



**DES VERSETS SATANIQUES À CHARLIE HEBDO: 1989-2015
PROTEGER LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE: UNE UTOPIE?**

Sylvie Debs

**LEGAL PERSPECTIVE OF FEMLE CIRCUMCISION: STYDY OF WOMAN RIGHTS TO ACCESS
INFORMATION OF SEXUAL HEALTH IN INDONESIA AND SOMALIA**

Lanny Ramli

**LA DESPROPORCIONALIDADE DE DERECHOS POR LA DESNATURALIZACIÓN DEL
PLAZO RAZONABLE EN LA ATENCIÓN DE UN CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO**

Paola Alexandra Sierra-Zamora

Manuel Bermúdez Tapia

**A PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO
DE UMA CULTURA DE SUSTENTABILIDADE**

Marcus Pinto Aguiar

**O INDIVIDUAL E O COLETIVO NO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS:
POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA
DO 'BREQUE DOS APPS'**

Ricardo Lourenço Filho

OS PAPAS NA ONU E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS

Raphael Rego Borges Ribeiro

**SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: SOBRE A
POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS
PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**

Luiz Felipe Monteiro Seixas

Larissa Fernandes De Oliveira

JUÍZES, MOLEIROS E CONSTITUIÇÃO

Wagner Vinícios de Oliveira

**A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
SAÚDE SUPLEMENTAR**

Pablo Leurquin

Renato Manacés

**PROTAGONISMO JUVENIL: REFLEXÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS ACERCA DA
PARTICIPAÇÃO DAS JUVENTUDES NO AGIR POLÍTICO CONTEMPORÂNEO**

Cristiano Lange dos Santos

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
UFERSA | Mossoró, RN, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores | UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil
Dra. Ana Cláudia Farranha Santana | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes | UFF | Niterói, RJ, Brasil
Dr. Cristiano Paixão | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro | UnB | Brasília, DF, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Gustavo César Machado Cabral | UFC | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Gustavo Silveira Siqueira | UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil
Dr. Marcelo Lauar Leite | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Mário Sérgio Falcão Maia | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Samuel Rodrigues Barbosa | USP | São Paulo, SP, Brasil
Dr. Sérgio Said Staut Júnior | UFPR | Curitiba, PR, Brasil
Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia | FDUC | Coimbra, Portugal

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 4, n. 8, (jul./dez. 2020) – Mossoró, 2020 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120

Revista Jurídica da UFERSA (REJUR) | ISSN: 2526-9488

Rua Francisco Mota, 572, CCSAH, Sala 09, 59625-900, Mossoró, RN, Brasil

rejur.direito@ufersa.edu.br

<https://www.facebook.com/rejurufersa/> | <https://www.instagram.com/rejurufersa/>



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Pareceristas desta Edição

- Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho | CLARETIANO | São Paulo, SP, Brasil
Me. Eymmy Gabrielly Rodrigues da Silva | UFPA | Belém, PA, Brasil
Dr. Fernando César Costa Xavier | UFRR | Boa Vista, RR, Brasil
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto | TJDF | Brasília, DR, Brasil
Dr. Hugo Luis Pena Ferreira | UFJ | Jataí, GO, Brasil
Me. Jacson Gross | UNILASALLE | Canoas, RS, Brasil
Dr. João Adolfo Ribeiro Bandeira | UFCA | Juazeiro do Norte, CE, Brasil
Dr. Josué Justino do Rio | IMESB | Bebedouro, SP, Brasil
Me. Juliana Aparecida Rigato | ABA | New York, Estados Unidos
Dra. Leticia Lobato Anicet Lisboa | UFRRJ | Três Rios, RJ, Brasil
Me. Lucas Santos de Almeida | UNIP | São Paulo, SP, Brasil
Me. Luciano Medeiros de Andrade Bicalho | UGR, Granada, Espanha
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira | OAB | Santa Cruz do Sul, RS, Brasil
Dr. Raimundo Márcio Ribeiro Lima | FDUC | Coimbra, Portugal
Dr. Rômulo Magalhães Fernandes | IJUCI | Belo Horizonte, MG, Brasil
Dra. Ticianne Maria Perdigão Cabral | OAB | Natal, RN, Brasil
Dr. Ulisses Levy Silverio dos Reis | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Dr. Valter Moura do Carmo | UNIMAR | Marília, SP, Brasil
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques | IDP | Brasília, DF, Brasil
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior | UNIFOR | Fortaleza, CE, Brasil
Dr. Victor Rafael Fernandes Alves | TCE | Natal, RN, Brasil
Dr. Vinicius Negreiros Calado | UNICAP | Recife, PE, Brasil
Me. Winston de Araújo Teixeira | UFPB | João Pessoa, PB, Brasil

Assessoria Técnica

- Esp. Fernando Afonso Marques de Melo | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil
Esp. Regina Coeli Soares Oliveira Veloso | UFERSA | Mossoró, RN, Brasil



NOTA EDITORIAL

Em 2020, a Revista Jurídica da Ufersa (REJUR) avança para seu quarto ano de existência, consolidando um espaço de experiência relevante para a equipe editorial, autores, avaliadores e leitores.

A REJUR apresenta aos leitores seu novo número, encerrando o ano pandêmico de 2020 com um volume relevantíssimo na socialização de pesquisas jurídicas. Nessa edição, há uma multiplicidade teórica e empírica sobre o Direito que também reflete a própria diversidade de pesquisas desenvolvidas pelos autores nacionais e estrangeiros.

Encerrando o quarto ano de existência, a REJUR já possui mais de 46 citações e atingiu o índice H4 do Google Scholar e está indexada em mais de 10 bases de dados. Iniciaremos o primeiro quinquênio reafirmando nosso compromisso com as boas práticas editoriais e ampliação de nossa inserção na comunidade científica.

Conheça, a seguir, os artigos que compõem esse número.

O primeiro artigo dessa edição é uma contribuição francesa, compartilhada pela Professora Doutora SYLVIE DEBS, a convite da equipe editorial da revista. O tema do artigo explora a proteção da liberdade de expressão artística a partir das produções da Revista Charlie Hebdo.

A segunda contribuição é da Professora Doutora LANNY RAMLI (Indonésia), com o título “Legal Perspective of Female Circumcision: study of Woman Rights to access Information of Sexual Health in Indonesian and Somalia”.

O terceiro artigo é a pesquisa dos mestres colombianos PAOLA ALEXANDRA SIERRA-ZAMORA e MANUEL BERMÚDEZ TAPIA, que discute “La desproporcionalidad de derechos por la desnaturalización del plazo razonable en la atención de un conflicto familiar judicializado”.

O Professor Doutor MARCUS PINTO AGUIAR, a convite da REJUR, contribui nessa edição com o texto “A perspectiva emancipatória do direito ao desenvolvimento no contexto de uma cultura de sustentabilidade”.

De Brasília, o Professor Doutor RICARDO LOURENÇO FILHO apresenta o estudo “O individual e o coletivo no trabalho por plataformas digitais: possibilidades de compreensão da Constituição a partir da experiência do ‘breque dos Apps’”.

O Professor Doutor RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO, da Universidade Federal do Oeste da Bahia, apresenta a pesquisa “Os papas na ONU e a defesa dos Direitos Humanos”.

O próximo artigo, intitulado “Segurança jurídica no processo administrativo tributário: sobre a possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais”, é uma contribuição do Professor Doutor LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS (PPGD/UFERSA) e da pesquisadora LARISSA FERNANDES DE OLIVEIRA (UFERSA).

Na sequência, em “Juízes, moleiros e Constituição”, WAGNER VINÍCIUS DE OLIVEIRA, doutorando em Direito pela UFRJ, discute se a existência de juízes protege adequadamente os interesses individuais.

A penúltima contribuição dessa edição vem de Minas Gerais, da Universidade Federal de Juiz de Fora (Campus Governador Valadares), do Professor Doutor PABLO LEURQUIN e de RENATO MANACÉS, com o tema “A participação popular no processo decisório da Agência Nacional de Saúde Suplementar”.

Encerrando essa edição, o pesquisador Doutor CRISTIANO LANGE DOS SANTOS, do Rio Grande do Sul, apresenta reflexões jurídico-filosóficas sobre a participação da juventude no agir político contemporâneo.

Por fim, esse volume congrega uma diversidade de autores e perspectivas sobre os usos do Direito e envolve pesquisadores da Colômbia, França, Indonésia e do Brasil (Distrito Federal, Ceará, Rio Grande do Norte, Bahia, Rio Grande do Sul e Minas Gerais), lisonjeando-nos com a escolha de nossa revista. Assim, renovo meus agradecimentos aos assistentes técnicos REGINA COELI SOARES OLIVEIRA VELOSO e FERNANDO AFONSO MARQUES DE MELO, ao Editor Adjunto, Professor Doutor MARCELO LAUAR LEITE, e a todos os autores, avaliadores e leitores.

Desejo uma excelente leitura e não deixem de encaminhar uma contribuição para a Revista Jurídica da UFERSA.

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | DEZEMBRO 2020



SUMÁRIO

DES VERSETS SATANIQUES À CHARLIE HEBDO: 1989-2015 PROTEGER LA LIBERTÉ
D'EXPRESSION ARTISTIQUE: UNE UTOPIE? | **1-18**

DRA. SYLVIE DEBS

LEGAL PERSPECTIVE OF FEMLE CIRCUMCISION: STYDY OF WOMAN RIGHTS TO
ACCESS INFORMATION OF SEXUAL HEALTH IN INDONESIA AND SOMALIA | **19-37**

DRA. LANNY RAMLI

LA DESPROPORCIONALIDADE DE DERECHOS POR
LA DESNATURALIZACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE EN LA ATENCIÓN DE UN
CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO | **38-46**

ME. PAOLA ALEXANDRA SIERRA-ZAMORA

ME. MANUEL BERMÚDEZ TAPIA

A PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO
CONTEXTO DE UMA CULTURA DE SUSTENTABILIDADE | **47-71**

DR. MARCUS PINTO AGUIAR

O INDIVIDUAL E O COLETIVO NO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS:
POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA
DO 'BREQUE DOS APPS' | **72-93**

DR. RICARDO LOURENÇO FILHO

OS PAPAS NA ONU E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS | **94-115**

DR. RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO

SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: SOBRE A
POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS
PROFERIDAS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS | **116-132**

DR. LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS

LARISSA FERNANDES DE OLIVEIRA

JUÍZES, MOLEIROS E CONSTITUIÇÃO | **133-148**

ME. WAGNER VINICIUS DE OLIVEIRA

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE
SAÚDE SUPLEMENTAR | **149-170**

DR. PABLO LEURQUIN

RENATO MANACÉS

PROTAGONISMO JUVENIL: REFLEXÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS ACERCA DA
PARTICIPAÇÃO DAS JUVENTUDES NO AGIR POLÍTICO CONTEMPORÂNEO | **171-189**

DR. CRISTIANO LANGE DOS SANTOS



DES VERSETS SATANIQUES À CHARLIE HEBDO: 1989-2015 – PROTÉGER LA LIBERTÉ D'EXPRESSION ARTISTIQUE: UNE UTOPIE?

FROM SATANIC VERSES TO CHARLIE HEBDO: 1989-2015 - PROTECTING FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION: AN UTOPIA?

SYLVIE DEBS*

RESUME

La condamnation à mort de Salman Rushdie par la fatwa de l'Ayatollah Khomeiny pour les Versets sataniques a marqué l'entrée dans l'ère post 1989 avec l'apparition d'un terrorisme d'État à l'échelle planétaire qui a secoué le monde entier comme lors de l'attentat des journalistes et dessinateurs de Charlie Hebdo en 2015. Les assassinats d'intellectuels et de journalistes en Algérie entre 1991 et 2002, celui de Théo Van Gogh aux Pays Bas en 2004, la controverse des caricatures de Mahomet en 2005 au Danemark participent du même récit fondateur d'un islam radical qui réfute la liberté d'expression artistique. Face à ce danger qui touche aussi bien les pays musulmans que non musulmans, l'organisme international de défense et protection de la liberté d'expression des écrivains comme le PEN International s'est renforcé, et d'autres, comme Index on Censorship, Article 19, Human Rights Watch, Reporters Sans Frontières, Le Parlement International des Écrivains, International Cities of Refugee Network, Cartooning for Peace, Scholars at Risk, Human Rights Defenders ou encore Artists at Risk Connection, ont vu le jour devant l'augmentation exponentielle du nombre de personnes menacées. L'article analyse le cas de Salman Rushdie ainsi que les causes de la menace d'attaque terroriste à l'encontre des écrivains, définit les nouveaux contours de la censure, puis présente les mécanismes de protection mis en place à travers le monde par des organisations à but non lucratif.

Mots-clés: Liberté d'expression artistique; Censure; État; Islam; Protection internationale.

ABSTRACT

The death sentence of Salman Rushdie by Ayatollah Khomeini's fatwa for the Satanic Verses marked the entry into the post-1989 era with the emergence of state-wide state terrorism that shook the world. The whole world as during the attack on journalists and cartoonists of Charlie Hebdo in 2015. The assassinations of intellectuals and journalists in Algeria between 1991 and 2002, that of Theo Van Gogh in the Netherlands in 2004, the controversy of the cartoons of Mohammed in 2005 in Denmark participate in the same founding story of a radical Islam which refutes the freedom of artistic expression. Faced with this danger which affects both Muslim and non-Muslim countries, the international organization for the defense and protection of the freedom of expression of writers such as PEN International has strengthened, and others, such as Index on Censorship, Article 19, Human Rights Watch, Reporters Without Borders, The International Parliament of Writers, International Cities of Refugee Network, Cartooning for Peace, Scholars at Risk, Human Rights Defenders or Artists at Risk Connection, were created in the face of the exponential increase the number of people at risk. The article analyzes the case of Salman Rushdie as well as the causes of the threat of terrorist attack against writers, defines the new contours of censorship, then presents the protection mechanisms put in place around the world by non-profit organizations¹.

Keywords: Freedom of artistic expression; Censorship; State; Islam; International protection.

* Doutora em Literatura Geral e Comparada pela Université Le Mirail de Toulouse. Representante da International Cities of Refuge Network (ICORN). Professora Titular da Université de Strasbourg.
sylvie.debs@unistra.fr

Recebido em 12-2-2020 | Aprovado em 12-2-2020²

¹ Elaborado pelos Editores.

² Artigo convidado.



SOMMAIRE

INTRODUCTION; 1 DE LA CONDAMNATION A MORT DE SALMAN RUSHDIE AUX MORTS DE CHARLIE HEBDO; 2 LES NOUVEAUX CONTOURS DE LA CENSURE; 3 COMMENT PROTÉGER LES ECRIVAIN ET ARTISTES DE RISQUE?; CONCLUSION; ANNEXE; BIBLIOGRAPHIE.

■ INTRODUCTION

*Les artistes sont faibles et vulnérables, ils ont besoin d'être protégés.
Dans leurs assauts contre les forces de l'obscurantisme,
ils endurent parfois de terribles souffrances.*
SALMAN RUSHDIE³

Lors d'un entretien accordé à François Lestavel à l'occasion de la sortie de son livre *Deux ans huit mois et vingt-huit nuits*, Salman Rushdie affirme à propos de sa condamnation à mort, Mon cas n'a été que le précurseur d'un phénomène bien plus vaste qui désormais nous concerne tous⁴. En effet, depuis la fatwa⁵ du 14 février 1989, le monde a connu une série d'événements qui ont marqué l'entrée dans une nouvelle ère: décennie noire en Algérie, guerre du Golfe, siège de Sarajevo en Bosnie-Herzégovine, attentats du 11 septembre aux États-Unis, chute de Bagdad en Irak, assassinat du cinéaste Théo Van Gogh au Pays-Bas, scandale des caricatures de Mahomet au Danemark, incendie du siège de Charlie Hebdo en France jusqu'à l'attaque terroriste islamique du 7 janvier 2015 qui a fait douze victimes⁶.

A y regarder de plus près, l'année 1989 a marqué un tournant dans l'histoire mondiale : ce fut l'année de la fatwa de l'Ayatollah Khomeiny à Téhéran, du massacre de la Place Tiananmen à Pékin, de la chute du mur de Berlin et de la création du World Wide Web à Genève⁷. Pour l'historien anglais Eric J. Hobsbawm (1917-2012)⁸, c'est également la fin du XXe siècle qui s'était structuré sur l'opposition entre des modèles politiques et économiques qui

³Cf. https://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/15/salman-rushdie-defend-la-liberte-d-expression-absolue-de-charlie-hebdo_4557119_3224.html

⁴ Cf. <https://www.parismatch.com/Culture/Livres/Salman-Rushdie-regle-ses-contes-1046902>

⁵ Dans la religion islamique, consultation juridique donnée par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle; décision ou décret qui en résulte.

⁶ Sont morts huit membres de la rédaction: Cabu, (76 ans) dessinateur; Charb, (47 ans) dessinateur et directeur de la publication; Tignous, (57 ans) dessinateur; Philippe Honoré, (73 ans) dessinateur; Georges Wolinski, (80 ans) dessinateur; Bernard Maris, (68 ans) économiste et chroniqueur; Mustapha Ourrad, (60 ans) correcteur et Elsa Cayat, (54 ans) psychanalyste et chroniqueuse; ainsi que Frédéric Boisseau, (42 ans) employé de maintenance dans l'immeuble; Michel Renaud, (69 ans) invité de la rédaction, Frank Brinsolaro, (48 ans) policier chargé de la protection de Charb, et Ahmet Merabet, (40 ans) gardien de la paix du commissariat du 11^e arrondissement, blessé puis assassiné sur la voie publique après avoir tenté d'empêcher la fuite des tueurs.

⁷ Cf. <https://home.cern/fr/about>

⁸ Éric J. HOBBSAWN (1917-2012) : Historien britannique né à Alexandrie, grand intellectuel cosmopolite et polyglotte du siècle dernier. Son travail sur les nations et le nationalisme aux XIXe et XXe siècles en Europe et l'invention des traditions a été mondialement reconnu. Il a créé le concept de «long XIXe siècle», le faisant aller de 1789 à 1914 qu'il a découpé en trois ères distinctes : *L'ère des révolutions (1789-1848)* ; *L'ère du capital (1848-1875)*; *L'ère des empires (1875-1914)*.

divisaient le monde en deux blocs antagonistes : le bloc capitaliste à l'Ouest et le bloc communiste à l'Est, comme il l'a exposé dans *L'âge des extrêmes. Histoire du court XXème siècle, 1914-1991*⁹, paru en 1994 en Grande-Bretagne.

Ce n'est qu'en 2012, lors de la parution de son autobiographie intitulée *Joseph Anton*, que Salman Rushdie¹⁰, avec le recul, a compris les portées symboliques et politiques de la fatwa. Il montre comment les références politiques occidentales ont été régulièrement menacées par un islam radical étatique bien structuré. Michel Foucault l'avait pressenti en 1979, lors de ses reportages sur la révolution iranienne: Le problème de l'islam comme force politique est un problème essentiel pour notre époque et pour les années qui vont venir, » écrivait-il et aussitôt d'ajouter, comme un avertissement: La première condition pour l'aborder avec tant soit peu d'intelligence, c'est de ne pas commencer par y mettre de la haine.¹¹ Quand dix ans plus tard un écrivain britannique est condamné pour blasphème et apostasie, personne ne comprend. Trente-trois ans plus tard, Salman Rushdie en conclut:

Tout cela fait partie de la même histoire, du même récit fondamental. Mais en 1989, il était trop tôt pour comprendre de quoi il s'agissait. Personne n'a vu la fatwa comme le début d'un conflit plus large, on y percevait une anomalie farfelue¹².

En 2015, il a encore pris virulemment la défense des victimes de Charlie Hebdo dans le discours prononcé à Burlington dans l'état du Vermont aux États-Unis, alors que certains écrivains se récusaient à prendre la défense des dessinateurs:

Ce qui me déplaît vraiment, c'est la façon avec laquelle nos camarades sont morts. Eux qui sont morts en utilisant le même outil que moi, qui est un stylo ou un crayon, ont été presque immédiatement vilipendés, traités de racistes et je ne sais quoi d'autre¹³.

Pour lui, la liberté d'expression ne peut pas être divisible. Elle est absolue ou elle n'est pas: La tradition satirique française a toujours été très piquante, très dure et c'est encore le cas¹⁴. Et commencer par mettre des restrictions à la liberté d'expression équivaut à la nier: On peut ne pas aimer Charlie...mais ça n'a rien à voir avec leur droit de prendre la parole rajouté-il.

Au regard des événements survenus au cours de ces vingt-cinq années (1990-2015), protéger la liberté d'expression artistique dans le monde est devenu une nécessité plus que jamais impérative. Afin de mieux comprendre les causes des changements politiques,

⁹ HOBBSBAWN, Éric J. *L'âge des extrêmes. Histoire du court XXème siècle, 1914-1991*. Bruxelles: Éditions complexes, 1999, 810 p.

¹⁰ RUSHDIE, Salman. *Joseph Anton*. Une autobiographie. Paris : Folio Gallimard, 2013, 928 p.

¹¹ FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits 1954-1988*. Paris : Gallimard, 1994, p.708.

¹² Propos recueillis par Jean Birnbaum, envoyé spécial du journal Le Monde à Londres.
https://www.lemonde.fr/livres/article/2012/09/20/memoires-de-guerre-de-salman-rushdie_1763054_3260.html

¹³<https://www.lci.fr/livre/salman-rushdie-defend-la-liberte-d-expression-de-charlie-hebdo-aux-etats-unis-1520234.html>.

¹⁴https://www.lemonde.fr/societe/article/2015/01/15/salman-rushdie-defend-la-liberte-d-expression-absolue-de-charlie-hebdo_4557119_3224.html.

sociétaux, éthiques et culturels, et pour mettre en place des mécanismes efficaces de protection de la liberté d'expression, nous reviendrons sur les principaux faits et leurs significations, décrirons les nouveaux contours de la censure, avant de présenter les dispositifs pratiques d'aide aux écrivains et artistes mis en place durant la même période.

1 DE LA CONDAMNATION A MORT DE SALMAN RUSHDIE AUX MORTS DE CHARLIE HEBDO

En janvier 1993, quand le journaliste et écrivain Gilles Herzog publie son entretien avec Salman Rushdie au cours duquel il lui demande de se définir (un prisonnier? un otage? un fantôme, un homme en fuite?), ce dernier lui rétorque:

Je suis d'abord et avant tout la victime d'un crime en cours. Le gouvernement d'Iran commet un crime d'après les lois internationales, bien entendu, mais aussi d'après la loi islamique elle-même. Je suis la victime de ce crime. Certains de vos qualificatifs sonnent passifs et futiles. Je ne me sens ni passif ni futile, mais un homme en colère. Il est plus que temps que toute cette affaire prenne fin. Et, pour cela, j'ai besoin d'aide¹⁵.

Aussitôt Gilles Herzog de s'excuser : Pardon. Disons, oui, un homme révolté. , mais Salman Rushdie insiste:

Je suis, soyez-en persuadé, un homme en colère. Un crime vicieux a faussé trois années et demie de ma vie. Et pourquoi ? Parce que j'ai écrit un roman ! En Europe, il y a des siècles qu'on ne persécute plus les gens pour avoir écrit des romans!

On comprend facilement l'exaspération et la saturation d'un homme dont la vie a brutalement basculé, qui doit se terrer, qui a dû déménager cinquante-six fois la première année qui a suivi sa condamnation et qui n'envisage pas d'être obligé de continuer à vivre dans ces conditions inhumaines jusqu'à sa mort.

Tout le monde se souvient de cette Saint Valentin pas comme les autres ! En effet, le 14 février 1989, l'Ayatollah Khomeiny, guide suprême de la révolution islamique iranienne avait condamné à mort l'écrivain britannique Salman Rushdie sur Radio Téhéran pour un roman accusé de ridiculiser le Coran et Mahomet. Rouhollah Al- Moussavi Al-Khomeini, le 25 Bahman 1367, avait demandé à tous les musulmans d'exécuter Salman Rushdie, ainsi que ses éditeurs, lecteurs et traducteurs dans une célèbre fatwa:

Au nom de Dieu tout-puissant. Il n'y a qu'un Dieu à qui nous retournerons tous. Je veux informer tous les musulmans que l'auteur du livre intitulé *Les Versets sataniques*, qui a été écrit, imprimé et publié en opposition à l'Islam, au prophète et au Coran aussi bien que ceux qui l'ont publié ou connaissent son contenu, ont été condamnés à mort.

¹⁵ Extrait de l'entretien paru dans le numéro 9 de La Règle du jeu. <https://laregledujeu.org/revue/n-9/>.

J'appelle tous les musulmans zélés à les exécuter rapidement, où qu'ils les trouvent, afin que personne n'insulte les saintetés islamiques. Celui qui sera tué sur son chemin sera considéré comme un martyr. C'est la volonté de Dieu.

De plus, quiconque approchera l'auteur du livre, sans avoir le pouvoir de l'exécuter, devra le traduire devant le peuple afin qu'il soit puni pour ses actions. Que Dieu vous bénisse tous.

Ce sera l'apogée d'un mouvement qui avait démarré dès septembre 1988 avec la publication des *Versets sataniques*, à une époque où personne ne soupçonnait encore les conséquences de la montée du fondamentalisme musulman. Salman Rushdie, grâce à sa double culture et en virtuose du réalisme magique, y narrait les aventures picaresques de deux Indiens décédés dans un attentat terroriste contre leur avion, littéralement tombés du ciel sains et saufs sur une plage anglaise et qui vont mener leur vie d'immigrés dans le Londres thatchérien.

De toutes les ironies, la plus triste, c'est d'avoir travaillé pendant cinq ans pour donner une voix (...) à la culture de l'immigration (...) et de voir mon livre brûlé, le plus souvent sans avoir été lu, par ces gens mêmes dont il parle", écrira l'écrivain¹⁶.

Dès sa publication, le livre avait suscité une vague d'indignation sans pareille dans le monde musulman, à commencer par l'Inde où le Premier ministre Rajiv Gandhi interdit l'ouvrage. Il sera suivi par une vingtaine de pays. En janvier 1989, des exemplaires sont brûlés en place publique, à Bradford, au nord de l'Angleterre¹⁷. Pour la première fois dans l'histoire de la censure, la condamnation à mort d'un auteur est lancée avec une dimension internationale, ce qui a engendré, par conséquence, des répercussions politiques qui ont conduit à une crise internationale entre gouvernements.

Jusque-là, nous étions confrontés aux mécanismes de censure mis en œuvre dans divers pays et époques décrits par l'historien américain Robert Darnton, spécialiste des Lumières et de l'histoire du livre sous l'Ancien Régime, dans son livre *De la censure. Essai d'histoire comparée*¹⁸. Il y distingue trois dimensions essentielles: la répression, telle qu'elle a été mise en application dans la France des Bourbons au XVIIIe siècle, l'herméneutique, telle qu'elle a été pratiquée par l'Inde britannique au XIXe siècle, et enfin, la politique, à l'exemple de l'Allemagne de l'est communiste du XXe siècle. Dans tous les cas de figure, la censure s'effectuait toujours à l'intérieur d'un même cadre géographique, religieux et politique. Les mécanismes de la censure révélaient soit une lutte des classes, entre privilèges et répression, soit une lutte de pouvoir entre libéralisme et impérialisme, soit l'exercice bureaucratique de mise en conformité des textes littéraires avec la ligne d'un parti¹⁹. Les règles répondaient à une logique politique plus ou moins implicite: le contrôle de l'État et de l'Église en France, la

¹⁶ Quand Salman Rushdie racontait sa "vie de condamné à mort". Paris Match. Disponible en : <https://www.parismatch.com/Culture/Livres/Salman-Rushdie-fatwa-condamne-a-mort-1989-archives-1606040>.

¹⁷ Voir la chronologie des faits établis par Antoine de Gaudemar en annexe.

¹⁸ DARNTON, Robert. *De la censure. Essai d'histoire comparée*. Paris: NRF Essais, Gallimard, 2014, 391 p.

¹⁹ Pour plus de détails, lire le compte rendu de Björn-Olav Dozo, DANTON, Robert. *De la censure. Essai d'histoire comparée, Lectures* [En ligne], Les comptes rendus, 2014, mis en ligne le 29 octobre 2014. URL: <http://journals.openedition.org.scd-rproxy.u-strasbg.fr/lectures/15985>. Consulté le 05 octobre 2019.

tension entre la volonté de préserver la liberté d'expression chère aux Anglais et la nécessité de la répression des manifestations nationalistes en Inde, et enfin la planification des thèmes littéraires marxistes qui s'opposaient à «la corruption liée à la culture consumériste²⁰.» En conclusion, Robert Darnton déclare que «la censure, (...), est fondamentalement politique; elle est appliquée par l'État²¹» qui «détient un monopole du pouvoir²².

2 LES NOUVEAUX CONTOURS DE LA CENSURE

Dans le cas de la fatwa de 1989, nous avons affaire à trois protagonistes clairement définis, dont Francis Dupuis-Déri analyse les motivations dans son article *L'Affaire Salman Rushdie: symptôme d'un «Clash of Civilizations? C'est donc bien une question centrale soulevée depuis que nous sommes sortis de L'âge des extrêmes»* et entrés dans une ère que nous avons du mal à définir, tant les changements ont été massifs et rapides à l'échelle planétaire. Dans la précipitation et la simplification des analyses, on a souvent expliqué les exactions d'un islam radical par une guerre des civilisations entre l'Occident et l'Orient. Mais la réalité est bien plus complexe, puisque l'affaire Rushdie met en scène «trois acteurs fondamentaux d'une civilisation: l'artiste qui produit la culture, l'imam qui définit la morale et le prince (ici la princesse!) qui est le garant et le promoteur d'une culture²³.

Francis Dupuis-Déri non seulement reprend de façon très détaillée tous les éléments de l'affaire avec ses morts collatéraux et les autodafés, comme il en souligne le caractère international:

Le roman provoque une crise internationale à tous les niveaux. Étatique, d'abord, puisque l'Iran et la Grande-Bretagne s'affrontent sur le plan diplomatique. D'autres États prennent position au niveau international : le Canada, les États-Unis, le Japon, l'URSS, le Vatican. Crise également nationale pour plusieurs pays comme la Grande-Bretagne, l'Inde, le Pakistan, l'Afrique du Sud. Enfin, crise transnationale puisque des organisations internationales, gouvernementales ou non, réagissent également : l'OIC, la CEE, l'ONU, les organisations musulmanes, les associations d'écrivains, d'avocats, et des groupes terroristes. Au niveau individuel enfin, des milliers de citoyens anonymes descendent dans la rue un peu partout dans le monde pour condamner ou défendre le roman. Des manifestants, des policiers et des traducteurs y laissent leur vie²⁴.

Selon Gilles Keppel, Khomeiny aurait lancé cette fatwa publique dans une dernière tentative

pour relancer un djihâd à l'échelle internationale. (...) L'imam souhaitait rendre à l'Iran, affaibli par l'échec de la guerre contre l'Irak, un rôle de *leader* dans le monde

²⁰ DARNTON, Robert, *op. cit.*, p. 183.

