitos policiais não apareciam sequer identificados, quando deveriam, pois é um direito da pessoa saber por quem está sendo abordado ou conduzido. Um dos fins claros foi desestimular os protestos na medida em que submete às pessoas à intervenção policial somente por estarem mascaradas.

Conforme relatório do GEAP:

O referido diploma fere tanto a liberdade de expressão quanto a liberdade de reunião. Um dos fins perseguidos pelo Estado foi desestimular os protestos ao submeter as

pessoas à intervenção policial somente por estarem mascaradas. A justificativa oficial apresentada para a proibição é que o cobrimento do rosto com fim de anonimato facilita a prática de crime, provoca medo e coloca em risco as próprias pessoas que comparecem às manifestações. Isto representa um grave retrocesso para as liberdades democráticas (GEAP, 2017, p. 23).

d. A Federalização das investigações sobre "atos de vandalismo"

Houve a atuação em conjunto dos serviços de inteligência da polícia federal e das polícias militares e civis dos estados de SP e RJ. Essa articulação foi bastante expressiva na época da realização da Copa das Federações e da Copa do Mundo.

e. O tratamento dos manifestantes como "inimigos do Estado"

O que permite a utilização de procedimentos e leis de épocas ditatoriais ou excepcionais, como: a prisão para averiguação e o "sarqueamento", que representam procedimentos amplamente utilizados pelos policiais, como foi confirmado pelos advogados ativistas, conforme se demonstrará no próximo tópico deste trabalho. Além dos altos números de detidos noticiados pela mídia.

Essa onda de criminalização representou verdadeiros entraves ao acesso à justiça e à ação das agências estatais somente não foi mais agressiva em virtude da atuação de advogados populares e coletivos de advogados voluntários que se empenharam para garantir o livre direito de manifestação.

O quadro a seguir sintetiza o que se entende por ações do Estado e usos do Direito no tratamento das manifestações de rua:

<i>AÇÕES DO ESTADO</i>	<i>USOS DO DIREITO</i>
( i ) Grande número de policiais deslocados para acompanhamento;	( i ) Tratamento dos manifestantes como "inimigos do Estado" com utilização de procedimentos excepcionais;
( ii ) Discurso oficial que se modificou na medida em que as manifestações foram ganhando adesão da população;	( ii ) Uso de leis penais especiais para o enquadramento e investigação de atos praticados por manifestantes;
( iii ) Forte aparato policial com uso de "armas não letais";	( iii ) Sugestão de criação de um Pronto Atendimento Judicial para apurar os crimes cometidos em manifestações de forma mais célere;
( iv ) Criação da Comissão Especial de Investigação de Atos de Vandalismo em Manifestações Públicas;	(v) Proposta de mudança na lei para aumentar a pena dos crimes de dano e agressão a policiais.
(v) Federalização das investigações sobre "atos de vandalismo".	

### 3 ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS E DIFICULDADES ENFRENTADAS

A terceira parte do artigo enfrentará o grave problema do desrespeito às prerrogativas profissionais dos defensores. Por exemplo, as dificuldades de comunicação entre o advogado e o manifestante preso. Isto configura um impedimento ao papel do advogado como peça importante para mediar um conflito que evitaria a futura persecução penal. As prerrogativas são partes essenciais para equilibrar o jogo de forças opostas e desproporcionais.

O acesso à justiça não pode ser entendido como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, através da perfeita prestação da tutela jurisdicional, a qual culmina com a prolação de uma decisão do juiz. Questiona-se, no presente estudo, a busca por uma nova ordem de direitos fundamentais não restritos ao sistema jurídico material e processual. Do ponto de vista sociológico, é uma construção moral e política, na qual a arbitrariedade estatal é um retrocesso à sua consecução.