²¹ *Idem*, p. 299.

²² *Idem*, p. 290.

²³ DUPUIS-DÉRI, Francis. *L'Affaire Salman Rushdie: symptôme d'un Clash of Civilizations? Études internationales*, v. 28 n. 1. p. 29.

²⁴ *Idem*, p. 30.

islamique. Il exerçait des pressions politiques que les États européens où vivent des populations musulmanes, en tentant d'inciter celles-ci à la violence²⁵.

La cristallisation autour de cette affaire a fait oublier l'essentiel que l'auteur prend soin de rappeler :

Au centre de la tempête il y a un roman, une œuvre de fiction qui aspire à la condition littéraire. Il me semble souvent que les gens de tous côtés de la dispute ont perdu de vue ce simple fait. (...) Un livre est une version du monde. Si vous ne l'aimez pas, ignorez-la, ou offrez à la place votre propre version.²⁶

En 1989 l'Occident a du mal à prendre au sérieux le nationalisme et la ferveur religieuse. L'Ouest amnésique oublie que sa propre histoire est marquée par les guerres de religion et qu'en Europe la foi fut longtemps considérée raison d'État. La culture libérale de l'Ouest est prise au dépourvu par la culture islamique radicale qui emprisonne et tue artistes et écrivains. Comme le rappelle Salman Rushdie dans *Der Spiegel*, «si Woody Allen était musulman, il ne vivrait pas très longtemps²⁷.» Malgré cela, Salman Rushdie ne reste pas confiné dans l'isolement qui lui est imposé pour sa protection, et se sent extrêmement solidaire de ses frères et sœurs de plumes» qui deviennent l'objet du même type de menace ou, pire, qui sont assassinés.

Les six premiers mois de l'année 1993 ont battu le sinistre record de plus de mille écrivains persécutés, emprisonnés ou assassinés dans le monde, qu'ils soient algériens, iraniens, turcs, chinois ou nigériens. Tous sont confrontés au cruel dilemme que Tahar Djaout (1954-1993) avait exprimé avant d'être lui-même exécuté à Alger: Le silence, c'est la mort. Si tu parles tu meurs. Si tu te tais tu meurs. Alors parle et meurs. C'est la mort de ce dernier qui a suscité l'indignation des écrivains du monde entier qui ont répondu présents à l'appel de Salman Rushdie à Strasbourg pour la création d'un Parlement international des écrivains. Ce fut un Parlement sans bâtiment et sans pouvoir dont Rushdie a rédigé la charte:

Les écrivains sont les citoyens de plusieurs pays : le pays bien délimité de la réalité observable, le royaume infini de l'imagination, la terre à moitié perdue de la mémoire, les fédérations du cœur à la fois brûlantes et glacées, les états unis de l'esprit (calmes et turbulents, larges et étroits, réglés et détraqués), les nations célestes et infernales du désir, et peut-être la plus importante de toutes nos demeures la République sans entraves de la langue.²⁸

²⁵ KEPPEL, Gilles. *La revanche de Dieu*. Paris: Seuil, coll. : Points actuels, n° AI 17, 1991, p. 56.

²⁶ RUSHDIE, Salman. *In Good Faith*. New York: Granta Books, 1990, p. 3 et p. 21.

²⁷ Cité par PIPES, Daniel. *The Rushdie Affair: The Novel, The Ayatollah and the West*. New York : Birch Lane Press Book, 1990, p. 74.

²⁸ Cité par Christian SALMON dans la Tribune du journal Libération du 3 juillet 1998 : Le visage de la censure a changé. Le Parlement international des écrivains, crée en 1993, cherche à faire entendre la parole de tous ceux que l'ordre écrase. Contre la tyrannie de l'unique. Christian Salmon était le Secrétaire Général du Parlement International des Écrivains. Disponible à l'adresse : https://www.liberation.fr/tribune/1998/07/03/le-visage-de-la-censure-a-change-le-parlement-international-des-ecrivains-cree-en-1993-cherche-a-fai_241566.

Les parlementaires n'ont pas été élus, mais chassés de leurs pays respectifs. Les deux premiers présidents, Salman Rushdie et Wole Soyinka, lauréat du Prix Nobel de littérature en 1986, sont «traqués par les assassins de deux États membres de l'ONU et ne disposent ni l'un ni l'autre des droits élémentaires d'un simple citoyen²⁹. La censure a bien changé, et l'assassinat d'écrivains devenu banal. Avant, elle frappait les livres; maintenant, elle s'attaque directement aux auteurs, pour des livres que leurs assassins n'ont même pas lus. Avant, c'était l'Église ou l'État qui l'exerçait; maintenant, c'est le citoyen lambda qui met la sentence à exécution. Avant, elle réprimait des idées politiques ou religieuses; maintenant, c'est le seul statut d'intellectuel ou d'artiste qui peut vous mettre en danger comme le souligne Christian Salmon dans une tribune du journal Libération:

La censure a changé de forme, d'agent, de cible, elle s'est privatisée, s'est détachée de l'État, pour se diffuser dans la société, devenir état d'esprit. (...) Cette intolérance gagne du terrain, non seulement dans les régions à fondamentalisme islamiste, mais aussi bien chez nous, en Europe et aux États-Unis, où un nouvel ordre moral tente d'imposer aux écrivains et aux artistes ses raisons, ses critères et ses limites³⁰.

Quand jusque-là les principales formes de protestation consistaient en des campagnes de dénonciation, des plaidoiries, des tribunes ou des indignations médiatiques souvent restés lettres mortes, le Parlement tente d'agir de façon concrète et cherche à faire entendre, selon Jacques Derrida, la parole inaudible et inouïe de tous ceux que l'ordre écrase, le cri du monde³¹. C'est pourquoi Jacques Derrida a développé le concept de ville-refuge, concept sur lequel nous allons revenir plus tard, en rappelant la tradition hébraïque, puis celle des villes du Moyen Age qui étaient libres d'accueillir des écrivains bannis par d'autres villes, comme ce fut le cas pour Dante Alighieri (1265-1321) ou d'autres.

3 COMMENT PROTÉGER LES ECRIVAIN ET ARTISTES DE RISQUE?

En dehors du PEN Club créé en 1921 par la poète, dramaturge et militante de la paix britannique Catherine Amy Dawson-Scott (1865-1934) dans le but de réunir les écrivains après l'horreur causée par la Première Guerre mondiale³², organisation qui constitue la référence dans ce domaine, diverses organisations internationales d'aide et de protection pour les artistes menacés ont vu le jour des années 1980 à nos jours pour répondre au nombre grandissant de victimes. Nous verrons que chaque organisation est née d'un besoin spécifique, conséquence des nouveaux contours de la censure, que chaque organisation conserve ses modes de financement et fonctionnement propres, même si elles sont, de plus en plus souvent, amenées à coopérer pour pouvoir répondre plus vite et plus efficacement

²⁹ *Idem.*

³⁰ *Idem.*

³¹ Intellectuels pour une aut en algérie, les intellectuels sont la cible de choix des I. L'Humanité. Disponible à l'adresse : <https://www.humanite.fr/node/67205>.

³² Cf. le texte de Paul Valéry qui commence par la célèbre phrase : « Nous autres civilisations, nous savons maintenant que nous sommes mortelles » in « La Crise de l'Esprit », *NRF* 1919, repris en volume dans *Variété* (Gallimard, 1924), réédition Pléiade, *Œuvres*, I, p. 988 à 991 et le livre de Stephan Zweig, *Le monde d'hier. Souvenirs d'un Européen*. Il y dénonce la montée des nationalismes en Europe entre 1895 et 1941 et se livre à un plaidoyer pour l'Europe.

aux demandes d'aides, toujours plus nombreuses, qui leur parviennent. Ces aides peuvent être de divers types: aide financière, juridique, psychologique, médicale ou encore technique. De même, la protection proposée peut aller d'une campagne de dénonciation jusqu'à une relocalisation territoriale.

La mission du PEN International³³ est de protéger, défendre et aider les écrivains en situation de risques. Il les aide à se réinstaller partout dans le monde grâce à une aide directe et organise des campagnes internationales de dénonciation. Pour plus d'efficacité, il collabore avec des partenaires comme le Réseau international des villes refuges (*International Cities of Refuge Network - ICORN*) et le celui des Journalistes en Détresse - *Journalists in Distress (JID)*³⁴, un groupe de 18 organisations internationales qui fournit une assistance directe aux journalistes menacés pour leur travail. ICORN³⁵ pour sa part offre des résidences de longue durée aux écrivains et aux artistes qui recherchent un répit dans des situations difficiles dans leur pays natal en raison de l'exercice de leur profession. Par ailleurs, la Fondation du Fonds d'urgence PEN octroie des aides d'urgence qui incluent le visa de vol, l'assurance voyage, l'assistance médicale et le soutien général pour les frais de subsistance. Rappelons que le nom du PEN Club avait été conçu à partir d'un acronyme : poètes, essayistes, romanciers (*novelists* en anglais). À la fin de la Seconde Guerre mondiale, le PEN s'est transformé en International PEN, avec un nombre croissant de centres dans le monde. En 2010, l'organisation a été renommée PEN International³⁶ et son siège se trouve à Londres.

Dans la même ville, nous trouvons *Index on Censorship*³⁷, une organisation à but non lucratif de défense de liberté d'expression fondée en 1972 en Grande-Bretagne par un magazine qui défendait la liberté des écrivains en Union Soviétique et les pays du Pacte de Varsovie. A l'heure actuelle, l'organisation défend cette liberté partout où elle est entravée. Le magazine trimestriel publie des écrivains du monde entier, favorise le débat et surveille les menaces à la liberté d'expression. Les principaux moyens d'action sont l'information (magazine et site web), les campagnes de plaidoyer, la participation aux débats sur la liberté d'expression lors d'événements culturels et le soutien direct de personnes menacées par le biais de la bourse de remise du prix de la liberté d'expression. Il s'agit d'un programme d'un an de soutien sur mesure pour les artistes et activistes des droits de l'homme.

S'adressant plus spécifiquement aux journalistes (qui peuvent aussi être écrivains) et qui sont de plus en plus ciblés, *Reporters Sans Frontières* leur propose un réseau international de protection. C'est une organisation internationale fondée en 1985 à Montpellier par quatre journalistes, dont le siège se trouve maintenant à Paris. RSF jouit d'un statut consultatif auprès de l'ONU, de l'UNESCO, du Conseil de l'Europe et de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF). Elle dispose de bureaux dans 5 villes à travers le monde et de correspondants dans cent quinze pays, ce qui lui confère une forte capacité de mobilisation et d'interpellation, ainsi qu'une influence sur le terrain comme dans les ministères et les enceintes où sont rédigées les normes sur la presse et Internet³⁸.

³³ Nos actions de protection. *Pen Internacional*. Disponible à l'adresse : <https://pen-international.org/fr/protecting-writers-at-risk/our-protection-work>.

³⁴ <https://www.cpi.org>

³⁵ *International Cities of Refuge Network*. Disponible à l'adresse : <https://www.icorn.org>.

³⁶ Pen International. Disponible à l'adresse : <https://pen-international.org/fr>.

³⁷ X index. Disponible à l'adresse : <https://www.indexoncensorship.org>.

³⁸ Reporters Sans Frontiers. Disponible à l'adresse : <https://rsf.org/fr/>.

Quant à *Article 19*, c'est une organisation britannique de défense des droits de l'homme qui œuvre pour un monde où chacun est libre d'exprimer ses opinions, de participer à la prise de décisions et de faire des choix informés sur la manière de mener sa vie. Fondée en 1987, sur une idée de l'homme d'affaires et philanthrope américain J. Roderick MacArthur (1920-1984), elle défend et promeut la liberté d'expression et d'information dans le monde entier. Elle tire son nom de l'Article 19 de la déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU à Paris le 10 décembre 1948:

Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontière, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

L'organisation déploie cinq programmes régionaux (Afrique, Asie, Europe, Amérique latine et Moyen-Orient), ainsi qu'un programme de droit et un programme numérique. Elle compte plus de cent employés et bureaux régionaux au Bangladesh, Brésil, Kenya, Mexique, Myanmar, Sénégal et en Tunisie. Ils travaillent en partenariat avec près de cent organisations dans plus de soixante pays du monde. Article 19 a pris la défense, entre autres du journaliste Sud-Africain anti-apartheid Zwelakhe Sisulu (1950-2012) et de l'écrivain Salman Rushdie.

Les journalistes/dessinateurs tombant également dans le spectre des professions menacées, un réseau de défense spécifique a vu le jour: *Cartooning for Peace*. C'est un réseau international de dessinateurs de presse engagés qui combattent, avec humour, pour le respect des cultures et des libertés. Il est né à la suite d'une rencontre entre Kofi Annan (1938-2018), prix Nobel de la Paix alors Secrétaire général des Nations Unies et Plantu, journaliste et dessinateur au journal *Le Monde* et *L'Express*. Pour protester contre les réactions sanglantes à la publication des caricatures de Mahomet dans le journal danois *Jyllands-Posten* le 30 septembre 2005, ils ont décidé de réunir douze dessinateurs internationaux autour d'un colloque intitulé « Désapprendre l'intolérance – dessiner pour la paix » le 16 octobre 2006 au siège des Nations Unies à New York. La Fondation suisse *Cartooning for Peace* est créée dans la foulée à Genève avec Kofi Annan comme Président d'honneur, et en 2008, l'association française *Cartooning for Peace* voit le jour à Paris. L'équipe est hébergée dans les locaux du journal *Le Monde* où travaille Plantu, Président de la Fondation et de l'Association *Cartooning for Peace*³⁹.

Cette dernière défend le respect du pluralisme des cultures et des opinions, combat les préjugés et le conformisme intellectuel et donne une visibilité et un appui à ceux qui sont empêchés d'exercer librement leur métier. L'association utilise la valeur pédagogique du dessin de presse pour dénoncer les intolérances et organise des expositions proposant un regard critique et ironique sur la société. En 2014, Radu Mihaileanu et Stéphanie Valloato ont réalisé le film *Les fantassins de la démocratie*⁴⁰ sur douze dessinateurs à travers le monde, mettant en lumière les risques encourus en raison de leur travail, film présenté à Cannes en leur présence. Après l'attentat contre Charlie Hebdo où Wolinski, Charb, Cabu, Tignous et Honoré ont été assassinés, *Cartooning for Peace* organisa le 21 septembre 2015 un grand

³⁹ *Cartooning for Peace*. Dessins pour la paix. Disponible à l'adresse : <https://www.cartooningforpeace.org>.

⁴⁰ Caricaturistes – Fantassins de la démocratie, 2014. Disponible à l'adresse : <https://www.youtube.com/watch?v=pZmntGw2ics>.

colloque international de réflexion sur le dessin de presse et la liberté d'expression intitulé «Le dessin de presse dans tous ses États.⁴¹» Puis, les 15 et 16 décembre, *Cartooning for Peace* rassembla, avec le soutien de l'Union européenne, 28 dessinateurs de presse, représentant chacun des États membres de l'Union européenne, pour l'évènement *Cartooning for Human Rights* dans l'enceinte du Parlement Européen à Strasbourg⁴².

C'est la même année, en 2006, que les anciennes villes du réseau de solidarité internationale créée en 1993 et après la dissolution du Parlement international des écrivains, décident de se reconstituer avec de nouvelles règles de fonctionnement. Ainsi ICORN (International Cities of Refuge Network) voit le jour à Stavanger, en Norvège avec l'idée de poursuivre les actions inaugurées par le Parlement international des écrivains dont Salman Rushdie (1994-1997) fut le premier président, remplacé ensuite par Wole Soyinka (1997-2000), puis par Russell Banks (2000-2003). Le conseil exécutif formé par Adonis, Breyten Breytenbach, Jacques Derrida, Édouard Glissant, Salman Rushdie, Christian Salmon⁴³ et Pierre Bourdieu avait lancé la revue *Autodafé*⁴⁴, publiée en huit langues, ouvert un site internet et créée un réseau de villes refuges dont Jacques Derrida avait écrit le texte fondateur : "*Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!*"⁴⁵ D'entrée, il rappelait l'objectif premier de ce Parlement sans murs :

Le nom de «villes-refuges», nous le savons, semble s'inscrire en lettres d'or dans la constitution même du Parlement international des écrivains. Dès notre première rencontre, nous avons appelé à ouvrir de telles villes-refuges à travers le monde. Et cela ressemble bien, en effet, à une nouvelle cosmopolitique. Nous avons entrepris de susciter, à travers le monde, la proclamation et l'institution de «villes-refuges» nombreuses et surtout autonomes, aussi indépendantes entre elles et indépendantes des États qu'il serait possible, mais des villes-refuges néanmoins reliées entre elles selon des formes de solidarité à inventer⁴⁶.

La raison fondatrice du parlement était une volonté de combattre de façon différente et plus pratique les persécutions dont souffrent les intellectuels. La philosophie au cœur de cette nouvelle pratique est incontestablement liée à un concept cher à Derrida, celui de l'hospitalité, du devoir d'hospitalité et du droit à l'hospitalité. Dans son essai, il fait donc référence aux analyses d'Hannah Arendt sur les origines du totalitarisme, à la Convention de Genève de 1951, au texte de Kant sur le droit de l'hospitalité universelle, ainsi qu'à

une tradition hébraïque, ces villes qui devaient accueillir et protéger ceux qui pouvaient venir s'y réfugier quand ils étaient poursuivis par une justice aveugle et

⁴¹ *Cartooning for Peace*. Dessins pour la paix. Disponible à l'adresse <https://www.cartooningforpeace.org> › Évènements.

⁴² Pour connaître l'ensemble des activités, consultez <https://www.cartooningforpeace.org/presentation/>

⁴³ HANIMANN, Joseph ; SALMON, Christian. *Devenir minoritaire: Pour une nouvelle politique de la littérature*. Suivi de *Un parlement imaginaire ? Entretiens avec Salman Rushdie, Wole Soyinka et Russell Banks*. Paris : Denoël, 2003, 156 p.

⁴⁴ Gallimard. Disponible à l'adresse : <http://www.gallimard.fr/Catalogue/DENOEL/Revue-Autodafe/Autodafe>.

⁴⁵ DERRIDA, Jacques. *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort*. Paris: Galilée, 1997, 58 p.

⁴⁶ *Idem*, p. 13.

vengeresse ou par ce que les textes appellent le vengeur de sang pour un crime dont ils étaient innocents (ou plutôt involontaires.)⁴⁷

La référence se trouve dans les *Nombres* (XXXV 9-32). Dieu avait ordonné à Moïse de créer des villes de refuge ou d'asile pour l'étranger ou l'hôte résidant parmi eux. Offrir une possibilité d'exil et de liberté de parole est au cœur de la mission d'ICORN, comme le montre le film réalisé par Marion Stalens, *Le silence ou l'exil*⁴⁸ tourné en 2012 qui nous permet de suivre les itinéraires de Ma Jian (Chine), Mana Neyestani (Iran), Svetlana Alexievitch (Biélorussie) e Horácio Castellanos Moya (Salvador). La défense de la liberté d'expression, le respect des droits de l'homme, l'exercice de la démocratie, la tradition de l'hospitalité sont les valeurs défendues par le réseau ICORN. Chaque ville y travaille individuellement et le réseau permet de mettre en contact les villes membres et les artistes accueillis en résidence dans un travail solidaire, créatif et d'interaction mutuelles. Grâce aux avancées technologiques, les écrivains résidents d'ICORN peuvent atteindre leur public et les médias dans leurs pays d'origine, en plus d'être entendus dans leurs pays d'accueil.

En essayant d'adopter ce concept au Brésil, qui connaît une réalité sociale, économique et politique différente de celle de l'Europe où se trouvent le plus grand nombre des villes du réseau, il m'a semblé plus pertinent de lancer ce réseau avec les universités, qui, elles ont les capacités requises pour mettre en œuvre les trois missions-clés d'ICORN: Protéger, promouvoir et participer. En restant toujours fidèle à la philosophie de Derrida⁴⁹, nous avons osé le terme d'universités-refuges en nous appuyant sur ses réflexions développées dans *L'université sans condition*⁵⁰.

■ CONCLUSION

C'est après avoir connu personnellement des écrivains ayant été protégés par le Parlement international des écrivains ou ICORN comme Koulsy Lamko⁵¹ (dramaturge, poète, musicien et activiste tchadien à la Casa Refugio qui a fondé à son tour Casa R Hankili Africa⁵² à Mexico), Xhevdet Bajraj⁵³ (poète du Kosovo), Mohsen Emadi⁵⁴ (poète et traducteur iranien) et Christopher Mlalazi⁵⁵ (romancier, dramaturge et poète de renom du Zimbabwe) qui

⁴⁷ *Idem*, pp. 43-44.

⁴⁸ STALENS, Marion. *Le silence ou l'exil Svetlana Alexievitch (extrait)*. Disponible à l'adresse: <https://vimeo.com/143743288>.

⁴⁹ Éditions Galilée. Disponible à l'adresse: http://www.editions-galilee.fr/f/index.php?sp=liv&livre_id=2795

⁵⁰ DERRIDA, Jacques. *L'université sans condition*. Paris : Galilée, 2001, 88 p.

⁵¹ AFRIQUE, Jeune. *Tchad – Koulsy Lamko* : « Mon, pays, un terreau d'immenses beautés et d'indicibles violences ». Disponible à l'adresse : <https://www.jeuneafrique.com/142204/culture/tchad-koulsy-lamko-mon-pays-un-terreau-d-immenses-beaut-s-et-d-indicibles-violences/>.

⁵² Lire à ce propos l'entretien de Koulsy Lamko avec Tanella Boni publié dans le n° 83 de la revue *Africultures*, pp. 118-127. Disponible à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-africultures-2011-1-page-118.htm?contenu=resume>.

⁵³ International Cities of Refuge Network. *ICORN meets with Casa Refugio*. Disponible à l'adresse : <https://www.icorn.org/article/icorn-meets-casa-refugio>.

⁵⁴ Intersecting Mobilities. *Mohsen Emadi – A poet of exile*. Disponible à l'adresse : <http://www.intersectingmobilities.org/2019/04/08/mohsen-emadi-a-poet-of-exile/>

⁵⁵ Interview with Cristopher Mlalazi. *Pambazuka News*. Disponible à l'adresse : <https://www.pambazuka.org/governance/interview-christopher-mlalazi>



résident ou ont résidé au Mexique à la Casa Refugio Citlatepetl⁵⁶, que j'ai décidé de m'engager pour cette cause au Brésil. En janvier 2014, à mon retour en France, j'ai fondé CABRA, Casas Brasileiras de Refugio (www.cabras.org) avec l'intention d'ouvrir le réseau ICORN (www.icorn.org) au Brésil et d'y fonder des « universités-refuges » pour les artistes et écrivains menacés.

L'université Fédérale du Minas Gerais fut la première université de l'Amérique du Sud à intégrer le réseau en janvier 2017⁵⁷ grâce à plusieurs visites d'écrivains résidents ICORN et de deux séminaires organisés avec Lucia Castello Branco sur le thème de L'écriture, l'exil, la maison⁵⁸. L'Université Fédérale du Sud de Bahia a été la seconde université brésilienne à rejoindre le réseau à l'occasion de l'Assemblée Générale annuelle d'ICORN qui s'est déroulée à Rotterdam en 2019 après un séminaire organisé avec Cinara de Araujo et Lucia Castello Branco en avril 2018 sur Mémoires de la mer: cinéma, son, universités-refuges, images⁵⁹», puis ma propre participation au «Symposium 70 années de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme⁶⁰ en décembre de la même année. L'Université Fédérale de Juiz de Fora vient de commencer les procédures d'adhésion au réseau après plusieurs réunions de présentation, dont la première eut lieu en juin 2016 à Juiz de Fora⁶¹. Puis Barbara Simoes, chargée des Relations Internationales a participé à l'Assemblée Générale de Malmö en 2018⁶² où elle a eu l'occasion de rencontrer les artistes protégés par ICORN, ainsi que les représentants des villes-refuges dans le monde.

Les démarches qui mènent à la décision d'adhérer au réseau sont longues et complexes, un peu à l'image de longues fiançailles avant le mariage. Il y a toujours une phase de sensibilisation qui se fait à l'occasion de rencontres directes avec la direction de l'Université d'une part, et la participation à des séminaires ou colloques avec des collègues brésiliens au cours desquels nous avons l'occasion de traiter les questions de la liberté d'expression dans un angle qui rejoint une des lignes de recherches de l'université. L'idéal est que le futur invité ICORN trouve un terrain où il puisse s'intégrer et enrichir par sa présence la communauté d'accueil. Le principe de l'échange dans ce type de convention est fondamental. Le premier pas à faire reste cependant celui d'embrasser les idées que nous souhaitons défendre:

Il n'y a pas de démocratie sans solidarité, pas de civilisation sans hospitalité, pas de culture qui puisse se développer dans une société fermée. C'est pourquoi, dès sa création, le Parlement international des écrivains s'est engagé dans la constitution

⁵⁶ Mexico City, Casa Refugio Citlaltéptl. *International Cities of Refuge Network*. Disponible à l'adresse : <https://www.icorn.org/city/mexico-city-casa-refugio-citlaltepetl>

⁵⁷ UFMG assina termo de cooperação para acolher escritores refugiados. Disponible à l'adresse : <https://www.ufmg.br/90anos/tag/icorn/>.

⁵⁸ CASTELLO BRANCO, L.; DEBS, S. O ENCONTRO INESPERADO DO DIVERSO: A ESCRITA, O EXÍLIO, A CASA. *Revista da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 22, n. 1.2, 9 set. 2016.

⁵⁹ Universidade Federal do Sul da Bahia. *I Seminário de Pesquisa em artes verbais "prática da letra: memórias do mar – cinema, som, universidades – Refúgio, imagens*. Disponible à l'adresse: <https://www.ufsb.edu.br/component/content/article/691-i-seminario-de-pesquisa-em-artes-verbais-pratica-da-letra-memorias-do-mar-cinema-som-universidades-refugio-imagens>

⁶⁰ Universidade Federal do Sul da Bahia. UFSB debateu direitos humanos em simpósio. Disponible à l'adresse: <https://www.ufsb.edu.br/ultimas-noticias/1346-ufsb-debateu-direitos-humanos-em-simpósio>.

⁶¹ CABRA – Casas Brasileiras de Refúgio. *Novas colaborações no Brasil*. Disponible à l'adresse: <https://cabras.org/2016/07/31/novas-colaboracoes-no-brasil/>

⁶² International Cities of Refuge Network. *Safe, not silent: The 2018 ICON General Assembly in Malmö*. Disponible à l'adresse: <https://www.icorn.org/article/safe-not-silent-2018-icorn-general-assembly-malmo>.

d'un Réseau de villes refuges capables d'offrir un asile aux écrivains et artistes menacés. (...) Ces villes refuges doivent être des laboratoires d'une citoyenneté nouvelle, comme l'a si bien expliqué Jacques Derrida dans son essai « Cosmopolites de tous les pays, encore un effort!⁶³

Le second pas consiste à trouver les financements nécessaires pour assurer l'accueil et la résidence de l'écrivain ou artiste pendant deux ans. Une résidence de deux ans, c'est ce qui fait la différence entre ICORN et les autres organismes présentés plus haut. Pour qu'une personne ait réellement les moyens de profiter d'un abri et d'un répit pour se reconstruire ; deux ans semble être un délai minimum pour être capable de prendre un nouveau départ dans sa vie. Deux ans pour se familiariser aussi avec la langue et la culture du pays d'accueil. Le troisième pas est de créer un comité d'accueil et de suivi pour la résidence de l'artiste/écrivain invité composé autant de personnel administratif que d'enseignants. Il n'y a pas de modèle pré établi et chaque université crée une structure en conformité avec ses propres ressources, tant humaines que financières et universitaires.

La mission d'ICORN répond à une réelle nécessité et nous savons trop bien qu'aucun pays n'est à l'abri des formes de censure et de persécution. Comme l'écrivait Christian Salmon en 1998, soit plus de vingt ans déjà:

Multiplier les villes refuges, c'est redonner droit de cité aux créateurs frappés d'interdit, briser leur isolement en créant autour d'eux des nouvelles solidarités, prendre en charge la défense, non seulement des individus mais aussi de leurs œuvres en favorisant lecture, traduction diffusion⁶⁴.

Les « universités-refuges » prennent donc tout leur sens dans ce dispositif en permettant constamment d'être au plus près de l'évolution de nos modèles de société et des menaces qui pèsent sur elles. C'est le lieu par excellence où l'on peut s'interroger sur les effets de la mondialisation et du développement des technologies de virtualisation et de délocalisation, sur les valeurs de démocratie et pouvoir, sur la défense des droits de l'homme. L'engagement dans un réseau international comme celui d'ICORN permet également de réfléchir à l'université de demain, sa faculté d'invention et sa capacité de résistance.

ANNEXE

Depuis la fatwa du 14 février 1989, Rushdie dix ans de solitude. Un chapelet d'épreuves. Chronologie de la damnation d'un romancier. Par Antoine de GAUDEMAR - 13 février 1999 à 23:43

⁶³ SALMON, *Op. cit.*

⁶⁴ *Idem.*

26 septembre 1988. Les Versets sataniques paraissent chez Penguin en Grande-Bretagne. Dès octobre, des manifestations contre le livre ont lieu dans plusieurs pays d'Asie. Le 5 octobre, l'Inde interdit le livre. L'Afrique du Sud et le Pakistan suivent.

14 janvier 1989. 8 000 manifestants brûlent en public des exemplaires des Versets sataniques à Bradford, en Angleterre.

12 février 1989. Des manifestations anti-Rushdie font cinq morts et des centaines de blessés au Pakistan.

14 février 1989. L'ayatollah Khomeiny édicte une fatwa condamnant à mort Salman Rushdie pour blasphème et promettant 1 million de dollars au «musulman zélé» qui exécutera la sentence «n'importe où dans le monde». Dès le lendemain, l'écrivain passe sous la protection de Scotland Yard et plonge dans la clandestinité.

18 février 1989. Salman Rushdie exprime «ses profonds regrets» aux musulmans, le président iranien Ali Khamenei ayant déclaré que l'écrivain pourrait être pardonné s'il présentait des excuses. Mais l'ayatollah Khomeiny confirme sa fatwa.

26 février 1989. Un millier de personnes défilent dans Paris aux cris de «A mort le Satan». Deux jours après, Jacques Chirac, maire de Paris, déclare: «Je n'ai aucune estime pour monsieur Rushdie. J'ai lu ce qui a été publié dans la presse (des chapitres des Versets sataniques ont été publiés quelques jours plus tôt par Libération, le Nouvel Observateur et l'Événement du jeudi, ndlr). C'est misérable. Et en règle générale, je n'ai aucune estime pour ceux qui utilisent le blasphème pour faire de l'argent.»

7 mars 1989. La Grande-Bretagne et l'Iran rompent leurs relations diplomatiques. La plupart des pays européens rappellent leurs ambassadeurs à Téhéran. Les Versets sont bientôt interdits dans 22 pays.