Foram entrevistados 32 advogados que atuaram nas manifestações na cidade do Rio de Janeiro, no período de março a abril de 2014, por meio da plataforma Monkey Survey (GEAP 2017). A principal dificuldade enfrentada pelos entrevistados foi a sua relação com a polícia. Um dos entrevistados resumiu os problemas identificados por outros advogados entrevistados: “as dificuldades geralmente se relacionam com a atuação da polícia, com a violação de prerrogativas, dificuldade de acesso aos acusados, dispersão dos detidos por várias e distantes DPs, desinformação sobre o destino dos detidos” (Advogado 1). Especificamente o desrespeito às prerrogativas dos advogados por parte da polícia foi apontado por grande parte dos entrevistados.

A “ausência de preparo dos policiais no que diz respeito aos direitos que o cidadão tem na hora da prisão” (Advogado 3); a “larga utilização e instituição ilegal das prisões para averiguação e dos assim denominados *sarqueamentos*” (Advogado 2); a “dificuldade em obter informações da polícia sobre os manifestantes detidos, principalmente em relação à qual delegacia seria o detido conduzido” (Advogado 1); e a “dificuldade em realizar o acompanhamento das revistas policiais e detenções – por diversas vezes eram criados *cinturões* por agentes de segurança pública” (Advogado 3) - foram outros impedimentos relacionados à atuação policial, identificados nas respostas.

Também foram apontados a ausência de identificação de alguns agentes policiais e o uso excessivo de armas de menor letalidade, como gás, spray de pimenta, balas de borracha, recorrentes nas manifestações.

Não foi apenas nas ruas que os entrevistados encontraram dificuldade na sua relação com a polícia, mas também nas delegacias. Um dos entrevistados resumiu as dificuldades enfrentadas nas delegacias:

delegados de polícia impedindo a entrevista particular entre advogado e assistido; delegados que impedem que o advogado adentre as instalações das delegacias; Registros de Ocorrência ou Lavratura de Flagrantes sem a presença do advogado, mesmo este estando em sede policial; policiais militares sem identificação ou apenas alfanuméricas; sarqueamentos; policiais militares condutores acompanhando o depoimento do conduzido, mesmo quando solicitados a se afastarem. (Advogado 5).

Foi apontada por alguns entrevistados a atuação da “imprensa corporativa”, identificada como “criminosa” e promotora da “estigmatização dos defensores de direitos humanos”.

A atuação do Poder Judiciário também foi levantada como uma dificuldade, na medida em que se mostra conivente com a “lógica do tratamento punitivo das demandas sociais”. Aliado a isso, foi revelado que o reconhecimento de fé pública, aos depoimentos dos policiais em juízo, cria uma dificuldade diante das “falsas acusações” direcionadas a manifestantes.

Por fim, muitos entrevistados identificaram como dificuldade a própria articulação entre os advogados, que possuem diferentes ideologias e interesses diante da defesa dos manifestantes. Segundo um dos entrevistados, formar uma rede de advogados que torne possível a convivência de atuações com tradições diferentes (como advocacia popular e liberal) é uma dificuldade para o grupo.

Alguns entrevistados utilizaram a expressão *rede* de advogados para indicar uma estratégia positiva. Apesar de não utilizarem essa expressão específica, muitos outros entrevistados exaltaram a importância da presença dos advogados nas manifestações em coletivos, o acompanhamento das revistas e prisões e a existência de divisão de tarefas em diferentes grupos (rua, delegacias e central de informações).

Também foi apontada como estratégia positiva a atuação em

conjunto com a mídia ativista e com manifestantes que realizaram gravação de vídeos e fotos nos protestos, sendo apontada como positiva a valorização do “uso de vídeos como meio de prova”.

Além disso, a coletivização das causas, para estabelecer uma “conexão das detenções com a resposta que o Estado tem dado aos protestos”, foi apontada também como estratégia positiva.

Algumas estratégias de rua apontadas foram o uso de terno pelo advogado, com a finalidade de se diferenciar das outras pessoas e ajudar na identificação como advogado; e a necessidade de “ter calma e cordialidade” no trato com os policiais e com os manifestantes.

Foi destacada a atuação prévia e coletiva de grupos de advogados nas ruas, acompanhando o trajeto da manifestação, as revistas e as prisões. Alguns grupos atuaram coordenando equipes nas ruas acompanhando as manifestações, nas delegacias, no remoto, gerenciando informações e na político-institucional.