29 mars 1989. A Bruxelles, Abdullah Adel, le recteur de la mosquée, que le roman de Rushdie n'avait «pas choqué», est assassiné ainsi que son collaborateur.

3 juin 1989. Mort de l'imam Khomeiny.

19 juillet 1989. Après l'Italie, la Norvège et l'Espagne, sortie des Versets en France chez Christian Bourgois, avec le soutien du ministère de la Culture et de 22 éditeurs.

3 août 1989. Explosion dans un hôtel londonien: un mort. Une organisation islamiste libanaise annonce «la mort de son premier martyr tombé en préparant une audacieuse opération contre le renégat Rushdie».

1er septembre 1989. Pour la première fois, Salman Rushdie s'exprime, par un poème de 17 vers: «" J'ai choisi de ne pas me taire. De chanter encore, en dépit des horions...».

En octobre 1989, John Le Carré déclare, à propos d'une éventuelle parution en poche des Versets sataniques: «Comment un homme dont le roman a été la cause de tant d'effusion de sang, peut-il insister pour prendre le risque d'en voir plus encore?»

8 février 1990. Dans un long texte intitulé «En toute bonne foi» et publié en France par Libération, Salman Rushdie défend un par un tous les passages controversés de son livre et s'adresse «aux musulmans honnêtes et justes»: «Je crois qu'il n'y a pas une phrase que je ne puisse justifier.» Le lendemain, à Téhéran, l'ayatollah Khamenei, successeur de Khomeiny, renouvelle la fatwa.

Novembre 1990. Salman Rushdie publie son premier livre depuis la fatwa, *Haroun et la mer des histoires*, un conte pour enfants dédié à son fils et fait ses premières apparitions publiques. Dans les cinq premiers mois de clandestinité, révèle-t-il, il a changé 56 fois de domicile.

Décembre 1990. Salman Rushdie annonce qu'il a retrouvé la foi musulmane de son enfance. Il renie les passages jugés blasphématoires de son livre, demande à son éditeur de renoncer à toute édition de poche des *Versets sataniques*, et de refuser toute nouvelle demande de traduction de l'ouvrage. Cette volte-face dérouta ses supporters occidentaux, mais laissa marbrer les ayatollahs iraniens (qui doubleront la prime quelques mois plus tard).

11 juillet 1991. Hitoshi Igarashi, professeur d'université et traducteur japonais des *Versets sataniques*, est assassiné de six coups de couteau à Tokyo.

Le 3 juillet 1991, Ettore Capriolo, traducteur italien du roman, a été poignardé à son domicile milanais.

Décembre 1991. A New York, où il se rend pour son premier voyage public hors d'Angleterre, Salman Rushdie réaffirme que son livre doit être «disponible» partout.

Février 1992. Dans son texte «Mille jours en ballon» publié par Libération, Salman Rushdie fait amende honorable de son «idée fantasque de rejoindre le combat pour la modernisation de la pensée musulmane» et refuse de «s'abandonner au désespoir».

24 juin 1992. L'écrivain lance une campagne politique internationale pour la levée de la fatwa. En octobre, à Helsinki, il déclare: «J'ai décidé de faire beaucoup de bruit parce que le bruit est mon seul espoir.» Dans un entretien à Libération, il explique avec humour sa vie d'homme caché, sa solitude (il divorce le 4 mars de sa seconde épouse, la romancière américaine Marianne Wiggins), son besoin d'écrire tous les jours mais aussi sa volonté de continuer de sortir, son refus de se déguiser: «J'ai beaucoup moins de problèmes que Madonna. Combien a-t-elle de gardes du corps?»

19 mars 1993. Pour la première fois depuis la fatwa, Salman Rushdie est à Paris, à la Grande Arche: il y est accueilli par l'ensemble de la classe politique française, Jack Lang en tête, et un parterre d'intellectuels. Il s'était vu refuser à trois reprises l'accès au territoire français. Il ne rencontrera jamais le président Mitterrand.

13 mai 1993. Salman Rushdie est reçu pour la première fois par John Major, le Premier ministre britannique.

28 septembre 1993. La compagnie aérienne British Airways maintient son refus de transporter l'écrivain, pour raisons de sécurité.

7 octobre 1993. Dans un livre collectif, cent intellectuels arabes et musulmans, parmi lesquels Adonis, Mahmoud Darwich, Edward Saïd, Naguib Mahfouz, prennent position en faveur de Salman Rushdie, à la «grande joie» de ce dernier.

12 octobre 1993. William Nyggard, l'éditeur norvégien des *Versets sataniques*, est blessé dans un attentat à Oslo.

7 novembre 1993. Le Parlement international des écrivains est constitué à Strasbourg, en présence de Salman Rushdie, qui en devient le président. Plus de deux cents écrivains et intellectuels, dont Paul Auster, Maurice Blanchot, Pierre Bourdieu, Jacques Derrida, Carlos Fuentes, Günter Grass, Claudio Magris, Toni Morrison, Octavio Paz, ont appelé à sa création.

24 novembre 1993. Salman Rushdie est reçu à Washington par le président Bill Clinton qui l'assure de son soutien.

18 janvier 1994. Des extraits des *Versets sataniques*, interdits dans tous les pays musulmans, paraissent dans un hebdomadaire égyptien. Le 14 octobre de la même année, Naguib Mahfouz, prix Nobel de littérature, sera poignardé au Caire.

13 juillet 1994. Dans une lettre ouverte à Taslima Nasreen, auteur bangladaise menacée de mort par des fondamentalistes de son pays, Salman Rushdie écrit: «Vous n'avez aucun tort. Le tort, ce sont les autres qui l'ont commis contre vous.»

10 avril 1995. Poursuivant le «dialogue critique» entamé avec Téhéran, l'Union européenne demande officiellement aux autorités iraniennes de n'entreprendre aucune action contre Salman Rushdie. Malgré des promesses, Téhéran maintient la fatwa.

Août 1995. Parution en Angleterre du nouveau roman de Salman Rushdie, *Le Dernier soupir du Maure* (il paraîtra en France en 1996, chez Plon qui a acquis les droits pour 2,5 millions de francs). L'ouvrage suscite des remous en Inde, les ultra-nationalistes hindous s'estimant caricaturés.

Mai 1996. Tandis que la romancière anglaise P.D. James déclare que si Rushdie était moins laid, il écrirait des livres moins mauvais, Rushdie révèle dans *Playboy* que Stephen King a dû menacer de retirer tous ses livres des grandes chaînes de librairies américaines pour que ces dernières acceptent de vendre les *Versets sataniques*.

24 septembre 1996. Pour la première fois par écrit, le ministère des Affaires étrangères iranien affirme que son pays n'enverra pas de tueurs contre Rushdie.

12 février 1997. En Iran, la puissante Fondation paraétatique «15 Khordad» augmente la prime contre Salman Rushdie qui passe à 2,5 millions de dollars.

Novembre 1997. La BBC renonce au tournage des *Enfants de minuit*, adapté du roman de Rushdie: l'Inde et le Sri-Lanka ont refusé d'accueillir le tournage.

24 septembre 1998. Au terme de deux jours de négociations avec la Grande-Bretagne, le ministre des Affaires étrangères iranien déclare officiellement se dissocier de toutes les offres de prime pour la tête de Salman Rushdie et réitère sa volonté de ne rien entreprendre contre l'écrivain. C'est la réponse du président Khatami aux ultras de Téhéran. Salman Rushdie juge que cette décision «signifie la liberté» pour lui.

24 décembre 1998. British Airways annonce que Salman Rushdie peut désormais voler sur ses avions.

Source: https://next.liberation.fr/culture/1999/02/13/depuis-la-fatwa-du-14-fevrier-1989-rushdie-dix-ans-de-solitude-un-chapelet-d-epreuves-chronologie-de_264875

BIBLIOGRAPHIE

BARDOLPH, Jacqueline. *Les Versets Sataniques: Le Roman De Rushdie Dans Son Contexte*. Revue Européenne Des Migrations Internationales, vol. 6, n°3, p. 5-19, 1990.

- CASTELLO BRANCO, L.; DEBS, S. O encontro inesperado do diverso: a escrita, o exílio, a casa. *Revista da Universidade Federal de Minas Gerais*, v. 22, n. 1.2, 9 set. 2016.
- DARNTON, Robert. *De la censure. Essai d'histoire comparée*. Paris: NRF Essais Gallimard, 2014.
- DERRIDA, Jacques. *Cosmopolites de tous les pays, encore un effort !* Paris : Galilée, 1997.
- DERRIDA, Jacques. *L'Université sans condition*. Paris, Galilée, 2001.
- DUPUIS-DERI, Francis,(1997). L'Affaire Salman Rushdie : symptôme d'un «Clash of Civilizations»? *Études internationales*, 28 (1), 27-45.
- FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits 1954-1988, Tome IV*. Paris : Gallimard, 1994.
- HOBSBAWN, Éric. *L'âge des extrêmes. Histoire du court XXème siècle, 1914-1991*. Bruxelles : Éditions complexes, 1999.
- KEPPEL, Gilles. *La revanche de Dieu*. Paris : Seuil, 1991.
- LEPERLIER, Tristan. *Algérie, les écrivains de la décennie noire*. Paris : Ed. CNRS, 2018.
- MAALOUF, Amin. *Les croisades vues par les Arabes*. Paris : Éditions Jean-Claude Lattès, 1983.
- _____. *Les identités meurtrières*. Paris: Grasset, 1998.
- _____. *Le dérèglement du monde*. Paris: Grasset, 2009.
- _____. *Le naufrage des civilisations*. Paris: Grasset, 2019.
- MILL, John Stuart. *De la liberté*. Zürich: Éditions du Grand Midi, 1987.
- PIPES, Daniel. *The Rushdie Affair: The Novel, The Ayatollah and the West*. New York: Birch Lane Press Book, 1990.
- RUSHDIE, Salman. *Haroun et la mer des histoires*. Paris: Plon, 2004.
- _____. *Les versets sataniques*. Paris: Folio Gallimard, 2012.
- _____. *Joseph Anton. Une autobiographie*. Paris : Folio Gallimard, 2013.
- _____. *In Good Faith*. New York: Granta Books, 1990.
- SALMON, Christian, HANIMANN, Joseph. *Devenir minoritaire. Pour une nouvelle politique de la littérature. Un parlement imaginaire ? Entretiens avec Salman Rushdie, Wole Soyinka et Russel Banks*. Paris : Denoël, 2003.
- ZWEIG, Stephan. *Le monde d'hier. Souvenirs d'un Européen*. Paris: Belfond, 1996.



LEGAL PERSPECTIVE OF FEMALE CIRCUMCISION: STUDY OF WOMAN RIGHTS TO ACCESS INFORMATION OF SEXUAL HEALTH IN INDONESIAN AND SOMALIA

PERSPECTIVA JURÍDICA DA CIRCUNCISÃO FEMININA: ESTUDO DOS DIREITOS DAS MULHERES DE ACESSO À INFORMAÇÃO DE SAÚDE SEXUAL NA INDONÉSIA E NA SOMÁLIA

LANNY RAMLI*

RESUMO

A circuncisão feminina é uma prática controversa em alguns países, incluindo a Indonésia, também ocorrendo na Somália com impacto de complicações médicas. Esse estudo tem como objetivo conhecer as implicações da circuncisão feminina na Indonésia – especialmente em Situbondo, Surabaya e Bangkalan – e na Somália. A metodologia utilizada é a quantitativa, havendo coleta de amostragem aleatória, questionários, entrevistas e comparações entre os dois países. A pesquisa mostrou que a maioria das mulheres ainda não sabe sobre a função da circuncisão feminina na Indonésia e na Somália, apenas seguindo uma tradição dentro de sua comunidade. A cultura patriarcal que vê a mulher como uma criatura inferior faz com que ela não consiga saber respostas quando perguntadas sobre saúde reprodutiva. Na Somália, há impacto da circuncisão na saúde reprodutiva e muitas complicações na saúde, sendo algo considerado como um tabu e desnecessário. A circuncisão feminina, que antes era legalizada pelo Ministro da Saúde, agora está proibida por problema de saúde. Portanto, a circuncisão feminina não é mais legal na Indonésia, enquanto na Somália é legal em seu governo. Na Indonésia, as mulheres, como parte da sociedade, não tinham nenhum direito sobre si mesmas. Sua vida depende da tradição que se mantém até o presente e será continuada na próxima geração. A tradição é frequentemente difundida dentro da crença religiosa e vice-versa. Portanto, a prática da circuncisão feminina ainda está acontecendo em três regiões, incluindo Surabaya, Bangkalan e Situ-bondo. Enquanto isso, na Somália, o sexo feminino é uma parte da sociedade que tem direitos sobre si mesma. Na Somália, a circuncisão feminina foi apoiada pela sociedade e pelo governo da Somália¹.

Palavras-chave: Circuncisão Feminina; Conscientização sobre saúde; Risco de Medicina; Saúde reprodutiva; Circuncisão legal.

ABSTRACT

Female circumcision is a controversial practice in some countries, including Indonesia. The female circumcision also occurs in Somalia and has impact of medical complication. This study aims to know the implication of female circumcision in Indonesia, especially in Situbondo, Surabaya and Bangkalan with implication of female circumcision in Somalia. Quantitative methodology is used as the methodology, while the samples are taken through random sampling and given questionnaire, interview and comparison with Somalia. The finding showed that most women are still does not know about the function of female circumcision in Indonesia and Somalia, they only following the tradition within their community. The patriarchy culture that view woman as a lower creature makes woman cannot get her right in asking about reproductive health. In Somalia, there are impact of circumcision with reproductive health and many complications with health. It even considered as taboo and unnecessary. Female circumcision that firstly legalized by the Health Minister is now prohibited due to health problem. Therefore, female circumcision is no longer legal in Indonesia meanwhile in Somalia is legal in their government. In Indonesia, female as a part of society did not have any rights on their own self. Their life is depend on the tradition which sustain until present and will be continued for next generation. The tradition is often spread within the religious belief and vice versa. Therefore, the practice of female circumcision is still happening in three regions, including Surabaya, Bangkalan and Situbondo. Meanwhile In Somalia, female as a part of society who has any rights on their own self. In Somalia, female circumcision was supported by society and government in Somalia.

Keywords: Female Circumcision; Health Awareness; Risk of Medical; Reproductive health; Legal Circumcision.

* Doutora pela Airlangga University Faculty of Law. Professora da Airlangga University Faculty of Law.
Chefe da Consultation and Legal Aid Unit.
lannyramli@yahoo.com

Recebido em 14-8-2020 | Aprovado em 31-8-2020

¹ Elaborado pelos Editores.



SUMMARY

**INTRODUCTION; 1 IN INDONESIA; 2 IN SOMALIA; 3 METHOD; 4 RESULT AND DISCUSSION; 4.1 IN-
 DONESIA; 4.1.1** In Indonesia Female has no Right to Access Information about Female Circumcision
4.1.2 Prohibition in Female Circumcision; **4.1.3** Knowledge on human rights protection policy regard-
 ing the rights of women and children; **4.2 SOMALIA; 4.2.1** The participants put forward for the rejec-
 tion of Female Circumcision; **4.2.2** Risk Medical in Somalia and Information Sexual Health; **4.2.3**
 Knowledge of female circumcision in Somali; **CONCLUSION; REFERENCES.**

■ INTRODUCTION

The history of gender differences, between male and female, was happened from a long time ago and occurred through a very long process. The word “gender” has been entered the vocabulary in every discussions and writings related to social change. However, people are sometimes cannot differentiate between gender and sex. They tend to differentiate gender in stereotypes between female and male, and consider it is similar to sex. In this research, the researcher will describe about the definition of gender in Indonesia and In Somalia and also background of female circumcision from both country.

1 IN INDONESIA

Gender defines as social and cultural construction within society for male and female while sex is a term for biological context to identify between male and female, including the body hormone, physical anatomy, reproduction and other². Trianto added that gender refers to the differentiation of characteristic, role, function and status between woman and man that not based on the sex but rather on social and cultural relation influenced by the structure of community³. Gender is not only directed to differentiate between woman and man biologically, but for ideological and material relationship on the existence of both⁴. Rachmadewi explained that gender has strong relationship with equality⁵. Gender equality means equality between man and woman to get chance and rights as a human to participate in some activities, such as politics, economics, education and others⁶. This concept of equality is directed to

² LESTARI, F. *Seks, Gender, dan Konstruksi Sosial*, 2015. Retrieved from Jurnal Perempuan website: <https://www.jurnalperempuan.org/wacana-feminis/seks-gender-dan-konstruksi-sosial>.

³ TRIANTO, T. Relasi Gender dalam Bingkai Budaya Cablaka. *Yinyang*, 7(2), 2012.

⁴ UMRIANA, A.; FAUZI, M.; HASANAH, H. Penguatan Hak Asasi Perempuan dan Kesetaraan Gender melalui Dialog Warga. *SAWWA*, 12(1), 41–59, 2016.

⁵ RACHMADEWI, R. *Studi Evaluasi Pelaksanaan Program Kesetaraan dan Keadilan Gender (KKG) Sektor di Tingkat Pusat, Propinsi Jawa Timur dan Sumatera Barat*, 2000.

⁶ PASARIBU, V. A. *Kesetaraan dan Keadilan Gender*, 2006. Universitas HKBP Nommensen.

the equality of human in life to get the same right. As stated by Universal Declaration of Human Rights that all human being has right since their born until die or during their lifetime⁷. No matter whether female or male, all human being has right to get the same position for a chance in education, health and others.

However, in society, people are still viewing women have lower level than men. This assumption leads women to have difficulty in accessing information about reproductive health. The activities of accessing information and/or knowledge of reproductive health and access to reproductive health are considered taboo and unnecessary, as in female genital cutting/circumcision (FGC). FGC is a traditional cultural practice that cut or alter the external female genital organs. The practice of FGC can be found in communities in Africa, Middle East, Asia and South America. United Nation reported that Indonesia is included in countries that still practice on FGC⁸. Indonesia, especially in Java, is still familiar with FGC. For most people in Banten, circumcision or genital cutting must be performed at 40 days after birth or if the genital is not yet ready, it is recommended to cut it on age 2-3 months⁹. People in Lampung also has similar tradition with Banten, female circumcision is performed when the woman aged 2-3 years. They believed that women who are not circumcised will look less beautiful and luminous¹⁰. The same thing is also shown by Banjar community who engage female circumcision activities at 40 days after born by reason of following the existing tradition and has been done for generations. They assume that it is not perfect when the existing tradition is not continued by the next generation. The tradition should be continued due to maintain the value¹¹. Another practice in female circumcision or genital cutting is performed by community in Yogyakarta. They practice the female circumcision as a form of Islamic religious worship. However, there is no sanction for those who does not want to perform the circumcision. Meanwhile in Madura, female circumcision is performed with aim as ritual of Islamic belief and has no relation with the cultural history¹².

Based on research conducted by Nantabah *et al.*¹³, it can be seen that female circumcision is mostly done in West Java Province (14.7%), North Sumatera Province (8.1%), and East Java (7.3%). Female circumcision rates in West Java and East Java provinces are influenced by *Kyai* (religious leader) and charismatic clerics. Most of Indonesian people, do the FGC due to religious reason. It is believed that female circumcision is done to restrain women's lust. In contrast, Dr. Sharifa Sibani whoundertook a study on sexual behavior of circumcised women,

⁷ RAMLI, L. Human Rights Approach in Environment Law Enforcement based on Law Number 23/2009. *Research, Society and Development*, 8(10), 2019. <https://doi.org/10.33448/rsd-v8i10.1417>

⁸ NATSIR, L. M. *Mempertanyakan Praktik Sunat Perempuan di Indonesia*, 2003. Retrieved from Harian Kompas website: <http://www.mitrainti.org/?q=node/191>.

⁹ FAUZIYAH, S. Tradisi Sunat Perempuan di Banten dan Implikasinya terhadap Gender, Seksualitas, dan Kesehatan Reproduksi. *Tsaqôfah: Jurnal Agama Dan Budaya*, 15(2), 2017.

¹⁰ SANTI, S. Khitan Perempuan: Legitimasi Agama dan Budaya atas Kekerasan dan Pengendalian Tubuh Perempuan. *Forum Ilmiah Indonesia*, 3(1), 2006.

¹¹ NURDIYANA, T. Sunat Perempuan pada Masyarakat Banjar di Kota Banjarmasin. *Jurnal Komunitas*, 2(2), 2010.

¹² PUTRANTI, B. D. Sunat Perempuan: Cermin Bangunan Sosial Seksualitas Masyarakat Yogyakarta dan Madura. *Jurnal Kependudukan Dan Kebijakan*, 16(1), 2005.

¹³ NANTABAH, Z. K.; LAKSONO, A. D; TUMAJI, T. DETERMINAN ORANG TUA DALAM PERILAKU SUNAT ANAK PEREMPUAN DI INDONESIA (Determinants of Parents for Female Children Circumcision in Indonesia). *Buletin Penelitian Sistem Kesehatan*, 18(1), 2015. <https://doi.org/10.22435/hsr.v18i1.4273.77-86>.

found that there was no difference in sexual arousal or libido between circumcised women and uncircumcised women¹⁴.

The practice of female circumcision or female genital cutting is still controversial. According to United Nation Commission for Human Rights, FGC is recognized as a violation of women's right in health, security, and physical integrity. It confirms as a violence against women which threat to reproductive health¹⁵. UN also move a campaign of zero tolerance toward FGC practices, as there are more than 150 million of women had suffer from the genital cutting¹⁶. Hence, this study aims to know whether the female circumcision is legal or illegal.

In 1981, 2497 subjects (comprising women and girls) were interviewed in Somalia, In Pia's research, there are presented the principle cultural trends which are connected with the custom and which have arisen from the research. The type of circumcision does not seem to be influenced by some environmental variables. It is primarily determined by the population of the individual region. Infibulations is accepted to the greatest extent by the pastoral populations of the middle/northern regions. In the southern regions amongst rural populations or population with a cattle/cultivation economy, there are also attenuated types of circumcision: sunna and clitoridectomy (20 to 30%).

2 IN SOMALIA

Meanwhile in Somalia, female circumcision is showed in three different ways for instance; a. The *sunna* type is analogous with male circumcision and consists of the excision of the prepuce of the clitoris; b. The *clitoridectomy* type consists of the excision of the clitoris sometimes with parts of the minor labia; c. The *excision* and *infibulation* operation means excision of the whole clitoris, the minor labia and the internal faces of the major labia. The remains of the major labia are then stitched together and a small opening left at the lowermost part of the vulva. Sometimes this opening is measured by a piece of wood which is about thickness of a match stick. Urine and menstrual blood drible through that opening and this entails serious consequences to the gynaecological health of the woman. Immediate medical complications are frequent and often serious. They are haemorrhagic. Infection and urinary retention.

3 METHOD

¹⁴ SMITA, P. S. *Sunat Perempuan, Melindungi atau Melukai?*, 2003. Retrieved from Femina website: <https://www.femina.co.id/trending-topic/erempuan--melindungi-atau-melukai->

¹⁵ IMELDA, J. D.; DJAMILAH, D.; KARTIKAWATI, R.; MAHENDRO, A. Y.; RATRI, S. D. Elimination of Female Genital Circumcision in Indonesian Transition Society: Revealing a Hope. *KnE Social Sciences*, 3(10), 427, 2018. <https://doi.org/10.18502/kss.v3i10.2925>.

¹⁶ NATSIR, L. M. *Mempertanyakan Praktik Sunat Perempuan di Indonesia*, 2003. Retrieved from Harian Kompas website: <http://www.mitrinti.org/?q=node/191>.

This research using quantitative methodology. Quantitative methodology is conducted for testing objective theories by examining the relationship among variables. The data are gained using questionnaire and depth interview due to deepen the previous data from questionnaire that determine the knowledge and understanding about female circumcision related with tradition and human rights. This study is applicable using purposive random sampling and questionnaire for 300 respondents, consisting of the mothers, the midwives, *Kyai* (religious leader), and community leaders. The location is chosen based on the locations that often practice female circumcision, including; Surabaya, Situbondo, and Bangkalan (Madura).

The study is conducted by elaborating the reason of why a baby girl should be circumcised, and the consequence if she is not circumcised related tradition and human right. The data analysis is performed not only by statistic form or statistic model but also by socio-legal model. The data are obtain in some location, through female that conduct circumcision, midwives, community leaders, and religious leaders. The questionnaire can be seen in table 1 below;

Table 1. Questionnaire on Female Circumcision

Questionnaire		
No	Respondent	Question
1.	Mother	<ol style="list-style-type: none"> 1. How many years in marriage? 2. How many children does she have? 3. How old the daughter? 4. Have you ever heard about female circumcision? 5. If it is yes, from whom did you hear about female circumcision? 6. Have you ever circumcised your baby girl? 7. If you refuse to circumcise your baby girl, how does the society react? 8. If you refuse to circumcise your baby girl, how does the religious leader react? 9. If you refuse to circumcise your baby girl, how does the community leader react? 10. Do you know that female circumcision is prohibited by the Government?
	Answer's Mother	<ol style="list-style-type: none"> 1. 12 years 2. 10 childrens 3. 10 years 4. Yes, I ever heard

		<ol style="list-style-type: none"> 5. From the specialist doctor of obgyn 6. Yes, I ever 7. Society will assume that the baby girl is not clean or pure 8. They asked mefor circumcison my baby girl 9. They asked me for circumcison my baby girl 10. No
2.	Midwives	<ol style="list-style-type: none"> 1. How many years worked as midwives? 2. How many baby girls' circumcison had been done? 3. Have you ever heard about female circumcison? 4. If it is yes, from whom did you hear about female circumcison? 5. What is the purpose of female circumcison? 6. How is your respond if the family or the mother refuse to circumcise the daughter? 7. If you are refusing female circumcison, how is the reaction of religious leader? 8. If you are refusing female circumcison, how is the reaction of community leader? 9. Do you know that female circumcison is prohibited by the Government?
	Answer's midwives	<ol style="list-style-type: none"> 1. 10 years 2. 2 childs 3. Yes 4. From the religious leader 5. To purify our self 6. My religious leader will angry 7. My religious leader will angry 8. My community leader will angry 9. No
3.	Community Leader	<ol style="list-style-type: none"> 1. How many years as a leader? 2. Have you ever heard about female circumcison?

		<ol style="list-style-type: none"> 3. If it is yes, from whom did you hear about female circumcision? 4. What is the purpose of female circumcision? 5. How is your respond if the family or the mother refuse to circumcise the daughter? 6. Do you know that female circumcision is prohibited by the Government?
	Answer's Community Leader	<ol style="list-style-type: none"> 1. 40 years 2. Yes 3. Specialist doctor obgyn 4. To purify our self 5. I will give them the advantages about the circumcision 6. yes
4.	Religious Leader	<ol style="list-style-type: none"> 1. How many years as a religious leader? 2. Have you ever heard about female circumcision? 3. If it is yes, from whom did you hear about female circumcision? 4. What is the purpose of female circumcision? 5. How is your respond if the family or the mother refuse to circumcise the daughter? 6. Do you know that female circumcision is prohibited by the Government?
	Answer's Religious Leader	<ol style="list-style-type: none"> 1. 62 years 2. Yes 3. From ancestor of religious leader 4. Doing shari'a to purify our self. 5. I will give them the advantages about the circumcision 6. Yes.

4 RESULT AND DISCUSSION

4.1 INDONESIA

4.1.1 In Indonesia Female has no Right to Access Information about Female Circumcision

Female has equal rights to access to justice, but there are some things that cause female difficult to access justice in obtaining information on reproductive health, such as;

- Females are considered stupid by male, hence they do not need to be given an explanation about the reproductive health matter. Even if they ask about it, it will be answered casually.
- Males are seen females have lower degree than male. They considered cheap and deserve to be seduced, which may lead to be the victim of sexual harassment.
- The habit of placing the portion or position of female as the second citizen, *konco wingking* (friend behind), and *swarga katut, neraka nunut* (her heaven and hell is depend on her husband), thus females have no self-existence and become afraid to ask on things related to the case.
- The view of female above indicate that females are not educated enough. Thus they have no bravery to question about things that happened to them.
- There are patriarchal culture that requires female as subject to male's 'power'.

Based on population projection data from the Central Bureau of Statistics (Biro Pusat Statistik / BPS), the current population of Indonesia is more dominated by productive age group, that is, between 15-64 years. The Central Bureau of Statistics distinguishes the productive age population into 2 categories; very productive age ranged from 15-49 and productive age ranged from 50-64. The number of women within the very productive age category has reached 69.4 million, while for the productive age only reached 16.91 million. The statistic can be seen in table 2 below;

Table2. The Central Bureau of Statistics of East Java 2017

Town/Region	Male	Female
Situbondo	326.500	343.213
Surabaya	1.406.683	1.441.900

Bangkalan	455.710	498.595
-----------	---------	---------

Based on the table 2 above, it can be seen that the population in three regions are dominated by female. Female, as part of society, must have vision, mission and strategy to have equal rights and obligations with men or called as gender equality. There are several points that female are struggling through strategies for the future¹⁷, such as;

- Insisting that no one, man or woman, may claim the right to monopoly interpretation of human beings or right to force others to accept a particular ruling about any religion. The upshot of this position is that women ought not to be forced to choose between freedom and God. The same applies to claims on behalf tradition.
- Insisting that international governmental and non-governmental organizations, national-states, civil society organizations, as well as national and multinational corporations, decide their policies about international, national and local issues in cognizance of the universal rights of women.
- Educating the decision-makers at all levels about the plight of women and the reason why they should try to shape their decisions to help women achieve their internationally recognized rights
- Holding governments and organizations responsible for the effect on women of political, social, economic and cultural choices they make nationally or internationally.

Sex is a physical or biological distinction between female and male, while sexuality involves a wide variety of dimensions, including the dimensions of biological, social, psychological and cultural. Female in patriarchal society have no right to gain sexual knowledge. As Walby cited in Hakim¹⁸ that patriarchy is a social structures system and practices used by men to dominate, oppress and exploit women. Her sex life is even turned off with hereditary notions and customs, such as in circumcision. Female circumcision is believed to decrease female libido¹⁹ and make females more honorable. Females are not given the opportunity to know the benefits of the circumcision but to follow the society's habit. Based on the interview, most of the females' respondent did not know about the function of circumcision for their selves. Most of them only follow the tradition within their community.

4.1.2 Prohibition in Female Circumcision

¹⁷ AFKHAMI, M. *The Future of Women's Rights* (Global Vision & Strategies (J. Kerr, E. Sprenger, & A. Symington, Eds.) London: Zed Books, 2008.

¹⁸ HAKIM, C. The Sugar in His Tea: Sexuality, Patriarchy, and Sexual Politics. *Sociologia*, 3, 2016. <https://doi.org/10.2383/85805>.