Alguns comentaram que “a presença dos advogados dentro das manifestações já demonstrou ser um elemento diferenciado no tocante às prisões arbitrárias, inibindo-as”. Foi um ponto positivo, os “advogados nas ruas. Pois não impede, mas certamente inibe uma violência mais generalizada do que a que se faz presente”.

Ademais, os advogados nas delegacias acompanhando os detidos desde sua chegada tinha como objetivo tentar impedir ilegalidades. Nesse sentido, “a presença nas delegacias também ajudou a criar um clima de maior respeito a direitos (ainda que não infalível)” (Advogado 6). Uma estratégia foi o “uso econômico e moderado de declarações em delegacia, restringindo-o ao indispensável” (Advogado 7), além de “evitar ao extremo o uso do instituto da transação penal” (Advogado 8).

Outro ponto positivo foi a organização do remoto, ou “central de informações remota orientando o deslocamento dos advogados”. Serviu para troca de informações e divisão de tarefas entre

os coletivos de advogados. Também para buscar informações junto aos órgãos de segurança pública. Serviu em alguns casos para integração e coletivização das causas. A estratégia consistiu em “quando um grupo é detido junto, é preciso que se coletivize aquela detenção, e se demonstre a conexão das detenções com a resposta que o Estado tem dado aos protestos” (advogado 9).

Quanto à advocacia nas ruas e na delegacia, alguns advogados fizeram sugestões como “estar vestido de terno, ou de alguma forma que caracterize como advogado e que diferencie dos demais envolvidos nas manifestações” (Advogado 10). Também “manter a calma e cordialidade quando defender alguém, evitando tons de imponência na fala com agentes que porventura vierem a dar voz de prisão a essa pessoa, tanto em sede policial como também nas ruas” (Advogado 11). Ademais, “evitar entrar no epicentro da confusão, tentando ficar em uma margem de segurança” (Advogado 12).

Os coletivos de advogados saíram às ruas com algum compromisso político, mas que não se identificava necessariamente como advocacia popular. No esforço de relacionar estas práticas conceitualmente, foram trazidas esta concepção juntamente com a de advocacia de uma causa. De uma maneira geral, a atuação tinha a causa da defesa do direito de livre manifestação e também da causa da advocacia, ou do direito de defesa, ou oitiva justa. Uma vez que percebeu-se a participação expressiva de coletivos de advogados com diferentes estratégias, seja nas delegacias, seja nos locais e no momento em que ocorreram os protestos, sentiu-se a necessidade de criar um novo conceito de advocacia de rua.

Por outro lado, a advocacia popular pode auxiliar a compreender esta relação entre advogado e cliente, que neste sentido ocorre como assessor e assessorado, na tradição da assessoria jurídica popular brasileira.

Conforme o que foi dito, com a onda de manifestações que eclodiu em junho de 2013, a repressão passa a ser direcionada à contenção dos movimentos sociais. Segundo modelos teóricos de segurança pública, há o modelo pluralista, no qual considera o conflito como um fenômeno normal, típico de uma democracia representativa, na qual há maiorias e minorias em sua luta cotidiana por direitos. Para Norberto Bobbio (1984), se há um dissenso, há necessidade de uma análise para verificar como será a forma mais abrangente de resolução de conflitos.

Com as inovações legislativas que sucederam as primeiras manifestações, foi constatado um autoritarismo estatal e a aplicação de um sistema de segurança pública denominado de consensual, típico de regimes totalitários porque é um modelo autoritário que se impõe pelo consenso obrigatório. Neste sentido o direito de manifestação foi entendido como um conflito anormal e prevaleceu a ideologia da defesa social e a consequente criminalização do manifestante como inimigo interno. Tais concepções decorrem da discussão do tema por Norberto Bobbio (1984) sobre o dissenso e o consenso nas democracias.