¹⁹ FARIDA, J.; ELISABETH, M. Z; FAUZI, M; RUSMADI, R; FILASOFA, L.M.K. Sunat pada Anak Perempuan (Khifadz) dan Perlindungan Anak Perempuan di Indonesia: Studi Kasus di Kabupaten Demak. *SAWWA*, 12(3), 2017. FAUZIYAH, S. Tradisi Sunat Perempuan di Banten dan Implikasinya terhadap Gender, Seksualitas, dan Kesehatan Reproduksi. *Tsaqôfah: Jurnal Agama Dan Budaya*, 15(2), 2017.

The right of every person to earn a decent living is closely linked to human rights. The notion of three generations of human rights was proposed by a French lawyer named Karel-Vasak. These three generations of human rights are the new outlook replacing the previous view of classical rights which inspired by the three normative themes of French Revolution, including;

- a. The first generation of civil and political rights (*liberte*)
- b. Second generation of social and cultural rights (*egalite*)
- c. The third generation of rights of solidarity (*fraternite*)

The third generations are interconnecting and re-conceptualizing the value demand which relates to the previous human rights generations. There are six of human rights that are being accused, namely;

1. The right to self-determination in the political, economic, social and cultural fields;
2. The right to economic and social development;
3. The right to participate and utilize the "common heritage of mankind" (shared space resources, scientific and technical information and progress, and cultural traditions, locations and monuments);
4. The right to peace;
5. The right to a healthy and balanced environment;
6. The right to natural disaster relief.

These are written in Universal Declaration of Human rights especially about life which regulates in Article 25, "each individual has right to live healthy and in good conditions for him/her own self including food, clothes, home, and health care and social business and so forth" (Baut cited in Ramli²⁰, Therefore, human, either man or woman, has equal right during their lifetime. However, at first, the concept of gender is commonly related with sex which refers to biological identity²¹. While nowadays, gender is already defined as the division of the roles and duties between man and woman based on the norms, customs, beliefs and customs²².

In female circumcision case, the implementation is already legalized by the Ministry of Health. The regulation of female circumcision is written on PERMENKES (Regulation of Health Ministry) Number 1636/2010 which said that female circumcision should be done under the religion, service and profession standard due to guarantee the security and safety of circumcised woman. In this regulation, the Minister of Health has been regulated that circumcision can be done by request or demand and should not be in the form of cuts (genital mutilation) but scratches only. However, even if it is only scratches but it still have potential to cause wounds, bleed and infection. These kind of risks should be notified to the parents before circumcised their daughter.

²⁰ RAMLI, L. Human Rights Approach in Environment Law Enforcement based on Law Number 23/2009. *Research, Society and Development*, 8(10), 2019. <https://doi.org/10.33448/rsd-v8i10.1417>

²¹ UMAR, N. *Argumen Kesetaraan Gender, Perspektif Al-Quran*. Jakarta: Paramadina, 1999.

²² NEGARA, M. O. Mengurai Persoalan Kehidupan Seksual dan Reproduksi Perempuan, 2005. *Jurnal Perempuan*.

Along with the development of the era, the Regulation of Health Ministry Number 1636/2010 has been revoked on the Regulation of Health Ministry Number 6/2014. The reasons are as follows:

1. Every action taken in the medical field must be based on medical indications and prove to be scientifically useful;
2. Female circumcision, until these days, is not a medical action because its implementation is not based on medical indications and has not proven to be beneficial to health;
3. Based on the aspects of Indonesian culture and beliefs, until now, there are still requests for female circumcision to be carried out whose implementation must still pay attention to the safety and health of women who are circumcised, and not to carry out female genital mutilation;

Female circumcision is still done within community from time to time without knowing any definitive knowledge about the circumcision itself. Parents do not know about the benefits and do not see the implementation of circumcision directly. They also never asked the midwife about the circumcision. Mostly, the implementation of female circumcision is done by Dukun (Shaman). The mother of the daughter put trust to dukun to do the circumcision of her daughter since she has emotional relation which arises during the pregnancy massage. Dukun persuade the mother to circumcise her daughter due to reduce the libido and make the daughter has high dignity and beautiful soul²³. The circumcision is done after two weeks of birth. Dukun comes to bath the baby, take care for the umbilical cord and do the circumcision by rubbing it with turmeric.

The mothers, mid wives, and the other part of society obey the habit of female circumcision for baby girls because of the tradition and religion. The religious leader share on the urgency of female circumcision based on the Hadith, while the community leaders got assumption that female circumcision must be conducted based on the tradition and religion. For most of the societies, tradition is often mixed with religious beliefs and vice versa²⁴.

The matters that make worse the differentiation between female and male is the presumption of public and private. Julia Cleves Mosse stated that one of the most powerful ideologies that stressing gender differences is the division of the world into public and private area. Public areas consisting of public institutions, state, government, education, media, business world, corporate activities, banking, religion and culture which predominantly by male and private predominantly by female.

From this study, it is known that in some community, female do not have power to determine their right. They cannot get any information and knowledge on circumcision by literature or medical information. They also have no right to refuse the circumcise tradition. They only do what the religious and community leader asked due to maintain the tradition, even though the circumcised has been banned by the government.

²³ SAKTI, Y. Sunat Anak Perempuan pada Masyarakat Urban Madura di Surabaya. *Jurnal Penelitian Dinamika Sosial*, 5(1), 2004.

²⁴ FEILLARD, A.; MARCOES, L. Female Circumcision in Indonesia: To "Islamize" in Ceremony or Secrecy. *Archipel*, 56(337-37), 1998.

4.1.3 Knowledge on human rights protection policy regarding the rights of women and children

The application of gender equality requires understanding and knowledge of things related to the fundamental of human rights. In addition, developing the method to implement laws which capable to manage all levels of society is also important considering the community also contributes to the implementation of gender equality. The scope of gender equality is related to access given without differentiation between men and women, including the right to participate, to access health, to feel the benefits of development, and of course related to the national development context that covers the entire development management cycle in both central and regional levels.

There is a relation among the three points of interrelated elements in implementing laws that support gender equality. These points are carried out simultaneously in order to eliminate gender discrimination and provide knowledge on equal rights among communities, and no exception for women. These three points are; (a) law in books, (b) law in action, and (c) law in society. Law in books can be defined by how the law is narrated in existing regulations. Whereas in the implementation, the law changes into law in action. Law in actions is explained by how the law is interpreted and can be implemented by the government. Then in the third point, law in society is a law that should be able to be interpreted and implemented by the community as a series of regulations and in collaboration with government officials in the implementation.

In response to this, the implementation of gender equality requires the intervention of many parties who support each other and work together to eliminate the existence of gender discrimination and restrictions on rights on the basis of gender. In an effort to implement gender equality, the State Administration Agency needs to ensure the implementation through the Leadership Committee, policies, institutions, human resources, budgets, data and public participation. The linkage of the whole thing will support each other's efforts to implement gender equality that is able to be accepted by all communities and government.

Understanding these conditions, the implementation of gender equality activities requires an understanding of the community so that the law or regulation runs as it should run. Providing equal access rights without distinguishing male and female gender, giving rights to the field of nation-building and a fair state is the goal of gender equality.

The implementation of regulations based on law in the legislative is regulated in written regulations and narrated based on the applicable legal articles in the government environment. The scope of the area affected by the regulation is regulated based on the issuance of applicable regulations. In the implementation of gender equality, the implementation of regulations is regulated more carefully through Government Regulations. In its implementation, the government can implement regulations through education and training institutions to the community. This activity is supported by the existence of research

and development of science that can be used and applied by the community well. Educational institutions in their implementation can integrate gender perspectives into the education curriculum early and conduct research on gender perspectives in the field institutions of each agency.

In this regard, research on a gender perspective provides an opportunity for agencies to be able to provide documentation about the diversity of data obtained regarding the pre-conditions and conditions after the application of gender equality. Data that is uniquely categorized as disaggregated data provides a reference to the method of implementing the law so that it can be applied optimally. The implementation of gender equality is based on various principles that support each other's conditions. Community participation is also one of the principles needed to implement gender equality that is not detrimental to one group that is distinguished by gender.

The act of circumcision in women is one proof that the community is still legalizing and does not understand the actions that violate the rules and human rights, especially women. In the process of improving the quality of life of the community and creating a just and non-discriminatory community life, regulations and information on the knowledge of gender equality need to be carried out to the community. However, community participation is needed to eliminate harmful actions in any case, especially health and in order to improve the quality of society. What's more, an action that is not based on knowledge and harms society requires enforcement that is able to eliminate it. The regulations contained will only be a narrative that cannot eliminate the act of gender discrimination without actual action. The implementation of the elimination of discrimination requires actual implementation based on written regulations by the government and based on the actual conditions of the surrounding community.

Different regions require different legal implementation actions. The circumstances or conditions of different communities certainly require different legal handling. Law enforcers need cooperation with the community in order to implement gender equality. The community needs to be given knowledge or counseling on equality that can increase the welfare level of community life. The State Organizing Agency in carrying out gender mainstreaming certainly needs to conduct a study of the formulation of work policies based on community conditions, set limits and budget allocations that are in accordance with the planned policy conditions so that the allocated funds can be used properly.

As a part from the result of this study in Bangkalan, Knowledge of the law for implementing female circumcision 69% said it was mandatory. Taken from the arguments of hadith which are considered to be very strong so circumcision of girls must be carried out. While 31% said their arguments were weak so they said they were not compulsory but because it had become a tradition, circumcision of girls was still carried out. As the data above shows that all informants carry out circumcision in girls. Proposals that are considered to be very strong are sources of information used by the community to strengthen the practice of circumcision.

In terms of ordering circumcision, the strongest is 83% Grandpa / grandmother, because circumcision has been a tradition carried out for generations, and is considered the most knowledgeable, then the one who rules the circumcision is uncle / aunt, then the parents themselves ordered circumcision. In addition, medical personnel / traditional birth attendants will immediately carry out circumcision or notify the parents of girls born to be circumcised. What's interesting is that the desire for circumcision also occurs in girls themselves, this is

likely because the environment requires all girls to be circumcised. An order is information that must be carried out if it is not grandparents, parents, uncles / aunts, or medical personnel.

Otherwise, in Surabaya area, knowledge of the law on the practice of circumcision says that there are 77% compulsory, this is because the understanding of the practice of circumcision is not a tradition. Whereas those who say compulsory law as much as 23% are people who carry traditions from their origin. In addition, the educational background of parents of girls who are already high enough to finish high school or university allows parents not to practice circumcision. The actor who carries out circumcision in the city of Surabaya is a doctor because 76% of mothers give birth in hospitals often parents do not understand that their daughters have been circumcised. Whereas midwives often circumcise because of the request of parents who have a tradition of circumcision in girls. Paramedic in Surabaya consider following parental willingness more important.

Beside it in Situbondo, the knowledge of the law of circumcision for girls is prohibit, almost all informants are 100%. But this is due to a very strong tradition brought from the area of origin. By carrying out the practice of circumcision, the community considers that there is a strong cultural attachment to the area of origin, they say that there are descendants from Madura. And this is their pride. Almost all the informants in the Situbondo area were not aware of the law regarding the practice of circumcision for girls, this might be due to the educational background of women who did not graduate from junior high or high school, almost all said they also did not understand why female circumcision was carried out.

Based on the elaboration above, knowledge of the practice of circumcision for girls in the study area does not indicate the existence of medically veiled data. The majority of actors who legalize these actions practice when girls are under five. What's more, the actor behind the action uses a belief system that is obtained down in general. Knowledge of an obligation that must be carried out on the basis of trust, encourages the perpetrator to carry out the practice without any rejection from the surrounding environment because the same surrounding environment also relieves the action. Another factor found was the ignorance of the perpetrators of human rights violations committed against their own family members. Given that the majority of actors are family members who have an older age, making family members carry out these actions without questioning cause and effect. Even the actor's family feels that practicing female circumcision is a natural thing and does not adversely affect the child, due to lack of knowledge that there is a danger that threatens the child's condition in the future. The presumption of taboos like the reduction of lust can actually be explained by using the medical world approach, but these actions still have other adverse effects besides only decreasing women's lust. The community feels that they do not understand and do not conduct further studies regarding actions that have actually been regulated in Government Regulations.

Based on this, it is clear that there is a lack of knowledge of people's understanding of applicable laws. Where the applicable law actually regulates a life that is fair and without the violation of human rights against fellow citizens. Regional Government is actually capable of carrying out regulations that are able to provide equal fairness among people without distinguishing gender. The government collaborates with the community to exchange information in response to actions taken in the community based on existing regulations. Understanding and implementing regulations together between government agencies and the community will make the condition of the community comfortable to use as a place of family nation and state.

By applying the three points in the previous discussion, "Law in the book", "Law in action", and "Law in Society", the government and the community work together to apply applicable laws and make the environment more equitable to others. The condition of the community that understands gender equality and is not discriminatory certainly requires knowledge of the ways and actions to be taken. By responding to this, the government provided education along with counseling on gender equality to the community through various activities beginning with policy planning, until implementation ended with evaluation of activities. Adding material to the education curriculum provides fundamental knowledge for children and parents, while providing counseling through village officials and health institutions will play a key role in educating gender equality on families and the surrounding environment.

4.2 SOMALIA

4.2.1 The participants put forward for the rejection of Female Circumcision

The majority of participants with the exception of one man and one woman (36/38), expressed their rejection of all types of female circumcision. However, different arguments were put forward for the discontinuation of the practice. Chiefly among them were that the practice causes health problems; is not a religious requirement, is a very painful experience with the potential to erode females' sexual feelings; and the social environment in Norway, which is supportive of its discontinuation

The majority of participants agreed that the practice was introduced into their community. Still, they rejected the practice, as they were fully convinced that the practice is un-Islamic. With the exception of one person, the participants unanimously agreed that Female circumcision causes a number of health problems and is not a religious requirement.

Conversely, while most female participants justified their opposition to female circumcision by stating that it is un-Islamic and painful, the majority of the male participants rejected the practice because of a belief that female circumcision erodes females' sexual feelings. Many male respondents noted that circumcised women do not have any sexual feeling.

In Somalia dislike female circumcision, but they continue to perform it because of social pressures. Somalis in Norway and those in Somalia may both dislike female circumcision. But the environment they live in makes them different. If someone in Somalia does not circumcise their daughter, it may become an embarrassment to their entire family.

4.2.2 Risk Medical in Somalia and Information Sexual Health

For the research of Lindmark & Dirie²⁵ analyze about the risk of medical complications after female circumcision in Somali. In their research, there are 290 Somali women between

²⁵ DIRIE, M. A.; LINDMARK, Gunilla. The risk of medical complications after female circumcision. *East African medical journal*, v. 69, n. 9, p. 479-482, 1992.

the ages of 18-54. Thirty nine percent of the interviewed women had experienced significant complications after circumcision, most commonly hemorrhage, infection or urinary retention. Thirty-seven of the women reported a late complication of circumcision, these complications were dermoid cyst at the site of the amputated clitoris, urinary problems such as pain at micturition, dribbling urine incontinence and poor urinary flow. Forty of the women had experienced problems at the time of menarche and ten of them were operated because of haematocolpos. In Lindmark & Dirie's research, female circumcision was first discovered in ancient Egyptian mummies in 200 B.C. In the pre-islamic era the custom was widespread in Egypt, Arabia and along the coast of the Red Sea. Nowadays it is practised in many African countries. Female circumcision is performed in three different ways:

- The sunna type is analogous with male circumcision and consists of the excision of the prepuce of the clitoris.
- The clitoridectomy type consists of the excision of the clitoris sometimes with parts of the minor labia.
- The excision and infibulation operation means excision of the whole clitoris, the minor labia and the internal faces of the major labia.

The mean age of the respondents was 2 years (range 18-54). Eighty-eight percent of the respondents were circumcised with excision and infibulation, while the remaining were circumcised with clitoridectomy (6.5%) and sunna (5.5%). Sixty-nine percent of the respondents were circumcised at home and 52% of them were circumcised by an untrained person, mostly a traditional birth attendant (TBA).

The result of Lindmark's research shows that the medical complications endured by the women are both immediate and late. The immediate main complications as reported by 112 women were haemorrhage, local infection, urinary retention and septicaemia. The experienced haemorrhage was often significant. Five of the women reported getting into shock and two of them only recovered after being treated in hospital with blood transfusion.

One hundred and eight women of the sample studied experienced late complications of female circumcision such as pain at micturition, clitoral cyst and poor urinary flow. The pain at micturition was recurrent, sometimes disappearing and appearing again. Most likely the pain was due to recurrent urinary infection. The women consulted physicians for these complaints and antibiotics were prescribed for them. This sometimes brought relief of the symptoms. Two women developed urethral stricture and were operated on. Thirty-six subjects complained of a cyst appearing at the site of the amputated clitoris and 29 had the cyst excised. Five of the subjects reported anxiety about the nature of the cyst and thought it might develop into a masculine organ such as a penis. Fifteen women reported poor urinary flow due to tight infibulations. All of them consulted a physician but no one accepted to be defibulated in order to get remedy to the problem.

One hundred fifteen of the women studied had reached fertile age at the time of the survey. Forty (14%) of these women had experienced difficulty at the onset of menarche with painful menstruations or haematocolpos, and twenty-nine of them consulted a physician. Ten of those reported that they were surgically defibulated and the haematocolpos was evacuated.

The haemorrhage complicating circumcision often occurs because the operation is performed by untrained persons, who do not know how to achieve adequate haemostasis.

The cut vessels are not ligated and no suturing done. The legs of the young girls are straightened and tied together to give haemostasis. This often fails, as reported by women in the study. If the operation is not being performed under aseptic conditions, it can result in local infection. Tetanus infection is not uncommon. But like other lethal complications is not possible to find in a retrospective study.

The risk of medical complications after female circumcision is very high as revealed by the present study. Complications which cause the death of the young girls must be a common occurrence especially in the rural areas where health services do not exist. But even in urban centres people hesitate to seek medical help for their complications or do not accept the help offered as shown by the present study. If documented during the weeks just after circumcision the medical complications would probably be still more severe than when reported by the women many years after the operation. Dribbling urine incontinence, painful menstruations, haematocolpos and painful intercourse are facts that Somali women have to live with--facts that strongly motivate attempts to change the practice of female circumcision.

4.2.3 Knowledge of female circumcision in Somali

To the best of our knowledge, the current study is the first to examine the attitude of Somali immigrants regarding the continuation or discontinuation of girls circumcision in Norway. The result shows that female circumcision, which was formerly considered a form of cleanliness and an essential religious requirement is now considered by Somali immigrants in Oslo as harmful, barbaric, and un-Islamic.

The same factors that were initially used to justify the continuation of the practice in Somalia are now used by the participants as good reasons for its abandonment. With the exception of one man, all of the participants agreed that there are no Godly laws that support the practice and that the practice is traditional and in conflict with Islamic principles. An improved knowledge regarding the religious aspects of female circumcision is being made in Norway. The existence of an enabling environment that is unfavorable for the continuation of female circumcision, as well as an improved knowledge of the health effects of the practice, is central to the observed rejection of female circumcision among Somali immigrants in Oslo.

Because of the unrepresentative nature of our sample, we cannot conclude that Somali immigrants in Oslo have changed their behavior toward female circumcision. But the most important finding in this study is the presence of parents in Oslo who publicly declared that they did not circumcise their daughters and that uncircumcised girls were proud of being uncut, which is called a "positive deviant group".

■ CONCLUSION

Based on the findings, Female as a part of society did not have any rights on their own self. Their life is depend on the tradition which sustain until present and will be continued for next generation. The tradition is often spread within the religious belief and vice versa. Therefore, the practice of female circumcision is still happening in three regions, including Surabaya,

Bangkalan and Situbondo. These regions have its own backgrounds related to the legal practice of female circumcision. The understanding of the perpetrators toward health is supported by the presumption of culture that has been brought down from generations to generations. It further aggravates the condition of legal action within the community. Based on the applicable laws and regulations, the government has role to maintain the welfare of its citizens, by applying applicable regulations and regulating both in the social to cultural aspects. However, the act of FGC is a proof that the community is still legalizing the practice. Citizens are still not understand the regulations on female circumcision. Female circumcision or FGC is still implemented in some communities and supported by the community's and religious' leader even though it is prohibited by the Regulation of the Health Minister (PERMENKES) Number 6/2014. Hence it categorized as an illegal activity. In order to prevent or maintain the health of woman, the next generation should have understanding on female circumcision due to avoid some mistakes in implementation and communicate more to religious' leader. Moreover, to enhance and create a just and non-discriminatory community, regulations and information on gender equality need to be carried out to the community. The conditions of different communities require different legal handling. The law enforcement need cooperation with the community in order to implement gender equality. The Law in books, action and society should be implemented correctly to have justice environment and the absent of discrimination toward human rights violations and coercion.

REFERENCES

- AFKHAMI, M. *The Future of Women's Rights* (Global Vision & Strategies (J. Kerr, E. Sprenger, & A. Symington, Eds.) London: Zed Books, 2008.
- DIRIE, M. A.; LINDMARK, Gunilla. The risk of medical complications after female circumcision. *East African medical journal*, v. 69, n. 9, p. 479-482, 1992.
- FARIDA, J.; ELISABETH, M. Z; FAUZI, M; RUSMADI, R; FILASOFA, L.M.K. Sunat pada Anak Perempuan (Khifadz) dan Perlindungan Anak Perempuan di Indonesia: Studi Kasus di Kabupaten Demak. *SAWWA*, 12(3), 2017.
- FAUZIYAH, S. Tradisi Sunat Perempuan di Banten dan Implikasinya terhadap Gender, Seksualitas, dan Kesehatan Reproduksi. *Tsaqôfah: Jurnal Agama Dan Budaya*, 15(2), 2017.
- FEILLARD, A.; MARCOES, L. Female Circumcision in Indonesia: To "Islamize" in Ceremony or Secrecy. *Archipel*, 56(337-37), 1998.
- HAKIM, C. The Sugar in His Tea: Sexuality, Patriarchy, and Sexual Politics. *Sociologia*, 3, 2016. <https://doi.org/10.2383/85805>.
- IMELDA, J. D.; DJAMILAH, D.; KARTIKAWATI, R.; MAHENDRO, A. Y.; RATRI, S. D. Elimination of Female Genital Circumcision in Indonesian Transition Society: Revealing a Hope. *KnE Social Sciences*, 3(10), 427, 2018. <https://doi.org/10.18502/kss.v3i10.2925>.
- LESTARI, F. *Seks, Gender, dan Konstruksi Sosial*, 2015. Retrieved from Jurnal Perempuan website: <https://www.jurnalperempuan.org/wacana-feminis/seks-gender-dan-konstruksi-sosial>.

NANTABAH, Z. K.; LAKSONO, A. D; TUMAJI, T. DETERMINAN ORANG TUA DALAM PERILAKU SUNAT ANAK PEREMPUAN DI INDONESIA (Determinants of Parents for Female Children Circumcision in Indonesia). *Buletin Penelitian Sistem Kesehatan*, 18(1), 2015. <https://doi.org/10.22435/hsr.v18i1.4273.77-86>.

NATSIR, L. M. *Mempertanyakan Praktik Sunat Perempuan di Indonesia*, 2003. Retrieved from Harian Kompas website: <http://www.mitrainti.org/?q=node/191>.

NEGARA, M. O. Mengurai Persoalan Kehidupan Seksual dan Reproduksi Perempuan, 2005. *Jurnal Perempuan*.

NURDIYANA, T. Sunat Perempuan pada Masyarakat Banjar di Kota Banjarmasin. *Jurnal Komunitas*, 2(2), 2010.

PASARIBU, V. A. *Kesetaraan dan Keadilan Gender*, 2006. Universitas HKBP Nommensen.

PUTRANTI, B. D. Sunat Perempuan: Cermin Bangunan Sosial Seksualitas Masyarakat Yogyakarta dan Madura. *Jurnal Kependudukan Dan Kebijakan*, 16(1), 2005.

RACHMADEWI, R. *Studi Evaluasi Pelaksanaan Program Kesetaraan dan Keadilan Gender (KKG) Sektoral di Tingkat Pusat, Propinsi Jawa Timur dan Sumatera Barat*, 2000.

RAMLI, L. Human Rights Approach in Environment Law Enforcement based on Law Number 23/2009. *Research, Society and Development*, 8(10), 2019. <https://doi.org/10.33448/rsd-v8i10.1417>

SAKTI, Y. Sunat Anak Perempuan pada Masyarakat Urban Madura di Surabaya. *Jurnal Penelitian Dinamika Sosial*, 5(1), 2004.

SANTI, S. Khitan Perempuan: Legitimasi Agama dan Budaya atas Kekerasan dan Pengendalian Tubuh Perempuan. *Forum Ilmiah Indonesia*, 3(1), 2006.

SMITA, P. S. *Sunat Perempuan, Melindungi atau Melukai?*, 2003. Retrieved from Femina website: <https://www.femina.co.id/trending-topic/perempuan--melindungi-atau-melukai->

TRIANTO, T. Relasi Gender dalam Bingkai Budaya Cablaka. *Yinyang*, 7(2), 2012.

UMAR, N. *Argumen Kesetaraan Gender, Perspektif Al-Quran*. Jakarta: Paramadina, 1999.

UMRIANA, A.; FAUZI, M.; HASANAH, H. Penguatan Hak Asasi Perempuan dan Kesetaraan Gender melalui Dialog Warga. *SAWWA*, 12(1), 41–59, 2016.



LA DESPROPORCIONALIDAD DE DERECHOS POR LA DENATURALIZACIÓN DEL PLAZO RAZONABLE EN LA ATENCIÓN DE UN CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO

THE DISPROPORTIONALITY OF RIGHTS DUE TO THE DENATURALIZATION OF THE REASONABLE PERIOD IN THE ATTENTION OF A JUDICIALIZED FAMILY CONFLICT

PAOLA ALEXANDRA SIERRA-ZAMORA* | MANUEL BERMÚDEZ TAPIA**

RESUMEN

El desarrollo de los conflictos familiares que se judicializan generan un inconveniente que se amplifica en el ámbito del trámite judicial en la especialidad de familia, especialmente porque el tiempo genera una distorsión de derechos que desnaturaliza el concepto de dignidad entre las partes que intervienen en el proceso y en el mismo conflicto familiar que en forma derivada provoca que los sujetos de derechos partícipes en dicho proceso judicial no tengan una condición de “igualdad” material, siendo esta situación negativa invisible al sistema judicial. El texto tiene una metodología descriptiva y analítica de la realidad judicial nacional, delimitándose al ámbito jurisdiccional en la especialidad de familia.

Palabras-clave: Conflicto familiar judicializado; Constitucionalización del Derecho de Familia; Derecho Procesal de Familia; principios procesales constitucionales; plazo razonable y debido proceso.

ABSTRACT

The development of family conflicts that are judicialized generate an inconvenience that is amplified in the field of judicial proceedings in the family specialty, especially since time generates a distortion of rights that denatures the concept of dignity between the parties involved in the process and in the same family conflict that in a derivative way causes that the subjects of rights participating in said judicial process do not have a condition of “material equality”, being this negative situation invisible to the judicial system. The text has a descriptive and analytical methodology of the national judicial reality, delimiting itself to the jurisdictional scope in the family specialty.

Keywords: Judicial family conflict; Constitutionalization of Family Law; Family Procedural Law; constitutional procedural principles; reasonable time and due process.

* Doutoranda e Mestre em Direitos Humanos, Democracia e Justiça pela Universitat de València (Espanha). Investigadora do Grupo “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” (Universidad Católica da Colômbia). Advogada.

paolasierra92@gmail.com

** Mestre em Direito Civil e Comercial pela Universidad Antenor Orrego (Peru). Professor da Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Peru). Advogado.

mbermudez@pucp.edu.pe

Recebido em 11-1-2020 | Aprovado em 12-8-2020



SUMÁRIO

INTRODUCCIÓN; 1 ANÁLISIS DEL CONTEXTO JUDICIAL NEGATIVO; 2 EL IMPACTO NEGATIVO DE LA DESATENCIÓN DEL PLAZO RAZONABLE EN EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO; 3 EVALUANDO LOS ALCANCES DEL PLAZO RAZONABLE Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD; CONCLUSIONES; RECOMENDACIONES; BIBLIOGRAFÍA.

■ INTRODUCCIÓN

En forma general en la doctrina, el análisis del *debido proceso* y *la tutela jurisdiccional efectiva* al vincularse a la ejecución y desarrollo de un proceso judicial se convierten en los elementos teóricos de mayor incidencia en el ámbito de la evaluación de los derechos fundamentales en un Estado de derecho, democrático y social¹.

La necesidad de superar el contexto teórico del *debido proceso* permite amplificar la importancia del *plazo razonable*, cuando se requiere dotar a los justiciables un elemento aplicativo que permita la evaluación, ejecución y emisión de las sentencias en el ámbito judicial², porque de este modo se complementa la dimensión constitucional de los preceptos contenidos en la Constitución colombiana de 1991³ y la Constitución peruana de 1993 y las respectivas disposiciones civiles y procesales civiles en cada país.

Situación que adquiere una situación especial que eleva su importancia, sobre todo en el ámbito del desarrollo de los procesos en la especialidad de derecho de familia, porque se debaten derechos, obligaciones y condiciones en las cuales se establecerán las relaciones familiares de una familia en crisis⁴.

Si el propio conflicto familiar judicializado resulta complicado de atender en el ámbito humano, su trámite en un expediente judicial en el sistema jurisdiccional provoca la ampliación de los niveles conflictivos entre las partes involucradas, esto en función a una serie de factores que seguidamente analizaremos, con lo cual el criterio de igualdad resulta sumamente afectado porque se establecen subcategorías descriptivas, entre las cuales se pueden identificar:

- a) En el ámbito de la evaluación sustantiva de derechos.
 - i. Es posible identificar a los “adultos” y a los “menores de edad” (niños y adolescentes) respecto del propio desarrollo de un proceso judicial, donde se asignan valores procesales.

¹ SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra. La Vinculación de los Derechos Humanos en el Ámbito de las Relaciones Familiares. pp. 741-761. En: BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. Derecho de Familia en Evaluación y Evolución, 2019. Y, en: BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos, 2012.

² PASTOR, Daniel R. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Ad-Hoc, 2002.

³ SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra. La Vinculación de los Derechos Humanos en el Ámbito de las Relaciones Familiares. pp. 741-761. En: BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. Derecho de Familia en Evaluación y Evolución. *Tacna: Ilustre Colegio de Abogados de Tacna*, 2019.

⁴ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. La constitucionalización del derecho de familia. Lima, ECB, 2011.

- ii. Se identifican a “personas con capacidad absoluta” y a “personas con alguna condición especial de capacidad”, en particular para analizar los alcances del D. Leg. N° 1384, norma promulgada en el 2018 que modificó el Código Civil, en el ámbito de la reevaluación de la “capacidad legal”.
 - iii. Personas con la plenitud de sus competencias y personas en situación de vulnerabilidad y vulneración, especialmente si se evalúa un contexto de violencia familiar.
- b) En el ámbito procesal:
- i. Sujetos procesales y sujetos involucrados en el conflicto familiar. En este sentido, los hijos de una pareja que se está divorciando no son “parte procesal”.
 - ii. Sujetos con legitimidad e interés para obrar y sujetos con interés para obrar. En la referencia anterior, los “abuelos” no pueden participar en el proceso judicial de uno de sus hijos pese a tener un nivel de vinculación familiar y subjetivo sumamente referencial.
 - iii. Sujeto procesal y representante procesal. Situación que se evidencia por ejemplo en el caso de los procesos de alimentos.
- c) En el ámbito del desarrollo del conflicto familiar.
- i. En cada situación de violencia familiar, hay “agresores” y “víctimas” y esta relación puede inclusive declararse en forma equivalente, donde la “víctima” puede ejecutar actos de “agresividad”. Esto se evidencia en el ámbito de los procesos de *régimen de visitas* donde se evidencia una *alienación* de parte del progenitor con tenencia, quien usualmente es considerada *víctima* de violencia familiar en un proceso preliminar.

Referencias que desnaturalizan el concepto de “igualdad” especialmente en el ámbito de la evaluación del *plazo razonable* en el seguimiento de un proceso judicial y permite plantear el siguiente esquema evaluativo:

1 ANÁLISIS DEL CONTEXTO JUDICIAL NEGATIVO

Plantear una demanda en la vía judicial en países como Colombia o Perú, implica necesariamente tomar en cuenta la provisión de un tiempo prudencial en el que se desarrollará el proceso. Dicho período temporal varía según la etapa en la que se encuentre el expediente en evaluación⁵.

En la etapa admisoría y de saneamiento procesal es característico observar situaciones de abandono procesal, el cual está provocado generalmente por:

- a) Que las partes no se presenten en proceso, por estar en rebeldía,
- b) Porque las partes no cumplen con las cargas procesales impuestas, como el sometimiento a una prueba psicológica, prueba biológica o presentación de medios probatorios.

⁵ GUTIÉRREZ, Walter. Informe “La Justicia en el Perú, Cinco Grandes Problemas”. P. d. Milagros Leiva, Entrevistador, 2015.

- c) Por allanamiento, ante la imposibilidad de acceder a una solución accesible, principalmente en aquellos casos donde resulta imposible un régimen de visitas entre un progenitor y su menor hijo producto de una *padrectomia*,
- d) Por no promover o generar impulso procesal por parte del demandante⁶.

En caso se continúe con el proceso, en la etapa de *audiencias*, según el tipo de proceso, sí es posible encontrar situaciones en las cuales las partes procesales en conflicto llegan a una *conciliación* la cual es registrada en el expediente⁷ que finaliza el proceso judicial.

Sin embargo, es común que dichos acuerdos conciliatorios no se cumplan, principalmente por la generación de nuevas circunstancias en las partes litigantes, como por ejemplo la asunción de una nueva carga familiar producto de una segunda relación matrimonial, que provoca el planteamiento (judicial, notarial o conciliatorio) de reducción de alimentos.

También es frecuente observar que los regímenes de visitas se incumplen, principalmente por la acción del progenitor con la tenencia de limitar objetiva y subjetivamente el contacto del hijo con el otro progenitor, ya sea con medidas registrables judicialmente como también con medias “típicas” que no adquieren valoración en el ámbito judicial.

Así, por ejemplo, el registro del impedimento de la visita con un parte policial puede tener vinculación en el ámbito judicial, pero usualmente los jueces *trasladan* dicho documento a la parte acusada, a efectos de que se *pronuncie* al respecto, sin tomar en cuenta que el medio probatorio presentado tiene una *presunción de veracidad* al ser registrada formalmente y oficialmente.

Dicha situación provoca en los progenitores que no pueden ejecutar sus derechos de visitas, la inacción procesal y finalmente la asunción de estar desprotegidos judicialmente, con lo cual la *padrectomia* se interioriza, siendo también perjudicado el propio hijo porque dejará de tener contacto con su progenitor sin tenencia.

La relatividad en la que este tipo de situaciones es tomado por los despachos judiciales colombianos y peruanos, demuestra que el *problema familiar* se observa sólo desde el punto de vista legal y por ello la elevada referencia a *medidas cautelares* sin vinculación a un *proceso principal*⁸, sin tomar en cuenta las circunstancias personales que rodean a las partes en conflicto y con ello la validación de la desnaturalización del concepto de “igualdad” en el trámite judicial en la especialidad de familia que se amplifica negativamente a medida que va transcurriendo el *tiempo*, donde las consecuencias pueden ser mucho más perjudiciales, evidenciándose estas en casos de “sustracción de menores” o la comisión del “delito de omisión de asistencia familiar”.

En la etapa de evaluación de los medios probatorios y en la determinación de la sentencia, probablemente las partes sean notificadas con una resolución que no satisfaga sus

⁶ BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

⁷ PINEDO AUBIÁN, Martín. La conciliación extrajudicial: problemas más frecuentes y soluciones. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

⁸ RENTERÍA DURAND, Margarita. Las medidas cautelares en el derecho de familia. Lima, Librería y ediciones jurídicas, 2012.

intereses y a pesar de que legalmente se ha finalizado un proceso, el conflicto familiar permanece y se extiende, como suele suceder en los conflictos donde se evalúa el derecho de alimentos que se amplía en el tiempo⁹.

Consideramos que el alto nivel de contraposiciones en los juzgados de familia por parte de los progenitores se observa con el elevado nivel de demandas por especialidad y por niveles que se establecen entre sí, lo cual no sólo provoca situaciones en las cuales existan resoluciones contradictorias, sino que también se observen situaciones imposibles de dirimir judicialmente, como por ejemplo, la asignación de alimentos a un progenitor que ha acreditado la violencia familiar en contra de su persona y la de su menor hijo.

A pesar de registrar una situación de violencia familiar (Hawie, 2018, p. 183), dicho progenitor no contará con la posibilidad de plantear la variación de la tenencia y con ello deberá cumplir con la prestación alimenticia, muy a pesar de que el menor se encuentra en una situación inestable en su propio desarrollo a causa del progenitor con quien reside.

Frente a esta realidad, nuestra posición incide en que la legislación está desactualizada frente a las nuevas necesidades en el ámbito de las relaciones familiares y que se requiere de una visión más humana, integral, multidisciplinaria y sobre todo más ejecutiva y expeditiva en el ámbito jurisdiccional.

La demora en la tramitación de procesos en la especialidad finalmente incide negativamente en todas las personas involucradas, tanto porque son víctimas o tanto porque plantean la defensa de sus derechos o la defensa de los derechos de quienes representan procesalmente.

Resulta inexplicable en este contexto que se produzcan situaciones de sobreseimiento de causas por acción del vencimiento del plazo o por imposibilidad de un pronunciamiento sobre el fondo¹⁰.

Este tipo de situaciones se produce por ejemplo en el caso de los procesos de interdicción de una persona de tercera edad, donde los hijos plantean dicho recurso para atender a sus progenitores y se encuentran en contradicción las posiciones de los hijos. El fallecimiento del progenitor es una muestra de cómo el sistema judicial finalmente provocará un nuevo conflicto judicial: la administración de bienes y posteriormente la división de bienes en sucesión.

Otro proceso sumamente lento es la declaratoria de abandono de menor a efectos de proceder a su registro y así facilitar el proceso de adopciones que se tengan en trámite en la Oficina de Registro de Adoptantes.

Ante esta situación de lentitud en el trámite judicial entonces corresponde plantear el análisis del *plazo razonable*.

2 EL IMPACTO NEGATIVO DE LA DESATENCIÓN DEL PLAZO RAZONABLE EN EL ANÁLISIS DEL CONFLICTO FAMILIAR JUDICIALIZADO

⁹ SOLÓRZANO FLORES, Ana María. La asignación anticipada en los procesos de alimentación: impacto de la Ley N° 29803. Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República, 2017.

¹⁰ DEL PUEBLO, Defensoría. El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos. 2017.

De lo expuesto, observamos que el proceso judicial está vinculado a una esfera constitucional de tutela de los derechos básicos y referenciales de toda persona en el ámbito jurisdiccional y que por ello se estructuran y relacionan a partir del derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, una serie de derechos que actúan como un conjunto de principios y disposiciones de carácter normativo y procedimental.

Sin embargo, este elemento nos permite analizar la *legitimidad funcional* del Poder Judicial en el ámbito de la impartición de justicia (Sánchez, 2007, p. 36), basándose en la evaluación de la garantía del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

Como resultado de dicha evaluación observamos un resultado negativo, principalmente por las condiciones que afectan el desarrollo oportuno en términos temporales de los procesos judiciales en el Poder Judicial, debido a la sobre carga procesal existente en dichas instancias¹¹ o debido al alto nivel de litigiosidad de los justiciables.

Sea cual fuere la consecuencia, el resultado provoca una situación de crisis del propio sistema en general, por cuanto el *plazo* que debe corresponder a la tramitación ordinaria de un proceso se excede en los plazos determinados por el Código Procesal Civil y se dilatan en el tiempo, sin necesidad de evaluar una cuestión aplicable a una referencialidad respecto del plazo, por cuanto el proceso se dilata no en términos de *duplicidad o triplicidad de plazos*, sino que eventualmente sólo se dilata en el tiempo.

3 EVALUANDO LOS ALCANCES DEL PLAZO RAZONABLE Y LA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Frente a la realidad descrita, es que resulta necesario analizar el concepto del *plazo razonable* como elemento teórico vinculante a nuestros propósitos en la presente tesis.

Para ello utilizaremos algunos conceptos del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Civil para la determinación de su naturaleza jurídica, en especial porque ello nos permitirá ampliar sus alcances en los puntos finales de la presente investigación.

En el ámbito constitucional, la Constitución expresamente no regula el derecho que tienen todas las personas a que se determine su situación jurídica dentro de un plazo razonable, debiéndose entender que el “plazo legal” alude a este concepto, pero no en forma completa o idónea.

Dicha limitación, sin embargo, debe interpretarse en un sentido amplio porque si advertimos que dentro de una interpretación sistemática que el plazo razonable corresponde una vinculación y referencia al debido proceso y la tutela jurisdiccional (artículo 139 inciso 3 de la Constitución peruana) (artículo 122 del Código General del Proceso de Colombia), nuestra posición podría encontrar un elemento de referencia vinculante al ámbito jurisdiccional.

Por tanto, el que no esté expresamente regulado en la Constitución, ello no significa que el derecho a un plazo razonable no exista para la normativa interna, pues debe enfatizarse en que el acceso a una justicia pronta y cumplida se encuentra íntimamente ligado a la celeridad y eficiencia en el ejercicio de la jurisdicción. El sometimiento de las autoridades públicas

¹¹ QUIROGA LEON, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de derechos humanos. 2014.

encargadas de la función de administrar justicia a las reglas jurídicas, específicamente a aquellas establecidas para la tramitación y definición de los asuntos que son sujetos a su conocimiento, repercute en la materialización de valores como el de la justicia, así como en la eficacia de una amplia gama de derechos constitucionales, incluidos aquellos que mediante cada cauce procesal se pretende satisfacer (Corte Constitucional, Sentencia T – 341 de 2018)

Dada la ambigüedad que puede significar una ausencia normativa, detallaremos los principales elementos referenciales sobre el punto en cuestión¹², para así proporcionar un elemento vinculante de análisis.

a) El plazo razonable y el plazo legal

El término *plazo razonable* tiene una naturaleza jurídica diferente al *plazo legal*, debido principalmente a que en el primero no se encuentra establecido claramente en norma alguna y en principio su duración debería ser menor al establecido por la ley.

En cambio, el *plazo legal* si se encuentra regulado por la Ley Procesal y no podría decirse que su inobservancia signifique la vulneración del plazo razonable, pero si constituye en un indicio que puede vulnerarlo.

b) El Plazo legal

Es un elemento importante, sobre todo si se le vincula al ámbito procesal, sin importar la especialidad judicial a la cual se le esté determinando, ya sea que se trate de un proceso civil, penal o administrativo.

En este sentido, pasamos a advertir que algunos plazos son establecidos en la Ley y que el Fiscal y el Juez debieran internalizarlo para lograr discernir y determinar una disposición fiscal o sentencia, dentro de los plazos establecidos por la ley.

c) El Plazo máximo

Vinculado sobre todo al ámbito de los plazos de caducidad, de lo que se pudo o debió hacer, salvo que la ley admita una prórroga al plazo ya fenecido.

Siendo una situación de mucha importancia en el ámbito procesal (sobre todo en el penal), resulta necesario citar la sentencia de la Corte Interamericana caso Acosta Calderón, donde la Corte precisó que la razonabilidad del plazo se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, es decir, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

107. (...) cabe destacar que un proceso penal, de conformidad con lo que disponía el Código de Procedimiento Penal de 1983, el cual era aplicable a la presunta víctima, no debía exceder de cien días. Sin embargo, en el caso del señor Acosta Calderón, se extendió por más de cinco años sin que existieran razones que pudieran justificar tal demora.

d) El Plazo prudencial

¹² MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos Manuel. Plazos procesales civiles: guía para su interpretación y computo. Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.

Determinado sobre todo cuando se regulan condiciones en las cuales se evalúa la restricción de un derecho o la determinación de una condición a favor de una persona en el proceso.

En este sentido, se podría señalar como *plazo prudencial* la ejecución de una serie de condiciones materiales para la validación de una condición de aptitud en un tiempo relativamente corto, cuando se trata de volver a establecer el derecho de visitas con externamiento a favor del progenitor que se había visto limitado por la acción obstructiva del progenitor con tenencia.

e) Plazo distinto o irrazonable

En función a las condiciones, características, complejidad y circunstancias de los hechos que son objeto de una investigación, generalmente de naturaleza vinculable a situaciones de violencia familiar.

f) Plazo no mayor

Que se establece sobre todo cuando existe una condición que debe ser confirmada o actuada en el ámbito procesal, por ejemplo, una ampliación de una investigación o la determinación de una *carga procesal*, por ejemplo el período para la atención de un medio probatorio proporcionado por la contraparte, ajeno a las pruebas contenidas en la demanda.

Conforme lo detallado, cada uno de estos elementos presenta un severo nivel de afectación al principio del debido proceso y tutela judicial efectiva que desnaturaliza el concepto de “igualdad” que adquiere una serie de matices en el desarrollo del conflicto familiar judicializado.

■ CONCLUSIONES

Los conflictos familiares judicializados no logran evaluar correctamente los tiempos en los cuales se desarrolla la controversia entre las partes procesales y las personas que conforman la familia en crisis y ello repercute en forma objetiva en la vulnerabilidad de derechos, especialmente de quienes no cuentan con una legitimidad para obrar en el proceso debido a su función externa a las *partes procesales*.

Tomando en cuenta que este es un hecho sustancial, resulta cuestionable que el Poder Judicial no haya evaluado ninguna acción objetiva ante este problema, muy a pesar de que se encuentra vinculada a las Reglas de Brasilia.

Conforme a nuestros estudios, sostenemos la necesidad de optimizar el proceso judicial peruano en la especialidad de Familia y ante ello, se requiere implementar un *Código Procesal de Familia* donde se pueda reformular la legislación aplicable al tema, unificándose así, criterios jurisdiccionales en las competencias penal, civil, de familia y constitucional porque en esencia se trata de evaluar un *conflicto humano*, conforme detalla Manuel Bermúdez Tapia¹³.

BIBLIOGRAFÍA

¹³ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Derecho Procesal de Familia. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. La constitucionalización del derecho de familia. *Lima, ECB, 2011.*
- _____. Derecho procesal de familia. *Aproximación crítica no convencional a los procesos de Familia. Lima: Editorial San Marcos, 2012.*
- _____. La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia. *Lima: Gaceta Jurídica, 2019.*
- BERMÚDEZ TAPIA, Manuel, SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra y JIMÉNEZ-BARRERA, Lina Vanessa. “Los derechos humanos y la familia en el contexto de la justicia transicional: el caso colombiano”. En: Bermúdez Tapia, M. (Editor) *Derecho de familia en evaluación y evolución. Tacna: Colegio de Abogados de Tacna, 2019.*
- DEL PUEBLO, Defensoría. El proceso de alimentos en el Perú: avances, dificultades y retos. 2017.
- GUTIÉRREZ, Walter. Informe “La Justicia en el Perú, Cinco Grandes Problemas”. *P. d. Milagros Leiva, Entrevistador, 2015.*
- HAWIE, LORA. Illian. Violencia Familiar, Análisis sustantivo procesal y Jurisprudencial. 2017.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Procesos judiciales derivados del derecho de familia. *Lima: Iustitia, 2017.*
- MARTÍN JIMÉNEZ, Carlos Manuel. Plazos procesales civiles: guía para su interpretación y computo. *Madrid, Lex Nova-Thomson Reuters, 2014.*
- PASTOR, Daniel R. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones. Ad-Hoc, 2002.*
- PINEDO AUBIÁN, Martín. La conciliación extrajudicial: problemas más frecuentes y soluciones. *Lima: Gaceta Jurídica, 2018.*
- QUIROGA LEON, Aníbal. El debido proceso legal en el Perú y en el sistema interamericano de derechos humanos. 2014.
- RENTERÍA DURAND, Margarita. Las medidas cautelares en el derecho de familia. *Lima, Librería y ediciones jurídicas, 2012.*
- SANCHÉZ LEÓN, Abelardo. La larga crisis del sistema judicial: una entrevista a Gorki Gonzales, abogado y profesor de la PUCP. *Revista Quehacer, 2007, no 166, p. 36-44.*
- SIERRA-ZAMORA, Paola Alexandra. La Vinculación de los Derechos Humanos en el Ámbito de las Relaciones Familiares. pp. 741-761. BERMÚDEZ TAPIA, Manuel. *Derecho de Familia en Evaluación y Evolución, 2019.*
- SOLÓRZANO FLORES, Ana María. La asignación anticipada en los procesos de alimentación: impacto de la Ley Nº 29803. *Lima, Fondo Editorial del Congreso de la República, 2017.*
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. Derecho Procesal de Familia. *Lima: Gaceta Jurídica, 2019.*



A PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DE UMA CULTURA DE SUSTENTABILIDADE

THE EMANCIPATORY PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO DEVELOPMENT IN THE CONTEXT OF A SUSTAINABILITY CULTURE

MARCOS PINTO AGUIAR*

RESUMO

Esta pesquisa propõe a aplicação do conceito de desenvolvimento, outrora sinônimo de crescimento econômico, a partir de um entendimento ampliado, especialmente por conta da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986; de modo que, ao integrar as perspectivas econômicas, sociais, culturais e políticas em determinado contexto histórico, garante maiores condições de efetivar direitos humanos de forma indivisível e interdependente. Trata também das novas possibilidades de busca de um modelo de desenvolvimento sustentável, nesta perspectiva alargada do seu conceito, a partir da valorização da soberania popular, com a participação efetiva do povo na condução das funções estatais, como proposta de um constitucionalismo emancipador. O trabalho apresenta ainda, como exemplo concreto para avaliação das possibilidades e desafios de efetivação do direito ao desenvolvimento e de uma cultura de sustentabilidade, uma visão crítica de como tem sido resolvida a questão da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, Brasil. Com base na revisão bibliográfica crítica, análise de normas convencionais e estudos acerca do desenvolvimento, conclui-se que é urgente a necessidade da superação de uma concepção economicista de desenvolvimento, a partir de uma concepção ampliada de desenvolvimento humano com base em uma cultura de sustentabilidade forte e biocêntrica.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Direito ao Desenvolvimento; Cultura de Sustentabilidade; Constitucionalismo; Caso Belo Monte.

ABSTRACT

This research proposes the application of the concept of development, once synonymous with economic growth, based on a broader understanding, especially due to the 1986 Declaration on the Right to Development; therefore, by integrating economic, social, cultural and political perspectives in a given historical context, it ensures greater conditions for realizing human rights in an indivisible and interdependent manner. It also deals with the new possibilities of searching for a sustainable development model, in this broad perspective of its concept, from the valorization of popular sovereignty, with the effective participation of the people in the conduct of state functions, as a proposal of an emancipating constitutionalism. The paper also presents, as a concrete example for assessing the possibilities and challenges of realizing the right to development and a culture of sustainability, a critical view of how the issue of the construction of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant in Pará, Brazil has been resolved. Based on the critical bibliographic review, analysis of conventional norms and development studies, it concludes that there is an urgent need to overcome an economist conception of development, based on an expanded conception of human development based on a strong and biocentric culture of sustainability.

Keywords: Development; Right to development; Sustainability Culture; Constitutionalism; Belo Monte Case.

* Pós-Doutor em Desigualdades Globais e Justiça Social pela Universidade de Brasília.
Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.
Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Alencarina de Sobral.
marcuspaguiar@hotmail.com

Recebido em 16-12-2019 | Aprovado em 19-1-2021¹

SUMÁRIO

¹ Artigo convidado.



INTRODUÇÃO; 1 DESENVOLVIMENTO AUTÓCTONE: UMA POSSIBILIDADE (IN) SUSTENTÁVEL; 2 DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E DE UM CONSTITUCIONALISMO EMANCIPADOR; 3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO UM DIREITO HUMANO INTEGRADOR; 4 A CULTURA DA SUSTENTABILIDADE; 5 BELO MONTE: EXEMPLO DE DESCASO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DE UMA CULTURA DE SUSTENTABILIDADE NO BRASIL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Ao mencionar as palavras progresso ou desenvolvimento, durante muito tempo, remetia-se à ideia de crescimento econômico-material, quer fosse do indivíduo, quer de um Estado. E esta visão, especialmente a partir do século XIX, esteve profundamente inserida na mentalidade de mundo e de vida produzida, insuflada e fomentada pelos regimes (neo)liberais de suporte eminentemente capitalista.

As consequências nefastas (miséria, fome e morte) da expansão capitalista a partir do processo de globalização apoiado em uma evolução tecnológica sem par, principalmente após a 2ª Guerra Mundial, acabaram por determinar uma diferença abissal entre os países ditos desenvolvidos (do Norte), principalmente os da Europa Ocidental, Japão e os Estados Unidos da América, e os subdesenvolvidos (do Sul), como os da América Latina, primordialmente em relação ao crescimento econômico.

Entretanto, os países do Sul por muito tempo se limitaram a copiar um modelo de desenvolvimento considerado paradigmático cujas consequências foram a reprodução de condições sociais de desigualdade e de degradação ambiental, persistindo na sua posição de subdesenvolvimento. Desta forma, pouco foi feito para efetivar um processo de desenvolvimento capaz de alcançar uma identificação real com suas raízes histórico-culturais.

Daí a importância de uma nova perspectiva ampliada de desenvolvimento, não mais reduzido à visão econômica, mas integrado aos aspectos sociais, políticos, ambientais e culturais da pluralidade própria da condição humana contemporânea, conforme expresso neste trabalho.

Assim, pretende-se inicialmente contribuir com uma reflexão sobre a necessidade de um desenvolvimento autóctone, pensado a partir das possibilidades inerentes ao perfil latino-americano, onde a criatividade e a originalidade, sem prescindir da análise de outras realidades e modelos, possam impulsionar o desenvolvimento humano destes povos; faz referência de forma ampla às condições latino-americanas, mas trata de forma específica da realidade normativa e política brasileira.

Neste processo diferenciado de desenvolvimento a participação democrática com ênfase na soberania popular é apresentada como um dos principais vetores de desenvolvimento, defendendo a ideia de uma maior representação social no processo de elaboração e efetivação das políticas públicas, inclusive como forma também de minimizar os efeitos de um processo de globalização do capital, que no seu afã expansionista e de acumulação, atinge a própria soberania dos Estados, em uma tentativa insistente de enfraquecê-la e substituí-la a

longo prazo, por outros centros de poder supraestatais, pensados sob perspectivas puramente economicistas.

Nesse contexto, sugere-se, como suporte teórico e prático de contribuição no processo de desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, à importância de um constitucionalismo emancipatório, aos moldes do denominado Novo Constitucionalismo Latino-americano, que defende um processo de constitucionalização com ênfase na soberania popular e no redirecionamento das funções estatais, vinculadas à efetivação dos direitos humanos fundamentais, em especial, os sociais e os culturais, amparado em uma hermenêutica constitucional emancipatória.

As diretrizes deste modelo latino-americano foram construídas em consonância com a ideia ampliada de desenvolvimento, elevado à categoria de direitos humanos e cuja expressão normativa maior se encontra na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1986.

Assim, trata-se do direito ao desenvolvimento como uma pretensão exigível individual ou coletivamente, que empreende a integração das dimensões econômicas, sociais, políticas e culturais com a finalidade de valorizar a dignidade humana e promover o bem da sociedade, ampliando mais ainda esta perspectiva, a partir da ideia de uma cultura de sustentabilidade, de valorização dos recursos naturais inseridos no conceito de biodiversidade, como forma de promover um desenvolvimento humano em harmonia com o meio-ambiente.

Por fim, apresenta-se o caso Belo Monte, como um exemplo de conflito entre crescimento econômico, direito ao desenvolvimento, preservação da biodiversidade e desenvolvimento sustentável, e a conduta do governo brasileiro de desrespeito aos direitos humanos e de ofensa à boa-fé, própria dos signatários de tratados internacionais de direitos humanos e de sua ampla normatividade; e, no que se refere ao direito ao desenvolvimento, de retrocesso no entendimento desta visão ampliada do processo, não mais visto apenas pela sua faceta econômica, postura esta em desconformidade com os ditames de um novo constitucionalismo baseado em uma efetiva participação popular especialmente nos processos de elaboração e de execução de políticas públicas.

Para a elaboração do trabalho, realizou-se uma revisão bibliográfica crítica, além de pesquisa dos documentos relativos à temática no âmbito da Organização das Nações Unidas, especialmente a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, e a Convenção sobre a Diversidade Biológica; e dos relatos e documentos técnicos sobre a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, principalmente os expostos no sítio do Ministério das Minas e Energias.

Desse modo, conclui-se que a adesão plena dos Estados à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento é uma forma de garantir a efetividade dos direitos humanos e promover a emancipação social por meio de uma participação popular mais ativa e responsável, e superar uma visão economicista e míope de desenvolvimento.

1 DESENVOLVIMENTO AUTÓCTONE: UMA POSSIBILIDADE (IN)SUSTENTÁVEL

A ideia de progresso surge com o Renascimento, a partir da aceitação de que as realizações humanas a cada tempo que se seguia ascendia a um patamar maior de conhecimento

e realização material, isto é, cada época acrescentava naturalmente valores superiores a da anterior; de modo que este pensamento alcançou seu ponto máximo no século XIX, quando o progresso tornou-se um reflexo de uma economia de mercado livre, sem a participação do Estado².

Esta visão parcial e míope de progresso trouxe consequências sociais extremamente negativas, acarretando miséria e morte, especialmente por conta das relações de trabalho iníquas a que foram submetidas as pessoas. Posteriormente, passaram a reivindicar, de forma revolucionária seus direitos a uma vida melhor, mas que, em nome do progresso e da liberdade, havia sido relevada pela ordem político-jurídica vigente na qual imperava um positivismo tendencioso a manutenção do *status quo* da classe detentora do poder econômico.

Em que pesem as conquistas advindas da positivação dos direitos humanos e de uma postura mais intervencionista do Estado, com a finalidade de diminuir as disparidades econômico-sociais e de promover efetivamente o bem-estar de todos os homens e mulheres, ao longo de praticamente todo o século XX, o projeto de desenvolvimento continuou sendo tratado de forma reducionista, voltado prioritariamente ao setor industrial, não implicando, no dizer de Heidemann³, “um projeto de desenvolvimento integrado, que levasse em conta outras preocupações sociais, como educação, saúde, meio ambiente”.

O desenvolvimento esteve e ainda está vinculado ao modelo desenvolvimentista realizado principalmente pela Europa Ocidental e pelos Estados Unidos da América, transformando estes, em exemplos a serem alcançados pelos países subdesenvolvidos (ou de capitalismo periférico), de forma que no Brasil a realidade neste campo não tem sido diferente. Neste sentido, Ramos⁴, referindo-se ao que ele denomina de Teoria *N* (ou modelo de necessidade), afirma: “O postulado principal da Teoria *N*, no que tange à modernização, é que existe uma lei de necessidade histórica que compele toda sociedade a procurar alcançar o estágio em que se encontram as chamadas sociedades desenvolvidas ou modernizadas”.

Contrapondo-se a esta teoria, apresenta o mesmo autor a Teoria *P* (ou modelo de possibilidade) cujas características principais seriam duas: a primeira, que não existe um parâmetro rígido, um arquétipo de desenvolvimento a ser seguido por todos; e a segunda, que qualquer nação, independentemente de seus condicionamentos, sempre poderá eleger um modelo de desenvolvimento que lhe seja mais adequado⁵.

A dicotomia “desenvolvido” *versus* “subdesenvolvido” ou a “polaridade Norte e Sul” implantada pelas “nações-parâmetro-de-desenvolvimento”, os denominados países centrais,

² HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.24.

³ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.26.

⁴ RAMOS, Alberto Guimarães. A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.43.

⁵ RAMOS, Alberto Guimarães. A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.43.

cujos modelos principais continuam sendo os Estados Unidos da América e os da Europa Ocidental, tem como finalidade estabelecer uma mentalidade de conformação econômica, política e cultural, e de determinismo aprisionador, como forma de impedir a busca de um modelo de desenvolvimento próprio, autóctone, que aproveita as partes boas e eficazes de outros, mas que fundamentalmente busca o seu a partir da própria realidade.

Aqui se encaixa bem a lição de Paulo Freire, quando afirma que “somos seres condicionados, mas não determinados”. Desse modo, ampliando a perspectiva deste grande mestre, os Estados também têm aspectos condicionantes, que vão desde geográficos e culturais, até variáveis internacionais, como o comércio exterior; entretanto, não estão irremediavelmente limitados a estes fatores, uma vez que não há, nesta visão aqui exposta, um determinismo fatalista⁶ ao seu desenvolvimento, como induz a crer os países “desenvolvidos”.

Desta forma, cabe uma reflexão para que o Brasil ou mesmo a América Latina como um todo não tenha ainda hoje que buscar um modelo de desenvolvimento que esteja determinado pelos mesmos padrões que têm sido impostos pelos países desenvolvidos durante estas últimas décadas, baseados em uma homogeneização sociocultural, na degradação ambiental, produção dependente das demandas do Norte, com um modelo exportador de *commodities* e matéria prima.

Ignorar as necessidades atuais das sociedades locais e apenas transferir modelos alienígenas para o contexto nacional de desenvolvimento é uma forma de imobilizar a participação da sociedade na busca de soluções para seus desafios, e pior, gera um desenvolvimento de cunho economicista capaz de desestabilizar a harmonia social e afastar qualquer princípio de solidariedade que possa fortalecer esta mesma sociedade, tornando atual a lição de Furtado⁷ quando afirma que: “Sendo o desenvolvimento a expressão da capacidade para criar soluções originais aos problemas específicos de uma sociedade, o autoritarismo, ao bloquear os processos sociais em que se alimenta essa criatividade, frustra o verdadeiro desenvolvimento”.

‘1A participação democrática na ampliação da ideia de desenvolvimento é relevante não apenas por conferir legitimidade ao processo, mas também pela ampliação das liberdades⁸ e seu caráter de empoderamento que atribui às pessoas a possibilidade de decidir pelo que lhes é mais favorável, influenciando diretamente na qualidade de suas vidas.