Nesse sentido, alega-se a manutenção da paz e da ordem interna para a repressão policial nas jornadas. Dessa forma, através da mídia formaliza-se a figura do vândalo para legitimar a punição e antecipar a pena do denominado inimigo do Estado. Primeiramente, a televisão começa a divulgar imagens de violência nas ruas, patrimônios sendo depredados, barricadas e outras imagens de conflito. Depois começam a publicar os editoriais e as reportagens com “o cidadão de bem” e até mesmo debates televisivos com a utilização de denominações criminalizantes. Com a espetacularização das ocorrências e a fascistização pelo medo, conforme expressão de Vera Malaguti Batista (2012), eclode a figura do sujeito perigoso, a figura opositora ao bem, aquele que usa a violência para atacar o Estado, uma abordagem fora da realidade

que legitima o poder do estado para coibir o livre desejo de insatisfação contra a ordem imposta.

Essa reação violenta do Estado trouxe um grupo de voluntários às ruas a fim de coibir a lesões aos direitos dos manifestantes prestando-lhes uma assistência jurídica gratuita. Isto incluía a proteção a liberdade de pensamento, ao direito de reunião e a integridade física e moral dos tutelados. No entanto, o aparato repressivo impedia a livre atuação do advogado como mediador daquele conflito e até mesmo na delegacia havia uma estrutura de forma a criminalizar o manifestante e impedir o uso das prerrogativas do defensor popular.

Nesse contexto das jornadas, surge a figura do advogado popular uma vez que a reação violenta do Estado trouxe um grupo de voluntários às ruas a fim de coibir lesões aos direitos dos manifestantes prestando-lhes uma assistência jurídica gratuita. Isto incluía a proteção a liberdade de pensamento, ao direito de reunião e a integridade física e moral dos tutelados. No entanto, o aparato repressivo impedia a livre atuação do advogado como mediador daquele conflito e até mesmo na delegacia havia uma estrutura de forma a criminalizar o manifestante e impedir o uso das prerrogativas do defensor popular.

No direito criminal, a situação é ainda mais precária no que se refere ao acesso à justiça. Primeiramente porque o advogado *pro bono* ele tem como atuar na mediação daquele conflito para evitar uma futura persecução penal e principalmente evitar o abuso de poder, como em casos que foram relatados, dos rojões forjados e outros exemplos. No entanto, naquele contexto de conflito nas ruas, prevalece o desrespeito das prerrogativas e uma delas seria justamente exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional, sendo que eles e elas eram intimidados com a própria força policial. Tornou-se inclusive muito comum ouvir que advogado só na delegacia e neste local ainda havia a tentativa

de criminalizar o advogado de manifestante. A defesa do advogado no momento da detenção é fundamental como mediador e para assistência jurídica, pois não devemos esquecer que a confissão é ainda a rainha das provas, mas ficava até mesmo difícil manter a integridade física naquele instante.

Em segundo plano, não conseguindo evitar a penalidade, o acesso ao processo penal pelo advogado também foi dificultado, isso foi notório neste processo que ficou conhecido nacionalmente com o enquadramento dos 23 ativistas em formação de quadrilha (com uma arma só de um terceiro e cujos integrantes não se reconheciam como unidade e alguns sequer conheciam de fato uns aos outros) e que a equipe de advogados *pro bono* não conseguia ter acesso às peças do inquérito. Se for entendido que o acesso à justiça penal é sinônimo de efetivo exercício do direito de defesa, então houve um entrave. O texto da 14ª Súmula Vinculante diz o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Essa súmula diz respeito às provas já documentadas em autos de inquéritos policiais que envolvam seus clientes, inclusive os que tramitam em sigilo.

Ainda nessa questão do direito à ampla defesa também houve ilegalidade no processo do cinegrafista, no qual a confissão dos acusados também foi obtida sem um defensor, sendo que a presença de um advogado é um direito constitucional. Os advogados do caso requereram a anulação do processo e estão aguardando um julgamento de um *habeas corpus* impetrado no Supremo Tribunal de Justiça (STJ). Ainda sobre este processo penal, teve um tratamento midiático de espetacularização dos acusados, durante a audiência foram mantidos algemados o que causa um impacto que vai resultar na antecipação da pena mostrando-os como inimigos, perigosos, vândalos. A audiência para ouvir as testemunhas foi muito bem televi-

sionada e seguiu aquilo rito dos excessos da imprensa ao fiscalizar e noticiar os julgamentos criminais, citando Carnelutti (1995, p.20):