O desenvolvimento não é um conceito etéreo, mas se manifesta concretamente nas múltiplas realidades da vida material e imaterial de um povo. Daí poder-se adjetivá-lo com o

⁶ Importante destacar que segundo a perspectiva de Ramos o determinismo não se contrapõe à liberdade e ambos estão presentes através de um movimento dialético ao longo do processo histórico; entretanto, da leitura atenta deste autor percebe-se que o mesmo se refere neste caso, ao que Freire chama de condicionamento, como limites à livre condução do agente, e o que este chama de determinismo, incompatível com a liberdade, é relatado por Ramos como um determinismo do tipo fatalista, no qual a liberdade está ausente. Cf. RAMOS, Alberto Guimarães. A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.45.

⁷ FURTADO, Celso. *Criatividade e dependência na civilização industrial*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p.80.

⁸ Aqui se remete à ideia de Sen que atrela o desenvolvimento à ampliação das “liberdades substanciais” das pessoas, conferindo-lhes autonomia e capacidade para definir e conduzir o seu próprio caminho de promoção de suas dignidades, através principalmente da integração das atividades econômicas, sociais e políticas. Cf. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

intuito de qualificá-lo de forma parcial para cada dimensão que se deseja analisar; por exemplo, desenvolvimento econômico, desenvolvimento social, desenvolvimento cultural e desenvolvimento tecnológico; apesar de estarem todos interligados, e de que algumas expressões atualmente utilizadas trazerem uma significação integral, como é o caso do desenvolvimento humano e desenvolvimento sustentável.

De qualquer forma, percebe-se logo um caráter coletivo da noção de desenvolvimento, o qual é defendido neste trabalho, obviamente, sem prescindir de sua dimensão individual; e a coletiva é importante por conta da identificação dos sujeitos que estão ligados ao processo para que não se limite ao plano das ideias ou dos papéis, mas se efetive em quaisquer das áreas as quais esteja vinculado.

Com o surgimento do Estado Social e sua vocação intervencionista na ordem privada, este com maior propriedade tornou-se o agente motivador e implementador por excelência do desenvolvimento, fazendo-o de certa forma ordenada e racional⁹ através das denominadas políticas públicas, instrumentos ativos para a efetivação dos direitos humanos fundamentais e o conseqüente bem-estar da sociedade.

Mesmo que o Estado brasileiro esteja inserido em um cenário neoliberal, tanto no âmbito local como mundial, de supervalorização explícita da primazia do capital, sua Carta Magna vincula os poderes do Estado à efetivação dos direitos fundamentais, inclusive os de cunho sociocultural, o que se dá especialmente através dos programas de políticas públicas, permitindo assim, a exigibilidade por parte da sociedade do cumprimento destes deveres constitucionais. Entretanto, muito lucidamente, lembra Gonçalves:

Desse modo, a linguagem constitucional expressa no Texto de 1988, embora normativa e, bem por isso, vinculante para os poderes públicos, não traz um único padrão de políticas sociais, mas contempla, sobretudo, um conjunto de princípios cuja eficácia jurídica depende de certos condicionantes fáticos. Assim, não basta que a Constituição tenha contemplado, por exemplo, a dignidade humana, a eliminação das desigualdades regionais e sociais, os valores sociais do trabalho e da propriedade privada para que tais princípios, como em um toque de Midas, subvertam os severos problemas sociais do país [...] ¹⁰.

E é a mesma autora que alerta sobre o caminho para a superação destes desafios, quando afirma que “a participação da sociedade civil na preservação dos potenciais de luta e de esperança torna-se indispensável, sob pena de se substituir o comodismo pelo autoritarismo quer do mercado, quer do próprio Estado”¹¹.

⁹ Heidemann alerta para a superação do mito da racionalidade ilimitada do administrador, apontando para diferentes modelos decisórios, tais como o da “racionalidade funcional limitada”, que defende a busca de decisões satisfatórias pessoais, no lugar de decisões ótimas; e o modelo incrementalista, que acredita que as decisões em economia sejam tomadas “com pouco ou nenhum planejamento, organização; [...] preferindo avançar a esmo (*muddling through*)”. Cf. HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.36.

¹⁰ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2 ed rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010, p.167.

¹¹ *ibid.*, p.78.

A partir do advento do Estado Democrático, o entendimento é de que não apenas este pode ser considerado um *policy maker* (agente de políticas públicas), mas outros quadros representativos da sociedade¹² (sindicatos, organizações não governamentais, empresários, entre outros) devem ser chamados a participar da elaboração, implementação e controle de tais políticas, uma vez que os objetivos destas afetam diretamente a todos, pois, segundo Heidemann¹³: “O bem público que dá substrato à maior parte das decisões é o desenvolvimento da sociedade em suas diversas definições e dimensões sociopolíticas”.

Há inexoravelmente uma relação entre políticas públicas e desenvolvimento, pois para que este se concretize eficazmente, é necessário que tenham sido previstas por aquelas. O desenvolvimento promovido pelo homem se dá numa ordem diferente do que ocorre espontaneamente na natureza. O homem funciona como agente catalisador, isto é, ele é o acelerador dos processos; todavia, é preciso que ele avalie justa e adequadamente o ritmo que deve empreender ao desenvolvimento, pois a natureza humana e a biodiversidade como um todo têm seus limites de alteração.

Assim, o eficaz processo de desenvolvimento, em sua perspectiva integradora, abrangente das mais diversas áreas (educacional, social, cultural, tecnológica, econômica e ambiental) dá-se como fruto de um procedimento de interação dialógica dentro do universo plural da sociedade, com a cooperação e a participação ativa de todos os envolvidos, e pressupõe um sistema de prestação de contas dos responsáveis pela implementação das políticas públicas específicas e gerais direcionadas para o desenvolvimento.

Diante da heterogeneidade própria dos movimentos sociais, Gonçalves chama a atenção para o aspecto positivo desta diversidade social, como força combativa do *status quo* vigente, mas alerta: “Contudo, se a diversidade não estiver apoiada em um projeto emancipatório e concretizador da dignidade humana, capaz de mobilizar mais solidariamente os movimentos populares, a concretização constitucional será uma tarefa secundária e comparada aos interesses específicos de cada grupo”¹⁴.

O processo de pensar o desenvolvimento a partir do modelo de possibilidade (Teoria *P*) como aventado por Ramos é importante pelo seu caráter emancipatório em relação às propostas consideradas paradigmáticas dos países desenvolvidos, e por promover novas possibilidades de realizar tal processo de forma ampla, evitando erros históricos de caráter ideológico (viés puramente econômico), e abrindo novas opções com consequências positivas (viés da sustentabilidade).

¹² Assiste-se com pesar, hoje em dia, certo descaso com que o governo tem tratado o desenvolvimento educacional de seu povo, uma vez que este seria o momento ideal para se repensar os projetos de políticas públicas específicas para esta área, como fruto da colaboração entre o governo, professores, gestores, alunos, enfim, todos os afetados, direta e indiretamente, com a finalidade de garantir uma educação de qualidade, que certamente será decisiva para alcançar os objetivos da razão de ser da República brasileira, preconizados no artigo 3º da Constituição Federal, inclusive o que se refere ao desenvolvimento nacional.

¹³ HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). *Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise*. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010, p.34.

¹⁴ GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. *Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente*. 2 ed rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010, p.242.

2 DESENVOLVIMENTO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA E DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O processo de globalização, realizado de forma mais intensa e dinâmica a partir da segunda Guerra Mundial, é resultado de uma política estratégica de expansão mundial do sistema capitalista e está associado à multiplicação das relações interestatais através de movimentos de integração amplos entre os mercados de consumo, por meio dos desenvolvimentos tecnológicos principalmente nas áreas de informação, transportes e comunicação¹⁵.

As relações internacionais atuais entre os Estados, por conta da necessidade de equilíbrio de suas balanças comerciais, têm elevado o grau de interdependência entre eles de forma muitas vezes a interferir na estabilidade interna da Nação, trazendo consigo uma série de questionamentos sobre os paradigmas fundantes do Estado moderno, presentes ainda hoje, tais como: soberania, divisão de poderes, cidadania, legitimidade de poder, para citar os mais importantes, no qual os conceitos clássicos não são capazes mais de resolver por si mesmos os problemas atuais de um Estado que partilha de sua soberania, quer pela imposição externa indireta fundada em questões econômicas, quer voluntariamente, através de tratados internacionais¹⁶.

Daí apropriadamente, ao falar das influências da globalização, Aguiar¹⁷ se referir a “fenômenos associados à dessoberanização dos Estados”, como uma característica dos tempos atuais diante destes processos crescentes de relações interestatais em todas as esferas de sua atuação, quer política, econômica, social e principalmente jurídica, em um nível mundial.

Entretanto, a globalização não é o maior problema que afeta a soberania estatal, mas sim a política imperialista que utiliza aquela como meio para promover a dissociação da fonte por excelência de produção jurídica (Estado) do seu caráter de aplicação em um determinado plano territorial, acarretando, no dizer de Grau¹⁸, uma “*de-territorialização* das relações econômicas e sociais, agudizado em razão do desenvolvimento do World Wide Web”. (sic)

Percebe-se, entretanto, o que se pode denominar de “crise de soberania”, a partir do momento que este poder tem se deslocado em direção a centros decisórios transnacionais e não estatais cujos principais interesses são os meramente econômicos, como é o caso, *e.g.*, na área comercial, da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization - WIPO*), e no setor financeiro, do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial. Daí a afirmação precisa

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos 2*. Título original: Contre-feux 2: pour un mouvement social européen (2001). Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p.60.

¹⁶ GALINDO, Bruno. *Teoria intercultural da constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul*. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.82.

¹⁷ AGUIAR, Asdrúbal. La democracia del siglo XXI y el final de los Estados. In BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.31.

¹⁸ GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7 ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p.279.

de Harvey¹⁹ ao revelar os riscos à democracia: “O que se vê hoje, na Grécia e na Itália, é o reconhecimento de que o processo democrático é inteiramente subserviente ao mundo financeiro”.

Este novo desafio, na verdade, revela a necessidade de se (re)pensar, no Brasil e na América Latina, como ensina o professor Filomeno Moraes, em teorias do Estado, da Constituição e do poder constituinte, para que se compreenda melhor o processo constitucional nacional e regional, fortalecendo a “racionalidade coletiva” e o próprio Estado para enfrentar o discurso estratégico neoliberal, que entende a Constituição dirigente como propícia a “fomentar as crises econômicas e produzir a ingovernabilidade”. Afirma assim, Moraes²⁰, referindo-se ao Brasil, mas com uma perspectiva que se pode estender aos demais países latino-americanos, que:

No Brasil, se a nossa *fortuna* tem sido a pluralidade e a diferença de grupos sociais, de interesses, de ideologias e de projetos, a nossa *virtù* é a realização constitucional, tudo no sentido de tornar efetivos os *objetivos fundamentais* de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “garantir o desenvolvimento nacional”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação”. (sic)

Uma nova proposta surgiu, no final do século XX, no contexto latino-americano, como meio de superar estas fragilidades que atingem os Estados Democráticos da atualidade, por meio do fortalecimento do Estado constitucional a partir da ampliação da soberania popular, da valorização e proteção da biodiversidade local e do redirecionamento das funções estatais a serviço da pessoa humana, com a finalidade de promoção da igualdade social via melhor distribuição de renda e consequente melhoria das condições de vida de suas populações mais carentes e marginalizadas.

Desta forma, este movimento, denominado “Novo constitucionalismo latino-americano”, busca a libertação intelectual e política dos paradigmas da europeização, tendo em vista uma nova perspectiva de participação popular (por isso é também denominado de constitucionalismo *sin padres*) e especialmente fundado em um modelo de constituição que não seja interpretada à luz do reducionismo neoliberal cujo centro é a valorização de um economicismo destruidor dos valores humanos, mas muito ao contrário, a partir de uma visão integradora do pluralismo que caracteriza a sociedade latino-americana e que promova o bem de todos os seus membros²¹.

¹⁹ HARVEY, David. Até agora, o combate à crise resolveu a situação de uma minoria, que acumula grandes riquezas à custa da maioria. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Desafios do desenvolvimento*. Revista do IPEA. Entrevista, por Artur Araújo, ano 9, n. 71, p. 10-20. Curitiba: Virtual Publicidade, 2012, p.15.

²⁰ MORAES, Filomeno. *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011, p.245.

²¹ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Universidade de Fortaleza (UNIFOR), PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, no. 2, jul./dez.2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 28.nov.2019.

A participação ativa do povo se dá prioritariamente em dois momentos deste processo, que, no final, legitimamente conduzirá ao seu próprio desenvolvimento integral. Primeiro, partindo do princípio que um poder democrático constituinte foi delineado pela soberania popular, de modo que o povo tenha efetivamente a possibilidade de se autoconstituir, implicando em uma dimensão política deste novo constitucionalismo; e segundo, de fortalecimento de suas liberdades, permitindo sua autodeterminação através da condução direta do processo de desenvolvimento individual e social, revelando a dimensão jurídica do modelo. Ou seja, autoconstituir-se e autodeterminar-se necessariamente carregam em si a ideia fulcral de trazer a Constituição para o centro das decisões jurídicas e concretizá-la na realidade de vida deste mesmo povo. Daí afirmarem apropriadamente Wolkmer e Fagundes:

Diferentemente do neoconstitucionalismo, esse ‘novo constitucionalismo’ busca a legitimidade da soberania popular antes mesmo que a preocupação e a afirmação jurídica positivada. Isto é importante na particularidade que lhe confere enquanto construção política democrática participativa [...]”²².

Este modelo latino-americano também rompe com a leitura constitucional de viés puramente econômico que impede a promoção de um desenvolvimento regional fundado em valores caros às sociedades locais, particularmente às populações tradicionais indígenas e não-indígenas, tais como os ribeirinhos amazônicos, os jangadeiros e os quilombolas, só para citar alguns desta vasta comunidade existente no Brasil²³.

Sob a luz de uma hermenêutica emancipatória, própria de um modelo de constitucionalismo substancial, pode-se com maior acuidade fazer a leitura do artigo 3º da Constituição Federal do Brasil, por exemplo, que aponta o desenvolvimento nacional como um dos objetivos da República brasileira. Assim, entende-se o desenvolvimento imbricado nesta nova visão com o compromisso de promoção da justiça social fomentado por programas críveis de cunho participativo e integrados através das áreas econômica, social, cultural e política, permeadas pelo objetivo maior de promoção da dignidade humana; compreendendo-se ainda, não ser possível alcançar tal desiderato sem o respeito ao direito de autodeterminação individual e coletivo dos membros destas comunidades.

Diante de tantas propostas normativas para efetivação dos direitos humanos e ao mesmo tempo de tantas dificuldades para aplicá-las, estes novos caminhos que têm surgido são também instrumentos para a resolução dos problemas da pessoa humana inserida em uma realidade concreta de vida, ou no dizer de Flores:

Trata-se, pelo contrário, de buscar teorias e fundamentações que nos coloquem em contato de novo com os problemas concretos de pessoas concretas que, apesar de terem reconhecidos tantos e tantos direitos, própria formulação universalista deles

²² WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Universidade de Fortaleza (UNIFOR), PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, no. 2, jul./dez.2011. Disponível em: <http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf>. Acesso em: 28.nov.2019.

²³ DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo, S.V. (orgs). *Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

– e não só a falta de vontade de políticos e instituições – parece afastá-los de sua completa e efetiva realização²⁴.

Quando se faz referência ao termo desenvolvimento, geral e imediatamente, remete-se à ideia de crescimento ou progresso econômico. E de fato, durante muito tempo, sob os auspícios de um sistema liberal e de um capitalismo globalizante, estabeleceu-se um mantra de que não poderia haver desenvolvimento sem o crescimento econômico, daí a principal razão da sinonímia gerada entre ambos.

Entretanto, contemporaneamente, o conceito de desenvolvimento ampliou-se de forma a ser considerado uma espécie de direitos humanos, onde o aspecto econômico passou a ser visto apenas como uma das várias dimensões do processo de desenvolvimento. Nessa perspectiva, afirma Guimarães e Garcia:

Muitas discussões existem acerca do conceito de desenvolvimento. Mas o senso majoritário é que o desenvolvimento designa o progresso do bem-estar dos indivíduos, através da ampliação das liberdades em superação aos obstáculos resultantes da inobservância de direitos que violam as liberdades básicas das pessoas²⁵.

O desenvolvimento como sinônimo de crescimento econômico, conforme preconizado pelo capitalismo é uma falácia propagada para amortecer as insatisfações e a fome de milhões, que são inoculados com o mito do bem-estar futuro²⁶, acreditando que um dia, serão possuidores dos bens que desfilam pelo paraíso midiático.

Na verdade, até recentemente, este desenvolvimento se referia à economia de mercado, onde pouquíssimos tem o privilégio de usufruir de suas benesses; todavia, em que pese a predominância deste pensamento economicista, a visão de desenvolvimento tem sido aclarada e ampliada, primordialmente, como instrumento de promoção da dignidade humana.

Desse modo, a visão minimalista de desenvolvimento, que se confunde com o bem-estar material, reduz a perspectiva evolutiva do ser humano, fazendo com que as pessoas briguem pela igualdade, mas a de consumir. Sentem-se excluídas não da sua dignidade intrínseca, substancial, mas da sua qualidade de consumidor. Por isso, entende-se que não é suficiente falar em vida digna, mas é preciso esclarecer qual é a dignidade que se propõe alcançar.

²⁴ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.48.

²⁵ GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; GARCIA, Thiago. *A eficiência como objeto de desenvolvimento*. Revista Jurídica da UFERSA, v.3 n.5 (2019), p.21-44. Disponível em: <<https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/issue/view/219/Edi%C3%A7%C3%A3o%20Completa>>. Acesso em 10.12.2019.

²⁶ O bem-estar é mais uma das categorias que sofre uma resignificação de acordo com o projeto burguês-liberal, além de uma intensificação simbólica ao relacioná-lo com o projeto de felicidade da sociedade de consumo, fundado em uma ilusória busca da igualdade a partir de um “bem-estar mensurável por objetos e signos”. Cf. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2010, p.49.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

3 DIREITO AO DESENVOLVIMENTO COMO UM DIREITO HUMANO INTEGRADOR

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante denominada Declaração de 1948), produzida pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, foi um marco neste percurso de lutas e de afirmação dos Direitos Humanos; com a finalidade última de ressaltar e concretizar na vida diária o valor da dignidade humana, uma vez que além de apresentar um catálogo abrangente de Direitos Humanos, preocupou-se com sua efetivação no âmbito interno dos Estados²⁷.

Desta forma, mesmo criticando a visão universal dos direitos humanos, como um “produto cultural que o Ocidente propõe para encaminhar as atitudes e aptidões necessárias para se chegar a uma vida digna no marco do contexto social imposto pelo modo de relação baseado no capital”, Flores considera “os direitos humanos como verdadeiros caminhos de dignidade” e que impõe o reconhecimento “em todas as formas de vida algo assim como um direito à opacidade, ao próprio [...] àquilo que, no caso do encontro, enriqueça a discussão com as diferenças que não nos diminuem nem justifiquem as desigualdades intergrupais”²⁸.

Um dos aspectos inovadores da Declaração de 1948 é o reconhecimento não apenas da universalidade dos Direitos Humanos, mas da sua indivisibilidade. Com isto, em que pesem as várias categorias destes Direitos (civis, políticos, sociais, econômicos e culturais), elas formam uma unidade indivisível, de tal forma interligadas que a promoção de um, eleva a todos; assim como, a violação de um, atinge a todos.

Tendo em vista o entendimento por muitos do caráter apenas declaratório²⁹ de recomendação da referida Declaração de 1948 cuja inobservância não traria nenhuma consequência sancionatória aos Estados subscritores, é que se procedeu a um debate extenso e intenso para a elaboração de tratados que pudessem tornar obrigatório aos Estados que os ratificassem a efetivação dos Direitos Humanos. Assim, foram aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Apesar das inúmeras críticas à separação dos dois pactos em instrumentos distintos, não se perdeu a ideia de indivisibilidade entre eles, sendo a mesma reafirmada na Primeira

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 29.nov.2019.

²⁸ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.76.

²⁹ Remete-se aqui à ampla discussão que se tem travado sobre a possibilidade ou não da obrigatoriedade jurídica da *soft law*, entendendo-se este como um conjunto normativo do Direito Internacional cujas fontes seriam as recomendações, resoluções e até mesmo alguns tratados, inclusive de direitos humanos, que implicassem na inexigibilidade de seu cumprimento. Entretanto, apoiando a ideia de um “*soft law* normativo”, relacionado com a perspectiva emancipatória dos direitos humanos, entende-se no âmbito deste trabalho que a mesma enseja exigibilidade jurídica. Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.143.

Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã, em 1968, que dispõe no seu artigo 13:

Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social³⁰.

Também foi reafirmada a crença na indivisibilidade dos Direitos Humanos na Segunda Conferência Mundial dos Direitos Humanos que se deu em Viena, no ano de 1993, cuja Declaração expressa no seu artigo 5, título I, que: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”³¹.

A intenção de reforçar o caráter indivisível destes direitos é o de demonstrar que a dificuldade que se encontra atualmente para a efetivação dos Direitos Humanos de cunho econômico, social e cultural não é tanto de questão financeira ou orçamentária, mas muito mais de caráter ideológico, próprio do sistema político (neo)liberal, que privilegia a concretização dos direitos políticos e civis, uma vez que estes exigem apenas uma conduta comissiva (passiva ou um não fazer) do Estado, na qual se entende, erroneamente, a desnecessidade de maiores preocupações orçamentárias.

Contrariamente, ao que se compreende da efetividade dos direitos de igualdade que exigem uma conduta positiva (ou de fazer) do Estado, quando este se encontra diante de cobranças para “dar” educação, saúde, trabalho e políticas culturais para o povo, por exemplo. Para tanto, corrobora com este entendimento, a afirmação de Piovesan quando afirma que: “A ideia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica”³².

Cabe realmente uma reflexão séria quando se compara a produção maciça de declarações de direitos e a proliferação intensa de tratados de direitos humanos com a concretização desta normatividade protetiva no dia a dia das pessoas. Não é sem razão que Flores, em tom de alerta e denúncia, afirma que:

Novos textos de direitos e novas declarações de intenções (sem condições de factibilidade) estão cumprindo uma função alimentada pelos grandes interesses econômicos e políticos da nova ordem global: eliminar a radicalidade do político, como

³⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração de Teerã*. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 29.nov.2019.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração e programa de ação de Viena*. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>>. Acesso em 30.nov.2019.

³² PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.101.

criação contínua e permanente de cidadania, e afastar o máximo possível os cidadãos dos espaços de decisão institucional³³.

Assim, o direito ao desenvolvimento pode ser entendido, na concepção desta pesquisa, como um direito humano integrador, isto é, a busca da sua efetivação está intrinsecamente ligada à concretização conjunta dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem na linha do que Sen entende por “encadeamentos entre diferentes formas de liberdade”, em que “as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente em vez de serem contrárias umas as outras (como às vezes se pensa)”³⁴.

Desta forma, não se pode falar em efetivação dos direitos de liberdade, se não são concretizados os direitos sociais à educação e à saúde, instrumentos inquestionáveis de desenvolvimento da capacidade de autodeterminação e das potencialidades físicas, mentais e espirituais humanas.

Contrapondo ao conceito desvirtuado e unidirecional de desenvolvimento (econômico) e considerando a importância da participação do indivíduo e da coletividade no seu próprio desenvolvimento, além da participação do Estado e da comunidade internacional, através de políticas de implementação dos direitos humanos e consolidação da justiça social, é que a Assembleia Geral da ONU aprovou em 1986 a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (doravante denominada Declaração de 1986), adotada por mais de 146 Estados nacionais, com um único voto contrário, o dos Estados Unidos da América.

Afirma Piovesan que: “A compreensão dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda que se recorra ao direito ao desenvolvimento”³⁵. E tem uma razão de ser, pois uma vez que os direitos políticos e civis foram fomentados a partir do nascente Estado liberal e capitalista que pregava a não intervenção deste nos negócios privados, acreditando que a liberdade e a igualdade, como direitos inerentes a todos (mesmo que apenas no aspecto formal) fossem suficientes para promover o crescimento econômico do Estado e o bem-estar individual e coletivo, esta concepção míope de desenvolvimento favoreceu nestes últimos dois séculos apenas uma ínfima porção das pessoas que passaram ou ainda vivem sobre esta terra.

Nesse contexto, o conceito aprofundado e ampliado de desenvolvimento é posto a partir da Declaração de 1986, através do seu artigo 2º, quando afirma que: “O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados”³⁶.

³³ FLORES, Joaquín Herrera. *Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.37.

³⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.10.

³⁵ PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.101.

³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_developolvimento.pdf>. Acesso em: 30.nov.2019.

Nesta nova visão de desenvolvimento destacam-se três aspectos: seu caráter plural, onde o aspecto econômico é apenas um deles; a necessidade de participação dos envolvidos (e/ou interessados) no processo; e os destinatários: a pessoa humana e o Estado.

Os dois primeiros aspectos já foram fartamente abordados até agora nesta pesquisa. Já quanto ao aspecto dos sujeitos ativos desta pretensão de desenvolvimento, entende-se que é um direito pertinente à pessoa humana como indivíduo e como coletividade social e política.

Assim, a Declaração de 1986, ao considerar no seu artigo 2º, *caput*, que o direito ao desenvolvimento é um direito humano de dimensão individual (“toda pessoa”) e coletiva (“todos os povos”), e ao dispor no seu artigo 3º, que os Estados são responsáveis pelo desenvolvimento tanto na ordem interna como na internacional, reafirma a interdependência e o princípio da cooperação internacional como meios de garantir a concretização destes direitos³⁷.

Daí o entendimento de que o direito ao desenvolvimento é um direito de solidariedade, típico de terceira geração, conforme a classificação de Karel Vasak, que no dizer de Silva:

Todas as cartas internacionais asseguram o desenvolvimento nacional às nações e aos indivíduos [...] enquanto direito humano fundamental, integralizador da esfera individual de cada ser humano, ligando-o as suas esferas político-jurídica de cidadão; social, de indivíduo; e coletiva de nação, [...]³⁸.

O direito ao desenvolvimento não está expresso diretamente na normatividade jurídica brasileira, nem no âmbito constitucional, nem no infra. Todavia, nem por isso deixa o mesmo de ser recepcionado na ordem nacional como um direito humano fundamental, encontrando sua fundamentalidade na própria substância do seu conteúdo, e, constitucionalmente, pode ser inferido a partir da leitura do parágrafo segundo, do artigo 5º, da Constituição vigente, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”³⁹.

Importante ainda a leitura dos objetivos fundamentais expressos no artigo 3º, como visto aqui anteriormente, que expressam a dimensão plúrima do direito ao desenvolvimento, em seus aspectos econômicos, sociais, políticos e culturais, em consonância com os objetivos estabelecidos para a ordem econômica brasileira, dispostos especialmente nos artigos 170 e 174 da Constituição Federal, de forma a efetivar o “princípio distributivo”, pois, segundo Silva: “O desenvolvimento das riquezas e bens de produção nacionais deve ser compatível com o ganho de qualidade de vida de toda a população [...]”⁴⁰.

³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_developolvimento.pdf. Acesso em: 30.nov.2019.

³⁸ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Editora Método, 2004, p.69.

³⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8.dez.2019.

⁴⁰ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Editora Método, 2004 p.63.

Faz-se ainda mister lembrar de que este processo de desenvolvimento deve levar em consideração o cuidado com o meio-ambiente, cuja defesa foi elevada a princípio fundamental da ordem econômica, conforme artigo 170 da Carta Magna, como forma de nortear e vincular os poderes estatais e suas condutas em todas as esferas de ação, como um dever imposto (artigo 225) ao Estado para garantir a “sadia qualidade de vida” do seu povo⁴¹.

4 A CULTURA DA SUSTENTABILIDADE

No início dos anos 70, interessados sobre as previsões de crescimento econômico frente à possibilidade de extinção dos recursos naturais, um grupo de empresas e indivíduos, que se autodenominou Grupo de Roma, encomendou um estudo analítico de uma equipe de cientistas do MIT (*Massachusetts Institute of Technology*) coordenados por Donella Meadows.

A conclusão desta pesquisa resultou no denominado Relatório Meadows, também conhecido como *Limits to Growth* (ou Limites ao Crescimento) publicado em 1972, alertando sobre os problemas de um desenvolvimento sem limites sustentado pelo esgotamento dos recursos naturais, aumento populacional, industrialização e poluição. Dando-se em seguida, no mesmo ano, a Convenção das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, em Estocolmo, ante a ameaça da diminuição do crescimento econômico por causa das limitações ambientais⁴².

Com a criação em 1983, pela Assembleia Geral da ONU, da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) e a posterior publicação (1987) do Relatório Brundtland, denominado *Our Common Future* (ou Nosso Futuro Comum), fortaleceu-se a ideia de desenvolvimento sustentável, cujo conceito se estabeleceu nos seguintes termos: “[...] ele satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”⁴³.

Assim, os estudos sobre o desenvolvimento sustentável que vieram posteriormente (ECO-92, Joanesburgo 2002) foram afinando a ideia da limitação do desenvolvimento econômico baseado em uma economia de mercado disponível dentro de uma sociedade de consumo globalizada e estabelecendo os contornos identificadores de um desenvolvimento sustentável, a partir da conjunção de três fatores: economia, recursos naturais e sociedade; mas de modo a valorizar o aspecto ambiental como sustentáculo dos demais.

A expressão desenvolvimento sustentável popularizou-se de tal forma que se tornou difícil extrair o seu significado se não for a partir da realidade em que a mesma está sendo utilizada, passando a significar tanto uma postura de apelo comercial, como uma preocupação

⁴²LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. As facetas do significado de um desenvolvimento sustentável: uma análise através do Estado de Direito. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (co-ords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.250.

⁴³ No original: “[...] it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”. Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Report of the World Commission on Environment and Development: our common future*. Relatório final da Comissão Mundial sobre o Meio ambiente e Desenvolvimento (Relatório Brundtland), publicado em 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 09.dez.2019.

ambiental absolutizada, exposta com tamanha intensidade e banalidade pela mídia que acabou por se tornar uma estratégia de mercado⁴⁴.

A dificuldade de aceitação de um conteúdo harmônico de desenvolvimento sustentável está justamente no grande desafio que ele lança de forma global aos mercados de consumo, afoitos pelo desenvolvimento econômico, e aos ambientalistas, ávidos pela proteção do meio-ambiente. Entre estes extremos, encontra-se a busca de um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico, o social e a proteção da biodiversidade.

A globalização econômica tem como finalidade a contínua expansão dos mercados e aí reside sua falha estrutural. Como incrementar o consumo de forma sempre crescente dentro de uma realidade material limitada de recursos? Esta problematização obrigatoriamente leva à questão do tipo de desenvolvimento que pode ser realizado sem deteriorar a vida desta e de futuras gerações.

Nesse sentido, faz-se importante a leitura que Harvey faz desta dificuldade intransponível do sistema capitalista: “Marx tem uma resposta muito interessante para isso, que a única coisa que pode ser acumulada sem limite é dinheiro. Você pode criar dinheiro, porque dinheiro é só número. [...]. Não há um limite monetário, mas há limites de recursos naturais, de capacidade de produção e de consumo”⁴⁵.

Pensar numa política de Estado que garanta um desenvolvimento sustentável, implica não apenas em uma nova perspectiva de proteção ambiental, uma vez que a normatividade existente poderia até ser suficiente, a partir de uma hermenêutica “sustentada” pela proteção e promoção do direito ao desenvolvimento como forma de expansão das liberdades humanas nas esferas econômica, social, política e cultural.

Não obstante, esta abordagem antropocêntrica não tem sido suficiente para um desenvolvimento equilibrado da biosfera. Uma das maneiras de tratar a questão do cuidado com o meio-ambiente pode estar centrada na pessoa humana, com a ideia de que a natureza e tudo que nela há, existem para a satisfação humana, quer seja das gerações atuais, quer das futuras. Esta visão antropocêntrica está fundada na separação entre o homem e o meio-ambiente, entre a sociedade e a natureza, e é uma visão reduzida de biodiversidade, carregando sobre si a possibilidade ilimitada de utilização da natureza à serviço do homem, pois valora igualmente a economia, os recursos naturais e a sociedade.

Em outra perspectiva, a de integração entre a pessoa humana e o meio-ambiente, a concepção biocêntrica (ou antropocentrismo alargado), conduz ao denominado conceito forte de sustentabilidade, que tem como fundamento os recursos naturais e como pilares da sustentabilidade, a sociedade e a economia.

Lecionam Leite e Caetano que as ideias de sustentabilidade fraca e forte provem de Gerd Winter a partir da sua análise extensa do Relatório Brundtland, quando propôs dois modelos de sustentabilidade. O primeiro, a sustentabilidade fraca, que sugere uma estrutura de três pilares (a economia, os recursos naturais e a sociedade), de “valoração isonômica”; e o

⁴⁴ LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. As facetas do significado de um desenvolvimento sustentável: uma análise através do Estado de Direito. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.254.

⁴⁵ HARVEY, David. Até agora, o combate à crise resolveu a situação de uma minoria, que acumula grandes riquezas à custa da maioria. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Desafios do desenvolvimento*. Revista do IPEA. Entrevista, por Artur Araújo, ano 9, n. 71, p. 10-20. Curitiba: Virtual Publicidade, 2012, p.10

segundo, a sustentabilidade forte, apoiada na ideia de um fundamento (recursos naturais) com dois pilares (economia e sociedade), que se sustentam a partir do primeiro, por ter-lhe sido atribuída uma valoração superior⁴⁶.

A cultura da sustentabilidade é mais uma ideia do que uma *práxis* na realidade atual; e se, por um lado incentiva um consumo consciente, não tem meios efetivos para amenizar o afã de lucro das organizações que produzem bens de consumo. Um exemplo que esclarece este pensamento é a campanha que alguns supermercados no Brasil fizeram para que as pessoas não utilizassem sacolas de plástico, diga-se de passagem, até agora fornecidas gratuitamente por estes, mas que nada fizeram ou fazem para pressionar os seus fornecedores a não utilizar embalagens de plástico no acondicionamento dos produtos revendidos.

Todavia, entende-se que a cultura da sustentabilidade também pode ser disseminada globalmente como forma de proteção da própria existência humana, uma vez que a natureza pode viver muito bem sem o homem, mas este não tem condições de sobreviver sem aquela. Cabendo por conta disso, uma reavaliação do modelo de desenvolvimento que se deseja e mais, que se necessita.

5 BELO MONTE: EXEMPLO DE DESCASO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DE UMA CULTURA DE SUSTENTABILIDADE NO BRASIL

Lembrando a importante lição de Japiassu⁴⁷ sobre a “responsabilidade social” dos cientistas frente à matéria de suas pesquisas, é que se traz a título de ilustração e de denúncia também, a forma como o governo federal brasileiro tem tratado os direitos humanos *in concreto*, aqui, no exemplo do tratamento dado ao caso que envolve a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu, no Estado do Pará.

A relevância deste fato se demonstra também no conflito que se estabelece quando um país está diante da necessidade de crescimento econômico e se depara com a efetivação ou não do direito ao desenvolvimento, visto na perspectiva ampla que tem sido abordada nesta pesquisa, sob a ótica da promoção dos direitos humanos como bloco indivisível e interdependente.

Segundo informe do Ministério de Minas e Energia, para atingir uma estimativa de crescimento anual do Produto Interno Bruto (PIB) da ordem de 5% (cinco por cento) ao ano, no período de 2010 à 2020, o Plano Decenal de Expansão da Energia 2019 do Governo Federal prevê o aumento na capacidade energética instalada brasileira de 71,3 GW (giga-watts), ou 5,2% de energia ao ano. Para atingir tais metas, Belo Monte desempenharia um papel funda-

⁴⁶ LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. As facetas do significado de um desenvolvimento sustentável: uma análise através do Estado de Direito. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.262.

⁴⁷ JAPIASSU, Hilton. *O mito da neutralidade científica*. 2 ed rev e ampl. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1981, p.36.

mental, pois a perspectiva é que a mesma gere, a partir de 2019, cerca de 11,2 GW, o suficiente para abastecer 60 milhões de pessoas, ou o equivalente a 40% do consumo residencial do país, e isto a um custo mais econômico que outras fontes de energia para a região⁴⁸.

Estes argumentos de ordem técnica não deixam de ser importantes para o desenvolvimento econômico do Brasil; porém, aqui se propõe uma análise mais crítica e ampla sobre esta questão, sob a ótica do Direito ao Desenvolvimento, como espécie de direitos humanos, e sem desconsiderar o progresso social e econômico necessários ao Estado e a seu povo, especialmente aqueles que menos participam dos “lucros do desenvolvimento”, os excluídos e pobres, de um modo em geral⁴⁹.

Foi exatamente em nome deste povo mais vulnerável (comunidades indígenas da bacia do rio Xingu, no Pará) que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)⁵⁰ se manifestou de forma contrária à conduta apressada do governo brasileiro para a liberação da Licença de Instalação de Belo Monte, outorgando medidas cautelares (MC 382/10) para suspensão do processo de licenciamento e para proteção daquelas comunidades⁵¹.

O objetivo destas medidas tomadas pela Comissão IDH não é intervir no desenvolvimento econômico e social do Brasil, mas garantir, como instância internacional de proteção e promoção dos direitos humanos, que tal desenvolvimento, entendido de forma mais abrangente como alhures afirmado, esteja também em harmonia com a “utilização sustentável da diversidade biológica”, em conformidade com a Convenção sobre a Diversidade Biológica, ratificada pelo Brasil através do Decreto Legislativo nº 2 de 1994.

A biodiversidade reconhece a interação entre os sistemas biológico e cultural como essencial para a “sustentabilidade das futuras gerações humanas e não humanas”, daí a importância da garantia dos direitos dos povos tradicionais de se autodeterminar (art 1º, § 2º, da Declaração ao Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas) e do direito de “escolher suas próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento”⁵².

⁴⁸ Não é do objetivo deste trabalho comparar os argumentos técnicos (produtividade, custo/benefício, entre outros) positivos e negativos debatidos em torno da construção da Usina. Cf. OLIVEIRA, Mariana; JUSTE, Marília. *Belo Monte será hidrelétrica menos produtiva e mais cara, dizem técnicos*. Economia e Negócios, G1, globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/04/belo-monte-sera-hidreletrica-menos-produtiva-e-mais-cara-dizem-tecnicos.html>. Acesso em: 09.dez.2019.

⁴⁹ Para atualização dos problemas gerados pela Usina de Belo Monte e seus futuros impactos, ver BRUM, Eliane. *Erro de Projeto coloca a Usina de Belo Monte em Risco*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/08/politica/1573170248_680351.html. Acesso em: 10.dez.2019.

⁵⁰ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um dos órgãos da Organização dos Estados Americanos (OEA) inserida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos no âmbito dos países membros da OEA.

⁵¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano de 2011*. MC 382/10 – Comunidades indígenas da bacia do rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 12.dez.2019.

⁵² A Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), no seu prólogo, lembra “a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais”. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/international_labour_standards/pub/convencao%20169_2011_292.pdf. Acesso em 08.12.2018. Conferir (BERTOLDI e KISHI, 2010, p. 338 e 341).

Mesmo não tendo o Preâmbulo da Constituição Federal brasileira valor normativo, segundo o Supremo Tribunal Federal, o mesmo é entendido como parâmetro para interpretação das disposições constitucionais. Desta forma, apesar de se referir à soberania popular como limitada pelo caráter representativo, entende-se que tal Preâmbulo orienta a vinculação dos poderes do Estado brasileiro à garantia do bem-estar e do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade.

Está mesma disposição se encontra normatizada constitucionalmente no artigo 3º que informa os objetivos fundamentais da República brasileira, tanto o do desenvolvimento nacional (inciso II), como o da promoção do bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito (inciso IV).

No caso de Belo Monte o que se vê é um autêntico desrespeito ao povo brasileiro e uma indisposição geral dos poderes públicos ao cumprimento das normas constitucionais e dos tratados internacionais que o mesmo subscreve e acolhe.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (ONU, 1986), no seu artigo 2º, parágrafo terceiro, informa que os Estados têm o dever de elaborar suas “políticas nacionais” de forma a alcançar o desenvolvimento e para tal, devem promover a “participação ativa” de todos.

Se assim aceitou o Brasil, por que não há uma consulta ampla às comunidades indígenas e não indígenas que se sentem prejudicadas pelo projeto Belo Monte? Diante de uma Constituição que consagra o pluralismo, esta conduta do governo brasileiro transmite a ideia que falta aos “representantes” do povo aquilo que Konrad Hesse denominava de *Wille zur Verfassung*, ou, numa tradução livre, o desejo de constituição, isto é, a verdadeira intenção de realizar a Constituição na cotidianidade da vida de todo o povo, tanto o “povo” que está no poder(e no seu entorno), como o que se submete a este poder.

Ressalta a mesma Declaração de 1986, em seu artigo 6º, parágrafo terceiro, que os Estados devem se empenhar para afastar as barreiras ao desenvolvimento por ofensa a quaisquer direitos humanos, e ressalta expressamente, “direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais”. E no artigo 8º, parágrafo segundo, que eles devem “encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos”⁵³.

A proteção ao direito indígena à terra é garantida pela consulta das comunidades indígenas, que deve respeitar as diferenças de cultura de cada comunidade. Nesse ponto, o direito à consulta está expresso no art. 231, § 3º da Constituição Federal de 1988 e previsto internacionalmente pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificado pelo Brasil em 19/06/2002, por meio do Decreto Legislativo n. 143/2002.

Além destas normas, o constitucionalismo emancipatório reafirma o direito dos povos marginalizados de se autodeterminar no seu processo de desenvolvimento e da vinculação dos poderes públicos a estas disposições, conforme explica Wolkmer e Fagundes:

⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_developolvimento.pdf. Acesso em: 30.nov.2019.

Juntamente às distinções e ao cuidado com o adensamento do campo jurídico de matéria constitucional e substância política democrática, há que se destacar a preocupação com as causas sociais que motivaram os novos textos constitucionais, bem como o ímpeto insurgente da transformação do Estado e o redirecionamento jurídico em favor das populações historicamente (so)negadas nas necessidades fundamentais, fatores que originam o movimento caracterizado como 'novo constitucionalismo latino-americano'⁵⁴.

Percebe-se claramente, a partir dos artigos citados da Declaração de 1986, uma harmonia entre as intenções da Declaração do Direito ao Desenvolvimento e a proposta do Novo Constitucionalismo Latino-americano, ambos centrados na participação popular e na justiça social, especialmente voltada para os *damnés de la terre* (condenados da terra), como lembra Frantz Fanon, e na atribuição de deveres ao Estado em vista do bem social, sem deixar de reconhecer a relevância dos aspectos econômicos, mas considerando-o apenas um dos pilares de sustentação do desenvolvimento e não seu fundamento.

Diante destas colocações, tornam-se mais perceptíveis as contradições do governo brasileiro em relação a estes movimentos emancipatórios aqui descritos e mesmo ao disposto como programa de Estado a partir da moldura constitucional. Deste modo, faz-se necessário que as decisões de ordem econômica deixem de se fundamentar somente em aspectos econômico-financeiros, que se estabeleça a devida ordem hierárquica de princípios para que as mesmas sejam justas e atendam os objetivos do Estado Democrático de Direito, ou dito de uma forma mais incisiva, na fala de Grau:

Assim, os programas de governo deste e daquele Presidente da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa⁵⁵.

Os países subdesenvolvidos se sentem também ameaçados quando se fazem referências às questões de diminuição do ritmo de crescimento econômico e de preservação ambiental, especialmente neste último caso, quando se trata de um país cuja riqueza natural pode ser considerada fonte impulsionadora daquele crescimento, como é o caso do Brasil.

Nessa perspectiva, compreende-se que um projeto nacional de desenvolvimento voltado para a promoção da dignidade humana e do bem-estar de sua sociedade, deve estar fundado em um espírito constitucionalista animado pela participação popular, na inclusão social e econômica das comunidades marginalizadas, especialmente as indígenas, na proteção do meio-ambiente, na efetivação de políticas públicas e no planejamento econômico-financeiro harmonizados com as necessidades locais.

⁵⁴ WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. Universidade de Fortaleza (UNIFOR), PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, no. 2, jul/dez.2011. Disponível em: http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf. Acesso em: 28.nov.2019.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p.47.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Induzidos pela falácia do crescimento econômico, proposto por um sistema de dominação e acumulação de capital, como a única alternativa para alcançar o desenvolvimento nacional, nas últimas décadas, o Brasil e os países da América Latina de modo geral, foram meros reprodutores de um modelo dos países desenvolvidos que trouxe incrementos de melhora de vida para uma ínfima parte da população local, disseminando condições de injustiça social e de restrição de liberdades.

O movimento de expansão dos direitos humanos que tomou novo vigor a partir da Segunda Guerra Mundial proporcionou uma reflexão crítica sobre as condições e consequências do subdesenvolvimento, especialmente no que se refere à qualidade de vida das comunidades mais carentes, incluindo os povos originários, como os indígenas. Mas, principalmente, ampliou as perspectivas e as práticas capazes de gerar o desenvolvimento individual e das diversas sociedades internacionais com a finalidade de promover a dignidade humana de forma universal.

Esta nova visão de desenvolvimento permitiu a elaboração da Convenção sobre o Direito ao Desenvolvimento entre outros diplomas normativos capazes de ultrapassar a visão economicista e direcionar as espécies de direitos humanos (políticos, civis, econômicos, sociais, culturais e ambientais) de forma integrada para alcançar uma condição melhor de vida para todos.

Estes avanços têm sido incorporados às práticas políticas locais através de um novo modelo de constitucionalismo fundamentado na soberania popular, na visão plural de sociedade, na vinculação das funções públicas ao bem-estar individual e comunitário, e na autodeterminação dos povos, capazes de gerir seus próprios interesses e parâmetros de desenvolvimento, unidos as suas raízes históricas.

Deve-se incorporar a estes avanços de uma nova constitucionalização e sua própria práxis, uma cultura de sustentabilidade capaz de garantir não apenas uma existência humana sadia sobre a face da terra, mas a existência de uma biodiversidade integrada.

Em que pese à importância de tantas propostas teóricas, de instrumentos normativos e de estruturas institucionais nacionais e internacionais, direcionados para a proteção e promoção dos direitos humanos tendo em vista o desenvolvimento integral da pessoa humana e de uma sustentabilidade nacional e global, cabe a este, como indivíduo e como sociedade organizada, o impulso necessário para a concretização plena de sua existência, que passa pela reaproximação das instâncias de poder político, da esfera pública, para que o exercício da soberania popular ative suplante com criatividade e eficácia as estruturas deficitárias de uma representatividade parlamentar incapaz de atender aos anseios verdadeiros do povo.

Além disso, esta participação popular ativa pressupõe uma revisão ou mesmo renovação dos instrumentos de controle de uma administração pública e um poder judiciário que se consideram “irresponsáveis” diante de suas omissões frente à concretização dos direitos humanos e da melhoria das condições de vida do povo, especialmente de uma enorme parcela que se encontra à margem da distribuição da riqueza nacional, e que tantos danos tem diariamente causado ao povo pela falta de compromisso com o espírito constitucional da nação.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Asdrúbal. La democracia del siglo XXI y el final de los Estados. In BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Fontes do direito ao desenvolvimento no plano internacional. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Lisboa: Edições 70, 2010.

BRUM, Eliane. Erro de Projeto coloca a Usina de Belo Monte em Risco. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/08/politica/1573170248_680351.html. Acesso em: 10 dez.2019.

BOURDIEU, Pierre. Contrafogos 2. Título original: Contre-feux 2: pour un mouvement social européen (2001). Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Medidas cautelares outorgadas pela CIDH no ano de 2011. MC 382/10 – Comunidades indígenas da bacia do rio Xingu, Pará, Brasil. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>. Acesso em 12 dez.2019.

DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo, S.V. (orgs). Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; São Paulo: USP, 2001.

FLORES, Joaquín Herrera. Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. 43 ed. 2 imp. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FURTADO, Celso. Criatividade e dependência na civilização industrial. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

GALINDO, Bruno. Teoria intercultural da constituição: a transformação paradigmática da teoria da constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. Direitos fundamentais sociais: releitura de uma constituição dirigente. 2 ed rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2010.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 11 ed rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

GRAU. O direito posto e o direito pressuposto. 7 ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; GARCIA, Thiago. A eficiência como objeto de desenvolvimento. Revista Jurídica da Ufersa, v.3 n.5 (2019), p.21-44. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/issue/view/219/Edi%C3%A7%C3%A3o%20Completa>. Acesso em: 10 dez. 2019.

HARVEY, David. Até agora, o combate à crise resolveu a situação de uma minoria, que acumula grandes riquezas à custa da maioria. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Desafios do desenvolvimento. Revista do IPEA. Entrevista, por Artur Araújo, ano 9, n. 71, p. 10-20. Curitiba: Virtual Publicidade, 2012.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010.

JAPIASSU, Hilton. O mito da neutralidade científica. 2 ed rev e ampl. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1981.

LEITE, José Rubens Morato; CAETANO, Matheus Almeida. As facetas do significado de um desenvolvimento sustentável: uma análise através do Estado de Direito. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

MORAES, Filomeno. Constituição econômica brasileira: história e política. Curitiba: Juruá, 2011.

OLIVEIRA, Mariana; JUSTE, Marília. Belo Monte será hidrelétrica menos produtiva e mais cara, dizem técnicos. Economia e Negócios, G1, globo.com. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia-e-negocios/noticia/2010/04/belo-monte-sera-hidreletrica-menos-produtiva-e-mais-cara-dizem-tecnicos.html>. Acesso em: 09 dez.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração de Teerã. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968 Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%AAs-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>. Acesso em: 29 nov.2019.

_____. Declaração sobre o direito ao desenvolvimento. Adotada pela Resolução n. 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 30 nov.2019.

_____. Report of the World Commission on Environment and Development: our common future. Relatório final da Comissão Mundial sobre o Meio ambiente e Desenvolvimento (Relatório Brundtland), publicado em 1987. Disponível em: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>. Acesso em: 09 dez.2019.

_____. Convenção sobre diversidade biológica. Assinada no Rio de Janeiro em 5 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf. Acesso em: 30.nov.2019.

_____. Declaração de Joanesburgo sobre desenvolvimento sustentável. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/joanesburgo.doc. Acesso em: 09 dez.2019.

_____. Declaração e programa de ação de Viena. Conferência Mundial sobre Direitos Humanos. Viena, 14-25 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 30 nov.2019.

_____. Declaração universal dos direitos humanos. Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 29 nov.2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção n.169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coords.). Direito ao desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010.

RAMOS, Alberto Guimarães. A modernização em nova perspectiva: em busca do modelo da possibilidade. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (orgs.). Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise. 2 ed, Brasília: Editora UnB, 2010.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Direito ao desenvolvimento. São Paulo: Editora Método, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. Universidade de Fortaleza (UNIFOR), PENSAR – Revista de Ciências Jurídicas, v. 16, no. 2, jul/dez.2011. Disponível em: http://www.unifor.br/images/pdfs/Pensar/v16n2_artigo1.pdf. Acesso em: 28 nov.2019.



O INDIVIDUAL E O COLETIVO NO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS: POSSIBILIDADES DE COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA DO “BREQUE DOS APPS”

THE INDIVIDUAL AND THE COLLECTIVE IN THE DIGITAL WORK PLATFORMS: POSSIBILITIES FOR UNDERSTANDING THE CONSTITUTION FROM THE EXPERIENCE OF THE “BREQUE DOS APPS”

RICARDO LOURENÇO FILHO*

RESUMO

O “breque dos apps”, realizado em julho de 2020, se destacou por aspectos como a tentativa de superação, pelos trabalhadores, dos desafios postos pela gestão empresarial por algoritmos e a visibilidade conferida aos coletivos de entregadores. Mas também explicitou dilemas, como os atinentes à própria denominação do movimento e à classificação jurídica das relações laborais por aplicativos digitais. De toda forma, a experiência dessa mobilização permite afirmar que o debate sobre a regulação estatal do trabalho por plataformas digitais deve considerar as perspectivas e os riscos correspondentes nos planos individual e coletivo, em especial, quanto a esse último, no que diz respeito às dimensões da liberdade sindical, da negociação coletiva e da greve. A reivindicação e o exercício, por parte dos entregadores por plataformas digitais, de direitos fundados na Constituição têm o condão de indicar novas possibilidades de interpretação jurídica e efetivação do texto constitucional. Também podem servir para viabilizar a participação desses trabalhadores na discussão pública sobre a regulação jurídica do labor por aplicativos, assim como em outros espaços de debates que envolvam direitos fundamentais.

Palavras-chave: Trabalho por plataformas digitais; “breque dos apps”; regulação jurídica; direitos coletivos; Constituição.

ABSTRACT

The “breque dos apps”, carried out in July 2020, stood out for aspects such as the workers' attempt to overcome the challenges posed by algorithms based business management and the visibility given to the collectives of couriers. However, it also explained dilemmas such as those related to the denomination itself of the movement and the legal classification of labour relations by digital apps. Anyway, the experience of this mobilization allows us to affirm that the debate on the state regulation of digital work platforms must consider the perspectives and the corresponding risks at the individual and collective levels, especially regarding the latter, with respect to the dimensions of union freedom, collective bargaining and strike. The claim and the exercise, by the couriers by digital platforms, of rights based on the Constitution, have the ability to indicate new possibilities of legal interpretation and effectuation of the constitutional text. They can also serve to enable the participation of these workers in the public discussion on the legal regulation of work by apps, as well as in other spaces for debates involving fundamental rights.

Keywords: Digital work platforms; “breque dos apps”; legal regulation; collective rights; Constitution.

* Doutor e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB).
Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz do Trabalho. Integrante do Grupo de Pesquisa
“Percurso, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo” (CNPq/UnB)
ricardo.lourencofilho@gmail.com

Recebido em 8-1-2021 | Aprovado em 15-1-2021



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS E DESAFIOS À ORGANIZAÇÃO COLETIVA E SINDICAL; 2 O “BREQUE DOS APPS” E OS DILEMAS DA MOBILIZAÇÃO COLETIVA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS DE ENTREGA; 3 O MOVIMENTO COLETIVO DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS: PERSPECTIVAS E RISCOS PERANTE O DIREITO E A CONSTITUIÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O trabalho realizado por plataformas digitais tem colocado algumas questões relevantes ao Direito e, particularmente, ao Direito do Trabalho. A mais frequente é se haveria ou não vínculo de emprego em relações laborais por aplicativos, como as que se desenvolvem pelas plataformas Uber, iFood, Loggi, entre outras. Discute-se, na mesma linha de raciocínio, qual regulação jurídica deve ser conferida pelo Estado para essas relações de trabalho. A ênfase, no debate, é, usualmente, o plano individual, isto é, o liame existente entre o prestador de serviço e a plataforma.

Ocorrido em julho de 2020, no contexto da pandemia decorrente do novo coronavírus e da implementação de medidas de isolamento social,¹ o “breque dos apps” chamou a atenção para o plano coletivo do labor executado por aplicativos, ao reunir, de forma presencial e virtual (pelas redes sociais), inúmeros trabalhadores de plataformas digitais de entrega de produtos. Foram apresentadas aos aplicativos e à sociedade em geral reivindicações que refletiam a realidade de serviço desses trabalhadores. A mobilização coletiva ampliou o leque de perguntas dirigidas ao Direito do Trabalho, inclusive para além do tema da existência ou não de vínculo empregatício.

Este artigo pretende se debruçar sobre as questões jurídicas postas no plano coletivo das relações de trabalho por plataformas digitais, partindo da experiência do “breque dos apps”, no que diz respeito às dimensões fundamentais da liberdade sindical, da negociação coletiva e da greve. A premissa aqui é a de que a discussão sobre a regulação estatal do trabalho por aplicativos deve considerar, de modo relacional, os planos individual e coletivo. Ao abordar os riscos da incorporação do labor por plataformas digitais segundo os padrões do Direito do Trabalho, em especial quanto à organização coletiva desses trabalhadores, o texto busca possíveis respostas na Constituição e na prática concreta de direitos constitucionais evidenciada no “breque dos apps”.

¹ Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) apresentou Declaração de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional e, em 11 de março do mesmo, formulou declaração pública de pandemia quanto ao novo coronavírus, causador da enfermidade Covid-19. No Brasil, a Câmara dos Deputados e, na sequência, o Senado Federal aprovaram a Mensagem Presidencial nº 93/2020, quanto ao reconhecimento do estado de calamidade pública no país. A Lei nº 13.979/2020 dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional, prevendo, entre outras providências, as possibilidades de isolamento e quarentena (art. 3º, I e II).

O pressuposto teórico alinha-se à compreensão da Constituição como um “texto responsivo”, ao qual se dirige para procurar respostas e que é tratado como ponto de chegada e de convergência do pluralismo político e social. A Constituição é observada a partir da realidade, e não o contrário. Com efeito, a legitimidade do texto constitucional relaciona-se à sua capacidade de oferecer respostas adequadas, ou, de forma mais específica, à capacidade do direito constitucional de encontrar tais respostas na Constituição.²

Há, nesse sentido, uma preocupação com a concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista que as normas constitucionais de princípio garantidoras desses direitos apontam uma direção e vinculam o futuro,³ o que inclui servir de parâmetro para as decisões a serem tomadas pelas instâncias estatais, abrangidos o Legislativo e o Judiciário, e também para a atuação dos cidadãos. A Constituição, assim, é compreendida como a moldura de um processo permanente de conquista e exercício de direitos fundamentais.⁴

O artigo objetiva, então, apresentar possibilidades de compreensão e uso do texto constitucional, no que tange à organização coletiva dos trabalhadores por plataformas digitais, com potenciais reflexos na discussão sobre a regulação jurídico-estatal desse labor no e mesmo em outras pautas sobre direitos fundamentais.

O texto está dividido em três partes. A primeira examina as características do trabalho por aplicativos, marcado pelo uso de tecnologias digitais como forma de gestão empresarial, e os desafios colocados à organização coletiva e sindical. A segunda analisa o “breque dos apps” e as ações coletivas dos trabalhadores de plataformas de entrega, destacando alguns dilemas do movimento. A terceira se volta às perspectivas e aos riscos, nos planos individual e coletivo, da normalização jurídica do labor por aplicativos digitais e sinaliza possíveis respostas a partir da Constituição e da articulação de demandas que encontram amparo no texto constitucional.

1 CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO POR PLATAFORMAS DIGITAIS E DESAFIOS À ORGANIZAÇÃO COLETIVA E SINDICAL

Diversas expressões têm sido utilizadas para designar o trabalho prestado por plataformas digitais. Entre elas, temos *gig-economy*, *platform economy*, *sharing economy*, *crowdsourcing*, *on-demand economy*, *uberização*, *crowdwork*, trabalho digital. Essa nomenclatura diz respeito a formas de trabalho que possuem características comuns, como o estabelecimento de contatos on-line, por meio de aplicativos ou plataformas digitais, entre trabalhadores e empresas e produtores e consumidores; o uso de tecnologias digitais para a organização e a gestão das atividades assim prestadas; e relações firmadas por demanda.⁵

² Ver ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005, p. 81-82.

³ Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Historia y constitución*. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005, p. 89.

⁴ Ver CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163 (p. 154).

⁵ Ver ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 27-43 (p. 31).

Contudo, as plataformas digitais (e os trabalhos realizados por meio delas) não têm as mesmas características. Certas plataformas atuam como simples intermediárias, mediante a viabilização de contato entre trabalhadores e interessados em determinado serviço, sem que a plataforma estipule preço, qualidade, quantidade, condições, etc. Há, no entanto, plataformas que assumem o papel de protagonistas da relação e garantem a qualidade do serviço prestado, por meio da fixação de condições de execução das tarefas, definição de preço da atividade e remuneração da pessoa que realiza o serviço. Assim, quem consome o trabalho ofertado torna-se cliente da plataforma digital, e não da pessoa que executa a tarefa. No primeiro grupo, tem-se, por exemplo, o Mercado Livre; já no segundo, tem-se, entre outros, a Uber e o iFood.⁶

Oliveira, Carelli e Grillo propõem a seguinte conceituação para as plataformas digitais de trabalho:

modelos de negócio baseados em infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos tendo como objeto principal o trabalho intensivo, sempre considerando como plataforma não a natureza do serviço prestado pela empresa, mas sim o método, exclusivo ou conjugado, para a realização do negócio empresarial.⁷

A definição proposta acima tem a virtude de destacar que o aspecto decisivo não é a atividade em si oferecida pela plataforma (como o transporte ou a entrega), e, sim, a forma de exploração da empresa, fundada em tecnologias digitais para sua organização e gestão. Os autores sugerem classificar as plataformas em puras (aquelas que não efetuam “controle relevante” sobre a interação entre os negociantes) e mistas ou híbridas (aquelas em que há uma mistura “entre mercado e hierarquia” e “a forma empresarial de plataforma serve à prestação final de um serviço que com ela não se confunde”).⁸

Ao desenvolver o conceito de uberização do trabalho, Ludmila Abílio também enfatiza que se trata de uma nova forma de gestão, organização e controle do labor. Lembra, porém, que se cuida do resultado de “processos globais em curso há décadas”.⁹

Para resgatar os exemplos mencionados, a Uber oferece o serviço em nome próprio, como se constata, entre outras evidências, pelo fato de que as opções de viagens “mais populares” levam a marca da empresa, como a “UberX” e a “Uber Comfort”.¹⁰ Também o iFood se apresenta no mercado como o titular de um serviço, como consta de seu site, relativamente

⁶ Cf. CARELLI, Rodrigo. “O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 65-83.