A publicidade do processo penal, a qual corresponde não somente a ideia de controle popular sobre o modo de administrar a justiça, mas ainda, e profundamente, ao seu valor educativo, está infelizmente degenerada em um motivo de desordem. Não tanto o público que enche os tribunais ao inverossímil, mas a invasão da imprensa, que precede e persegue o processo com imprudente indiscrição e não de raro descaramento, aos quais ninguém ousa reagir, tem destruído qualquer possibilidade de juntar-se com aqueles aos quais incumbe o tremendo dever de acusar, de defender, de julgar (1995, p. 20).

No caso do Rafael Braga, foi o contrário, houve restrição da imprensa, apenas o advogado que iria realizar a sustentação oral, nem mesmo o próprio acusado obteve autorização para assistir o julgamento da apelação. Nesse sentido, quanto à questão da efetiva prestação da tutela jurisdicional, nos casos em que presos encontram em cárcere, há uma condição objetiva para declarar que tem sido precária. Embora ele tenha conseguido um emprego extramuros para progressão de regime e o requerimento foi protocolado há um tempo pelos advogados foi deferido apenas recentemente e afrontando as disposições legais referentes aos direitos humanos. Além disto, tem havido uma demora em realizar a custódia do Rafael e entregar-lhe elementos básicos de higiene e de uso pessoal e até mesmo acesso à própria família.

Nessa altura, cabe retomar o conceito de acesso à justiça empregada por Cappelletti e Garth:

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir

resultados que sejam individualmente e justos (1988, p. 8).

Por fim, reforça-se a necessidade de observância do preceito constitucional, previsto no artigo 5º, XXXV, do direito fundamental de que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça não pode ser entendido como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, através da perfeita prestação da tutela jurisdicional, a qual culmina com a prolação de uma decisão do juiz.

Com isso, verificam-se quais foram os usos do direito e ações do Estado no tratamento das manifestações de rua a partir da segunda metade de 2013. O que foi constatado é que através de diversos mecanismos, houve a cumplicidade entre as esferas federativas de poder no sentido de criminalizar as manifestações favorecendo um cenário de repressão.

No mesmo sentido, houve resposta truculenta do Poder Público, quando foram constatadas inúmeras arbitrariedades. Como as prisões para simples averiguação e a prisão cautelar com o fim de limitar o direito de protestar. A prisão para simples averiguação não tem qualquer previsão no ordenamento jurídico. Trata-se de uma ilegalidade e uma violação do direito fundamental da liberdade e do devido processo legal, pela falta de apontamento dos indícios de materialidade e autoria. A prisão cautelar jamais poderia ter sido utilizada no contexto das manifestações, seu uso foi impróprio. Constata-se, neste sentido, o elevado número de *habeas corpus* conferidos deferidos pelo Judiciário, quase a totalidade.

A comunicação por mensagens de celular e redes sociais entre os advogados foi a grande novidade nesta articulação de apoio. Houve troca de informações entre grupos de advogados e de “mediativistas”, ou “mídia-livristas”, ou comunicadores populares. Por outro lado, os advogados entrevistados têm uma visão bastante negativa da mídia empresarial ou corporativa, uma vez que perceberam que em alguns casos houve omissão de algo que acreditam que deveria ter sido noticiado, enquanto que em outros não houve a correspondência devida entre o que foi presenciado e o que foi noticiado.

As manifestações, na visão dos advogados entrevistados, tiveram como características predominantes a reivindicação e efetivação de direitos, assim como a contestação dos usos e ações do Estado. Posturas que contam inclusive com o apoio político destes. Mas, em relação à contestação do capitalismo as opiniões se dividem, tanto para encontrá-la nas manifestações, quanto ao apoiá-la. Ainda sobre o que predominou nos protestos, alguns poucos tiveram uma visão negativa do processo, e consideraram que prevaleceu a violência de determinados grupos, indefinição e confusão sobre os objetivos e a manipulação por determinados grupos políticos. Todos os advogados entrevistados apoiam a reivindicação e efetivação de direitos, postura que pode configurar uma advocacia política, ou uma advocacia por uma causa. Ademais, foram todas atuações sem cobrança de honorários advocatícios.

## REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. Polícia Civil do Rio busca 18 ativistas que tiveram prisão decretada. **Portal ebc de notícias**. 21 de julho de 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2014/07/policia--civil-do-rio-busca-18-ativistas-que-tiveram-prisao-decretada>>. Acesso em: 03 ago. 2014.

BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. **Discursos Sediciosos: crime, direito, sociedade**, n. 1, Instituto Carioca de Criminologia; Relume, Rio de Janeiro, 1996, p. 69-77.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Vera M. Adesão subjetiva à barbárie. In: \_\_\_\_\_. **Loic Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p.?-?.

BOBBIO, Noberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de 08 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em 15 nov. 2013.

CANOFRE, Fernanda. Global Voices. Brasil: Revolta do Vinagre marca o país. Disponível em: < <http://pt.globalvoicesonline.org/2013/06/15/brasil-revolta-do-vinagre-marca-o-pais/>> Acesso em: 15 nov. 2013

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso a justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinalli. São Paulo: CONAN, 1995.

O DIA. Chacina da Maré completa um mês. Rio de Janeiro, 24 jul 2013. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2013-07-25/chacina-da-mare-completa-um-mes.html>. Acesso em 20 dez. 2016.

GRUPO DE ESTUDOS E PRÁTICAS EM ADVOCACIA POPULAR - GEAP. **Advocacia de rua**: usos do direito e ações do Estado nas manifestações no Rio de Janeiro em 2013. Rio de Janeiro: CAARJ; IPDMS, 2017. (no prelo).

HARVEY, David et alli. **Cidades rebeldes**: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARTÍN, María. No caso Rafael Braga, depoimento da polícia basta. Disponível em: [http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/14/politica/1452803872\\_078619.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/14/politica/1452803872_078619.html). Acesso em: 20 nov. 2015.

MOVIMENTO PASSE LIVRE – MPL. Não começou em Salvador, não vai terminar em São Paulo. Em: MARICATO, Erminia (Org.). **Cidades rebeldes**. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 13-18.

SANCHEZ, Fernanda. Aldeia Maracanã: é assim que se faz uma Copa?. **Brasil de Fato**, 22 mar. 2013. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/node/12419/> Acesso em 20 dez. 2016.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. 4. ed. Porto Alegre: Bookman 2010.

# Instruções aos autores

## Diretrizes para Autores

Os trabalhos devem ser redigidos em português, ter entre 15 e 30 laudas de 30 (trinta) linhas, páginas de formato A4 (21,00 x 29,70 cm) no programa Microsoft Word, com fonte Times New Roman tamanho 12, os parágrafos justificados, salvo o título do artigo;

O título do artigo deverá estar centralizado;

No artigo não deve constar a autoria bem como devem ser removidas as propriedades pessoais do arquivo a fim de garantir a avaliação às cegas;

Todos os títulos devem ser escritos em caixa alta, fonte 12 e em negrito;

Os parágrafos devem iniciar com recuo de 2 cm, o espaço entre linhas deve ser 1,5 e entre parágrafos 6 pt;

Os subtítulos devem ser redigidos em caixa baixa, fonte 12 e em negrito;

O Resumo, Notas de Rodapé, Citações longas e Referências deverão ser redigidas em espaço simples entre linhas;

As referências deverão ser alinhadas somente à esquerda;

O texto deverá estar subdividido em seções e subseções segundo o sistema de numeração progressiva por algarismos arábicos (ex. 1, 1.1, 1.2);

As margens devem ser: superior 3 cm, inferior 2 cm, esquerda 3 cm e direita 2 cm;

Deve apresentar após o título Resumo informativo (NBR6028) em português com até 250 palavras e 3 a 5 palavras-chaves, separadas por ponto;

Deve apresentar após o título Resumo informativo (NBR6028) em inglês com até 250 palavras e 3 a 5 palavras-chaves, separadas por ponto;

As citações com menos de 3 linhas devem ir no texto entre aspas, sem uso de itálico;

As citações longas devem ser separadas do parágrafo e colocadas com 4,0 cm de recuo da margem esquerda, fonte 10, espaço entre linhas simples;

Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, jamais deve ser usado o sublinhado nem o negrito;

A introdução deve especificar claramente os objetivos do trabalho, bem como a metodologia empregada para alcançá-los, identificada, em geral, pela descrição das fontes, métodos e materiais utilizados na sua realização;

A conclusão deve expor claramente os resultados alcançados em consonância com os objetivos preconizados;

A citação das fontes utilizadas deverá ser feita no corpo do texto a partir do que dispõe a NBR 0520, no sistema autor-data, e deverá se fazer acompanhar da indicação das Referências ao final do trabalho, nunca remetidas para as notas;

As referências ou indicação das fontes utilizadas ou referidas no texto devem constituir uma lista única no final do artigo, em ordem alfabética por sobrenome de autor; devem ser completas e elaboradas de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) - NBR 6.023;

Notas de rodapé não devem ser utilizadas para finalidade de referências.

## Condições para submissão

Como parte do processo de submissão, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão em relação a todos os itens listados a seguir. As submissões que não estiverem de acordo com as normas serão devolvidas aos autores.

**1-** É admitida a coautoria de no máximo três pessoas; um dos autores deve ter, no mínimo, a titulação de mestre;

Os trabalhos podem ser de qualquer subárea do Direito, desde que permeados por um dos eixos temáticos;

É admitida a submissão para publicação em sessão especial de resenhas ou comentários bibliográficos, comentários sobre leis, projetos de lei ou decisões judiciais e conferências;

Os trabalhos devem ser inéditos;

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer remuneração pela publicação dos trabalhos;

Os colaboradores da Diké devem responsabilizar-se pelo ineditismo do texto fornecido;

Serão de inteira responsabilidade dos autores o conteúdo e as manifestações contidas nos seus respectivos artigos;

Deve ser enviada por meio digital, juntamente com o trabalho, assinada pelos autores, assinada pelos autores a declaração de ineditismo e cessão dos direitos autorais, conforme formulário disponibilizado;

O processo de avaliação e aceitação dos trabalhos encaminhados, desenvolvido pelo Conselho Editorial, seguirá os seguintes parâmetros principais: 1) serem inéditos no Brasil; 2) serem pertinentes à linha editorial; 3) caracterizarem-se pela atualida-

de, cientificidade, qualidade acadêmica, literária e textual;

A Comissão de Redação da Diké se reserva o direito de adequar os textos encaminhados aos parâmetros formais acima estabelecidos, submetendo os mesmos à revisão final do autor;

Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos, podendo ser publicados em outras edições da Diké, desde que autorizados pelo autor e que mantenham o seu ineditismo;

Os trabalhos derivados de pesquisas envolvendo seres humanos deverão apresentar comprovante de aprovação da pesquisa em Comitê de Ética em Pesquisa, conforme o que determina a Resolução CNS no 466 de 2012; O documento pode ser enviado em meio digital;

As figuras e tabelas serão inseridas no texto, não no final do documento;

Em caso de submissão a uma seção com avaliação pelos pares (ex.: artigos), as instruções disponíveis em Assegurando a avaliação pelos pares cega foram seguidas.

Para assegurar a avaliação às cegas, os arquivos não devem ter nenhuma identificação do autor no texto ou nas propriedades do arquivo;

O resumo de curriculum do autor deve ser submetido como metadado e conter o nome completo do autor (ou autores), endereço profissional, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade por ele exercida.









---

---

IMPrensa UNIVERSITÁRIA

---

---

COORDENAÇÃO GRÁFICA: Luiz Henrique Farias

DESIGNER GRÁFICO: Cristovaldo C. da Silva

IMPRESSÃO: Davi Macêdo

FOTOMECÂNICA: Cristiano Silva

ACABAMENTO: Nivaldo Lisboa

IMPRESSO NA GRÁFICA DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ - ILHÉUS-BA