⁷ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2609-2634 (p. 2622).

⁸ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2609-2634 (p. 2622).

⁹ ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psico-perspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019, p. 1-11 (p. 2).

¹⁰ Disponível em <https://www.uber.com/br/pt-br/about/uber-offerings/> Acesso em 30.11.2020.

às entregas: “nunca foi tão fácil pedir comida japonesa”, por exemplo.¹¹ Em ambos os casos, destacam-se a gestão e a organização de uma atividade empresarial por meio de tecnologia digital. Nas duas plataformas mencionadas, é possível identificar a característica apontada por Oliveira, Carelli e Grillo: a interação oferecida pela plataforma não é a sua finalidade, mas o meio para o oferecimento de um serviço (o transporte ou a entrega).

Para os fins desta pesquisa, é interessante, partindo dos conceitos acima, examinar o trabalho prestado por meio das plataformas digitais que se apresentam como titulares de um serviço específico (que não se confunde com a própria plataforma em si) e definem aos trabalhadores como esse serviço deve ser prestado – como é o caso, de modo exemplificativo, da Uber e do iFood.

O discurso das plataformas digitais é o de que os trabalhadores realizam as atividades quando querem e onde querem, pois não há um compromisso, formalizado, que garanta a continuidade do trabalho. Também afirmam a criação de um ambiente laboral mais atrativo, por meio de plataformas e aplicativos, para diferentes estilos de vida, “sem a rigidez dos empregos tradicionais”; ou, então, de que se trata de uma renda extra ou uma forma de obter dinheiro no tempo livre.¹²

O uso da tecnologia é, com frequência, apresentado como um motivo para que as atividades por plataformas digitais sejam tratadas como novas formas de trabalho, diferentes das demais existentes no mercado e, assim, seria inadequada sua regulação de acordo com os padrões do Direito, em particular do Direito do Trabalho. O pressuposto desse discurso é o de que as pessoas que trabalham por plataformas eletrônicas não teriam vínculo de emprego e, desse modo, não careceriam da proteção jurídica correspondente.¹³

A estratégia das plataformas digitais é a negação da relação de emprego e das garantias jurídicas respectivas. Essa estratégia empresarial é fundamental e tem a função de vender uma aparência de autonomia que permite às empresas ampliar o controle e a exploração sobre o trabalho.¹⁴

A retórica comum é a de que seriam meras empresas de tecnologia ou de intermediação tecnológica, mas não de organização de uma atividade, como transporte ou entrega de produtos.¹⁵ Entretanto, como apontado acima, é um argumento que não se sustenta quando

¹¹ Disponível em <https://www.ifood.com.br/> Acesso em 30.11.2020. Na página destinada aos “parceiros”, isto é, restaurantes e mercados, vê-se que a garantia vem da própria plataforma digital: “venda mais com o iFood – clientes a um clique de distância e seu negócio vendendo como nunca” (Disponível em <https://parceiros.ifood.com.br/> Acesso em 30.11.2020).

¹² Cf ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 27-43 (p. 31).

¹³ Ver DE STEFANO, Valerio. “Labour is not a technology – Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”. *IUSLabor* 2/2017, p. 1-17 (p. 3).

¹⁴ Como observam Ricardo Antunes e Vitor Filgueiras: “a negação do assalariamento é elemento central da estratégia empresarial, pois, sob a aparência de maior autonomia (eufemismo para burlar o assalariamento e efetivar a transferência dos riscos), o capital busca, de fato, ampliar o controle sobre o trabalho para recrudescer a exploração e sua sujeição” (ANTUNES, Ricardo; e FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”, p. 29).

¹⁵ Cf. CARDOSO, Ana Claudia Moreira; ARTUR, Karen; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. “O trabalho nas plataformas digitais: narrativas contrapostas de autonomia, subordinação, liberdade e dependência”. *Revista Valore*, Volta Redonda, 5, 2020, p. 206-230 (p. 209).

se observa o fato de que se trata de uma forma específica de gestão e organização empresarial. Assim, as plataformas digitais não compreendem um novo e específico setor, mas se inserem no mesmo ramo do serviço executado.¹⁶

Os instrumentos tecnológicos permitem ampliar as formas de controle sobre a força laboral, o que contraria o discurso de autonomia vendido aos trabalhadores pelas plataformas digitais. É aqui que se coloca um dos principais desafios ao Direito do Trabalho. Muitas vezes, a noção de subordinação jurídica (extraída da expressão “dependência”, do art. 3º da CLT) é aplicada de modo tão restritivo que não se concebe nenhum espaço de liberdade ao empregado, submetido, de modo praticamente absoluto, ao poder diretivo do empregador. Porém, com relação ao trabalho realizado por plataformas digitais, o poder de direção e gestão da empresa – e, portanto, a condição de subordinação/dependência do trabalhador – é encoberto pelas tecnologias de comunicação e informação.¹⁷

O poder diretivo do empregador, na forma do art. 2º da CLT, se manifesta sobretudo por meio do sistema, do *software*, do aplicativo, do código-fonte ou do algoritmo que define a organização e o modo de oferecimento do serviço. As regras do negócio e da realização do trabalho são definidas pelo algoritmo, pelo código-fonte, pelo aplicativo, e não por meras cláusulas contratuais.¹⁸

Como apontam Ricardo Antunes e Vitor Filgueiras, a principal novidade presente na organização laboral por meio das novas tecnologias de informação e comunicação, a par de potencializar, de forma exponencial, os meios de obtenção de lucros e de extração da mais valia, é viabilizar às empresas a utilização desses instrumentos digitais para o controle da força de trabalho, como, por exemplo, o acompanhamento, em tempo real, da realização da tarefa, da velocidade, do local e do deslocamento realizados, das avaliações, etc. Todo esse controle é exercido pelo comando dos algoritmos.¹⁹

Segundo aqueles autores, o fetiche “do mundo tecnológico do capital” conduz à ampliação de outro fetiche: o de que tudo é impulsionado por uma tecnologia neutra e autônoma. Ocorre que o comando do algoritmo pertence à engenharia de informações do capital, que, por conseguinte, tem também o controle do trabalho individual (incluindo ritmo, tempo,

¹⁶ Ver OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2609-2634 (p. 2622). Cf. também DE STEFANO, Valerio. “Labour is not a technology – Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”. *IUSLabor 2/2017*.

¹⁷ Ver CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. “O Direito do Trabalho e as Plataformas Eletrônicas”. MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannoti. *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017, p. 357-366.

¹⁸ Cf. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. “O Direito do Trabalho e as Plataformas Eletrônicas”. MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannoti. *Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária*. São Paulo: LTr, 2017. Ludmila Abílio aponta, ainda, como centrais para a constatação da subordinação e do controle sobre o trabalho: “i) é a empresa que define para o consumidor o valor do serviço que o trabalhador oferece, assim como o quanto o trabalhador recebe e, não menos importante, ii) a empresa detém total controle sobre a distribuição do trabalho, assim como sobre a determinação e utilização das regras que definem essa distribuição” (ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psicoperspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019, p. 3).

¹⁹ Ver ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 33.

eficiência, produtividade).²⁰ O que é defendido, pelas empresas, como liberdade e flexibilidade corresponde, de fato, à transferência dos riscos da atividade econômica à força de trabalho, e a contrapartida dessa transferência é o incremento do controle sobre os trabalhadores. Afinal, a suposta liberdade corresponde à falta de garantia de um salário e ao aumento de custos fixos.²¹

A incerteza quanto às condições (em especial, quantidade e qualidade) de execução das atividades submete os trabalhadores a um sistema de gestão denominado *gamificação*, que vem da palavra em inglês *game*, como explica Ludmila Abílio:

Esse é um termo que expressa a operacionalidade de regras cambiantes que tornam o engajamento no trabalho arriscado e sem garantias. A produtividade é estimulada e conquistada por meio de regras que se apresentam como desafios para o trabalhador, que envolvem premiações e, principalmente, a incerteza de se alcançar o resultado perseguido.²²

A gestão gamificada leva os trabalhadores a permanecerem disponíveis, em busca de corridas ou entregas, mas sem recebimento do tempo de espera, porque são chamados apenas quando necessário e remunerados de forma correspondente. A estipulação unilateral, pelas plataformas digitais, dos valores dos serviços e a manipulação desses valores funcionam para dirigir e direcionar, por meio dos algoritmos, a conduta dos trabalhadores. As baixas remunerações fazem com que um contingente expressivo de prestadores esteja continuamente pronto para o serviço, mesmo diante de valores reduzidos. Os trabalhadores se veem, então, num leilão invertido, que os coloca em condição de permanente competição entre si.²³

A rejeição do status de trabalhador assalariado e das proteções jurídicas previstas no ordenamento leva a uma situação de precarização, marcada, entre outros aspectos, por longas jornadas e baixas remunerações. É uma dinâmica que impulsiona a competitividade entre os trabalhadores. Trata-se de lógica coerente com o neoliberalismo e a imagem de que os trabalhadores seriam empreendedores,²⁴ imagem essa que opera como técnica para a criação de subjetividades “assentadas no individualismo e na concorrência”.²⁵

²⁰ Cf. ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 33.

²¹ Ver ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 33.

²² ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psicoperspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019, p. 1-11 (p. 3).

²³ Cf. ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 33-34.

²⁴ Segundo Ludmila Abílio, “o empreendedorismo torna-se genericamente sinônimo de assumir riscos da própria atividade. Opera aí um importante deslocamento do desemprego enquanto questão social para uma atribuição ao indivíduo da responsabilização por sua sobrevivência em um contexto de incerteza e precariedade” (ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psicoperspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019, p. 4).

²⁵ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2611.

As plataformas digitais encerram “novas formas de dispersar o trabalho sem perder o controle sobre ele”.²⁶ São modelos de estruturação do labor que reforçam a dimensão individual, estabelecem sistemas de competição entre os próprios trabalhadores e incentivam comportamentos de autoexploração. E contêm a marca do discurso neoliberal para o mercado de trabalho²⁷ e das técnicas que servem à fabricação do “sujeito empresarial” e da “cultura da empresa”, como explicam Dardot e Laval:

(...) a racionalidade neoliberal produz o sujeito de que necessita ordenando os meios de governá-lo para que ele se conduza realmente como uma entidade em competição e que, por isso, deve maximizar seus resultados, expondo-se a riscos e assumindo inteira responsabilidade por eventuais fracassos.

(...) a novidade consiste em promover uma “reação em cadeia”, produzindo “sujeitos empreendedores” que, por sua vez, reproduzirão, ampliarão e reforçarão as relações de competição entre eles, o que exigirá, segundo a lógica do processo autorrealizador, que eles se adaptem subjetivamente às condições cada vez mais duras que eles mesmos produziram.²⁸

Essa racionalidade se mostra mais acentuada no âmbito do labor por plataformas digitais, onde impera uma dinâmica contrária à ideia de solidariedade e de ação coletiva, que surge, por sua vez, como algo improvável, com dificuldades ainda maiores do que as identificadas na gestão empresarial toyotista.²⁹

As características acima permitem, portanto, evidenciar alguns desafios à organização coletiva e sindical dessa força de trabalho. É um dos motivos pelos quais a mobilização dos entregadores por aplicativos adquiriu uma dimensão tão relevante, como será visto a seguir.

2 O “BREQUE DOS APPS” E OS DILEMAS DA MOBILIZAÇÃO COLETIVA DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS DE ENTREGA

Em julho de 2020, durante a pandemia decorrente do novo coronavírus, causador da doença Covid-19, no curso da qual em diversas cidades brasileiras (e no mundo) houve fechamento de estabelecimentos comerciais e de serviços, públicos e privados, e em que parte significativa da população se viu impedida de sair às ruas, foram realizados dois movimentos coletivos dos trabalhadores de aplicativos digitais de entrega. A mobilização se desenvolveu com organização de piquetes e moto-carreatas. Houve trabalhadores que preferiram simples-

²⁶ ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psicoperspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019 p. 2.

²⁷ Discurso que esteve presente na reforma trabalhista de 2017. Cf., a respeito, ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. “Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França”. *Revista do Direito. Trabalho e Processo*. Nº 2, abril 2018, pp. 1-24.

²⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 328-329.

²⁹ Cf., a respeito do toyotismo, ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

mente ficar *off-line* no aplicativo digital e outros que participaram, presencialmente, das manifestações nas ruas.³⁰ Também foram feitas transmissões (“lives”) e reuniões pelas redes sociais.

As reivindicações diziam respeito a aspectos que refletiam as condições de trabalho dos entregadores: aumento nas taxas de entrega, elevação da taxa mínima, término de bloqueios indevidos, seguro para roubos e acidentes, concessão de licença para trabalhadores contaminados na pandemia, distribuição de equipamentos de proteção individual e fim do sistema de pontuação que confere acesso a determinadas áreas de melhor remuneração.³¹

O nome escolhido para a mobilização foi “breque dos apps”, expressão que alude às plataformas digitais que oferecem ao mercado os serviços de entrega, como iFood, Uber Eats e Rappi. A realidade enfrentada na execução das atividades de entrega levou a que os trabalhadores de aplicativos se reunissem e se organizassem coletivamente. As dificuldades, associadas às extensas jornadas, aos riscos de acidentes, às remunerações diminutas, se acentuaram no período da pandemia.³² Para as mulheres, acrescenta-se a isso a exposição frequente a práticas de assédio sexual, vindas de clientes, de representantes de estabelecimentos comerciais e também de outros entregadores.³³

O “breque dos apps” conferiu visibilidade à organização de entregadores em torno de *coletivos*. Há, por exemplo, o Movimento dos Entregadores Antifascistas³⁴ (que traz um elemento político à pauta de reivindicação) e a Associação dos Motofretistas de Aplicativos e Autônomos do Brasil – AMABR (criada em 1º.5.2018, em São Paulo).

Diversos coletivos têm se organizado para se transformar em cooperativas de plataformas, com o objetivo de melhorar as condições de trabalho dos entregadores. É possível citar, entre outros, os coletivos Despatronados (fundado pelos Entregadores Antifascistas do Rio de Janeiro), Señoritas Courier (coletivo de entrega por mulheres e LGBTs), Pedal Express, Buscar Express (que existe desde 1999, em Porto Alegre) e o Feme Express (de motogirls de

³⁰ Ver *Folha de São Paulo* de 25.7.2020 (disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/concentracao-de-motoboys-em-segundo-breque-dos-apps-e-frac-a-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em 16 nov.2020) e o site da *Agência Brasil* de 25.7.2020 (disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/acervo/geral/audio/2020-07/breque-dos-apps-entregadores-paralisam-atividades-novamente-e-fazem-atos-no-pais/>. Acesso em: 16 nov. 2020).

³¹ Cf. <https://revistaopera.com.br/2020/07/24/breque-dos-apps-e-movimento-mais-importante-em-meses/> (acesso em 16.11.2020) e o diário *Folha de São Paulo* de 25.7.2020 (disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/concentracao-de-motoboys-em-segundo-breque-dos-apps-e-frac-a-em-sao-paulo.shtml>. Acesso em: 16 nov.2020).

³² Cf. diário *El País* de 25.7.2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-25/nossa-vida-vale-mais-do-que-levar-um-prato-de-comida-para-as-pessoas.html>. Acesso em 16.11.2020. Ver também ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. “Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19”. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, Edição especial – Dossiê Covid-19, 2020, p. 1-21.

³³ As mulheres colocaram na pauta do movimento de julho de 2020 a criação, pelas plataformas, de um canal de denúncia para as situações de assédio sexual ou estupro. Cf. <https://www.pressenza.com/pt-pt/2020/08/entregadores-antifascistas-do-rio-lancam-a-plataforma-de-servicos-despatronados/>. Acesso em 12 ago.2020.

³⁴ O Movimento tem páginas nas redes sociais. No Facebook, pode ser acessada em <https://www.facebook.com/pages/category/Personal-Blog/Entregadores-Antifascistas-107474997666913/> - acesso em: 16 nov. 2020).

São Paulo). Todos objetivam instituir uma alternativa mais justa para a execução do trabalho de entregas.³⁵

Referindo-se ao “breque dos apps”, Ruy Braga e Marco Aurélio Santana afirmam:

Olhando as reivindicações e as falas dos entregadores, percebe-se que estamos diante de um movimento por reconhecimento e dignidade no trabalho. Um tipo de movimento que busca assegurar condições mínimas de subsistência digna para os/as trabalhadores/as que, como afirmam alguns entregadores, chegam a “passar fome entregando comida”.³⁶

É possível identificar sinais de que os trabalhadores – ao menos uma parcela deles – passaram a questionar o funcionamento do sistema de gestão e organização empresarial em que estão inseridos. Nas palavras de um entregador, “tem muito boy na rua, e eles [os apps] estão baixando as taxas porque sempre tem alguém para aceitar uma taxa ruim. *Os aplicativos usam a nossa necessidade do momento para nos explorar*”.³⁷

Para os movimentos de julho de 2020, os trabalhadores por plataformas digitais se valeram da mesma tecnologia utilizada na execução e no controle dos serviços para também se organizarem coletivamente. Aplicativos foram usados para promover reuniões on-line e coordenar as atividades do movimento. As redes sociais serviram para buscar a participação de outros entregadores e também para convencer os consumidores a aderirem e apoiarem a mobilização, pela realização de avaliações negativas das plataformas em seus próprios aplicativos e na *PlayStore* ou na *AppStore*, ou simplesmente por sua não utilização nos dias da mobilização.³⁸

Os movimentos suscitaram reações do outro lado da relação de trabalho. Houve denúncias – discursivamente refutadas por algumas empresas, como o iFood – de práticas contrárias à manifestação dos trabalhadores, como, por exemplo, o bloqueio de entregadores com o objetivo de “dispersar o movimento”³⁹, ou o incremento do valor das corridas no dia

³⁵ Ver. <https://digilabour.com.br/2020/07/26/coletivos-e-cooperativas-de-entregadores-no-brasil/>. Acesso em 16 nov. 2020.

³⁶ BRAGA, Ruy; SANTANA, Marco Aurélio. “#BrequeDosApps: enfrentando o uberismo”. *Blog da Boitempo*, 25.7.2020. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/25/brequedosapps-enfrentando-o-uberismo/>. Acesso em: 11 dez.2020.

³⁷ Cf. *El País* de 25.7.2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-25/nossa-vida-vale-mais-do-que-levar-um-prato-de-comida-para-as-pessoas.html> (destaque acrescido). Acesso em 16 nov. 2020.

³⁸ Cf. <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/06/29/brequedosapps-promove-mobilizacao-e-pede-apoio-a-greve-dos-entregadores.htm> (acesso em 15 dez. 2020), <https://recontaai.com.br/breque-dos-apps-dicas-para-colaborar-com-a-paralisacao/> (acesso em 15 dez. 2020) e <https://www.redebrasiltual.com.br/trabalho/2020/07/breque-dos-apps-greve-entregadores/> (acesso em 16 nov. 2020).

³⁹ Ver site do diário *El País* de 1º.7.2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-02/entregadores-de-aplicativos-fazem-primeira-grande-paralisacao-da-categoria-no-brasil.html>. Acesso em 16 nov. 2020.

da mobilização.⁴⁰ Além disso, algumas plataformas digitais buscaram informar quais seriam suas “boas práticas” ou “iniciativas” com os entregadores, sobretudo em razão da pandemia.⁴¹

O “breque dos apps” revela, portanto, a organização coletiva dos trabalhadores de entrega por plataformas digitais, com reivindicações dirigidas a essas plataformas, para sua tradução em direitos e garantias. O movimento expressou, ainda, uma tomada de posição diante de alguns dilemas, a começar pelo nome. Não foi utilizada a expressão tradicional que, historicamente, designa a mobilização e a resistência coletiva dos trabalhadores, qual seja, a greve. A opção dos entregadores foi pelo termo “breque”, que alude à ideia de bloqueio das entregas.⁴² Isso não impediu, é verdade, que parte da imprensa se referisse à mobilização como greve.⁴³ Não obstante, a escolha representa a intenção de alcançar uma nova forma de organização e atuação coletivas.

Outro dilema diz respeito ao status jurídico dos entregadores por plataformas digitais. Não houve consenso, entre os trabalhadores, quanto a uma reivindicação de reconhecimento de vínculo de emprego – o que indica a força da ideia, sustentada pela racionalidade neoliberal, de que seriam empreendedores e autônomos. Ainda assim, a natureza das reivindicações, tipicamente trabalhistas, permitiu a compreensão de que são trabalhadores. As demandas voltadas, por exemplo, a término de bloqueios indevidos, remuneração (taxa) mínima, seguro para roubos e acidentes e fornecimento de equipamentos de proteção encontram amparo em direitos fundamentais trabalhistas previstos no art. 7º da Constituição (incisos I, IV, XXII, XXVIII).

De acordo com Renata Dutra e Ricardo Festi:

Segundo os próprios entregadores, não houve consenso na categoria quanto à postulação do reconhecimento do vínculo de emprego, eis que muitos trabalhadores valorizam a ideia de autonomia, que seria incompatível com o registro na carteira de trabalho. Embora esse dissenso revele uma dimensão subjetiva que flerta a narrativa neoliberal do trabalho autônomo, por outro lado, fica evidente que o coletivo se reconhece como trabalhadores, e não empreendedores, na medida que reivindica direitos tipicamente trabalhistas e o faz por meio do instrumento da greve.⁴⁴

Aliás, as plataformas digitais, ao buscarem atender as demandas, por exemplo, de fornecimento de equipamentos de proteção individual, se aproximaram, mais explicitamente,

⁴⁰ Cf. DUTRA, Renata; FESTI, Ricardo. “A greve dos entregadores”. *Jornal GGN*, 11.7.2020. Disponível em <https://jornalgggn.com.br/artigos/a-greve-dos-entregadores-por-renata-dutra-e-ricardo-festi/>. Acesso em 16 nov.2020.

⁴¹ Ver BRAGA, Ruy; SANTANA, Marco Aurélio. “#BrequeDosApps: enfrentando o uberismo”. *Blog da Boitempo*, 25.7.2020. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/25/brequedosapps-enfrentando-o-uberismo/>. Acesso em: 11 dez. 2020. Sobre as medidas noticiadas pelo iFood, pode-se consultar o site <https://institucional.ifood.com.br/nossa-entrega>. Acesso em 15 dez. 2020.

⁴² Cf. BRAGA, Ruy; SANTANA, Marco Aurélio. “#BrequeDosApps: enfrentando o uberismo”. *Blog da Boitempo*, 25.7.2020. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/25/brequedosapps-enfrentando-o-uberismo/>. Acesso em 11 dez. 2020.

⁴³ Ver, por exemplo, <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/06/29/brequedosapps-promove-mobilizacao-e-pede-apoio-a-greve-dos-entregadores.htm> (acesso em 15.12.2020)

⁴⁴ DUTRA, Renata; FESTI, Ricardo. “A greve dos entregadores”. *Jornal GGN*, 11.7.2020. Disponível em <https://jornalgggn.com.br/artigos/a-greve-dos-entregadores-por-renata-dutra-e-ricardo-festi/>. Acesso em: 16 nov. 2020 (sic).

da figura legal do empregador, que assume os riscos e as despesas da atividade econômica (art. 2º da CLT).

Mais um dilema da mobilização dos entregadores envolve a forma da organização coletiva: em vários casos, não foram constituídos sindicatos, mas associações e, principalmente, coletivos. É certo que, para a atividade de transporte de passageiros (outro serviço que tem sido bastante explorado pelas plataformas digitais), já há alguns sindicatos, como o Sindicato dos Motoristas Autônomos de Transporte Privado Individual por Aplicativos (SIND-MAAP), de Brasília, ou o Sindicato dos Trabalhadores com Aplicativos de Transportes Terrestres (STATTESP), de São Paulo.⁴⁵ Contudo, com relação aos entregadores por aplicativos, as notícias sobre o “breque dos apps” deram ênfase à figura dos coletivos, como os mencionados acima. Aqui também a escolha desse modo de organização coletiva, em alternativa às entidades sindicais tradicionais, aponta para a intenção, consciente ou não, de criar uma nova institucionalidade de representação para esses trabalhadores.⁴⁶

Para compreender a dinâmica presente no “breque dos apps”, bem como seus dilemas, é importante levar em consideração que se trata de um grupo de trabalhadores que está em processo de construção de uma identidade coletiva, de busca pelo reconhecimento de direitos e garantias e de definição dos meios e instrumentos de luta e reivindicação.

A mobilização de julho de 2020 representou uma tentativa de superar os desafios decorrentes do modelo de gestão empresarial imposto pelas plataformas digitais, no campo da organização coletiva, diante da fragmentação e da heterogeneidade das condições laborais e da valorização da lógica individualista da competição entre si.⁴⁷ As decisões perante os dilemas apontados acima podem ser vistas como indicativos – ainda precários, é verdade – da constituição de novas formas de atuação e representação coletiva, diferentes das centradas em torno da figura dos sindicatos e de seus meios tradicionais de ação.

Os entregadores por plataformas digitais estão, até o momento atual, à margem do direito, tanto no âmbito individual quanto no coletivo, no sentido de que permanece em disputa a qualificação jurídica das relações contratuais firmadas com os aplicativos e as formas coletivas de organização e atuação. Cuida-se, assim, de um grupo profissional que se depara,

⁴⁵ Ver MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 431-439.

⁴⁶ A mobilização em torno de coletivos não é uma novidade brasileira. Na França, entre julho e agosto de 2017, os entregadores da plataforma digital Deliveroo realizaram movimentos em quatro cidades (Paris, Bordeaux, Lyon e Nantes). Uma das questões em jogo era o término dos contratos com contraprestação por hora, substituídos pela plataforma por contratos com contraprestação por corrida ou entrega (que haviam começado em setembro de 2016). Os trabalhadores foram chamados a se reunir em torno de coletivos locais e realizaram piquetes de greve. Alguns dilemas identificados no “breque dos apps” também podem ser observados na mobilização francesa: os entregadores se percebem como autônomos e, portanto, não colocaram a reivindicação de reconhecimento de uma relação empregatícia, organizaram-se em torno de coletivos – como o Coletivo de Entregadores Autônomos Parisienses (CLAP) –, mas apresentaram postulações tipicamente trabalhistas, além de se expressarem na forma de uma greve. Cf. o periódico *Le Monde* de 26.8.2017. Disponível em https://www.lemonde.fr/economie/article/2017/08/26/en-colere-les-livreurs-de-repas-se-mobilisent-de-nouveau-pour-leurs-conditions-de-travail_5176952_3234.html. Acesso em 16.11.2020.

⁴⁷ Como observa Sidnei Machado, “a perda do sentido de pertencimento ao coletivo gera dificuldades para unificar o interesse coletivo heterogêneo e fragmentado e, também, para mobilizar e organizar de maneira eficiente a representação [coletiva]” (MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 435).

em seu horizonte, com as perspectivas e os riscos da normalização jurídica, isto é, de sua incorporação aos padrões do Direito, em especial do Direito do Trabalho. Nesse cenário, a Constituição pode oferecer algumas respostas, como será desenvolvido no próximo tópico.

3 O MOVIMENTO COLETIVO DOS TRABALHADORES DE PLATAFORMAS DIGITAIS: PERSPECTIVAS E RISCOS PERANTE O DIREITO E A CONSTITUIÇÃO

Ao se refletir sobre as possibilidades abertas pelo “breque dos apps”, é necessário levar em conta, de forma relacional, os planos individual e coletivo do trabalho por plataformas digitais. Assim, a discussão sobre a regulação estatal deve se desdobrar sobre esses dois planos simultaneamente.

Oliveira, Carelli e Grillo apontam quatro alternativas de respostas do Direito do Trabalho para o labor prestado por plataformas digitais. A primeira – e rejeitada de imediato pelos autores – é a de não aplicação da regulação trabalhista, de modo que as relações jurídicas entre prestadores e plataformas seriam disciplinadas pelo Direito Civil. A segunda é a incidência das normas juslaborais, mas com a necessidade de elaboração de uma nova legislação, ao fundamento de inadequação da existente. Além disso, essa alternativa sinaliza o estabelecimento de uma proteção intermediária, semelhante à parassubordinação italiana. A terceira possibilidade envolve o reconhecimento de que se cuida de uma relação laboral nova, mas todos os direitos trabalhistas devem ser garantidos, de modo similar à normativa do trabalho avulso. Por fim, a quarta opção seria a aplicação da legislação juslaboral nos exatos termos definidos na CLT, que conceitua empregado e empregador em seus artigos 2º e 3º e alude, no art. 6º, à subordinação jurídica exercida por meios telemáticos ou informatizados.⁴⁸

Para as “plataformas digitais puras”, os autores propõem a aplicação da disciplina do trabalho avulso, com reconhecimento dos direitos laborais naquilo em que aplicáveis.⁴⁹ Já no caso das “plataformas híbridas”, sugerem que a legislação trabalhista atual é suficiente e adequada para a regulação dessas relações jurídicas. Afinal, classificar os trabalhadores por plataformas “como ‘dependentes’ ou subordinados ‘telematicamente’ é captar que a pequena liberdade de ativação ou desativação não altera um sistema de trabalho dirigido econômica e tecnologicamente pela plataforma”.⁵⁰

É importante aprofundar as perspectivas e os riscos que essas escolhas podem colocar no plano coletivo, em especial nas suas três dimensões fundamentais: a liberdade sindical, a negociação coletiva e a greve. Também é relevante pensar as respostas diante daqueles riscos, sobretudo a partir da Constituição. Trata-se de ir além da pergunta sobre a existência

⁴⁸ Cf. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2626-2627.

⁴⁹ Vale recordar que a Constituição garante a “igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso” (art. 7º, XXXIV).

⁵⁰ OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2629. No mesmo sentido, cf. CARDOSO, Ana Claudia Moreira; ARTUR, Karen; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. “O trabalho nas plataformas digitais: narrativas contrapostas de autonomia, subordinação, liberdade e dependência”. *Revista Valore*, Volta Redonda, 5, 2020, p. 223-225.

ou não de vínculo de emprego nas relações de trabalho por plataformas digitais. E a experiência do “breque dos apps” pode ser produtiva nesse percurso.

Se considerarmos os sindicatos existentes, inseridos na estrutura oficial (com reconhecimento pelo Ministério do Trabalho, submissão à regra da unicidade sindical, recebimento de contribuições e possibilidade de recurso ao poder normativo da Justiça do Trabalho)⁵¹, pode-se apontar como um desafio a essas entidades o de abarcar os trabalhadores por plataformas digitais. É a pergunta feita por Ricardo Antunes:

como organizar sindicalmente essa parcela jovem da classe trabalhadora que não se beneficiou com as conquistas sociais da época do Welfare State e que ingressa no mundo digital, às vésperas da chamada indústria 4.0, com relações de trabalho em franco processo de corrosão?⁵²

Entretanto, na ótica dos próprios trabalhadores por plataformas digitais, abrem-se algumas questões: buscar uma forma de representação coletiva nas entidades sindicais existentes, formar uma representação coletiva que venha a se inserir na estrutura oficial ou construir uma organização coletiva fora dessa estrutura oficial?

Não obstante haja sindicatos que congregam aqueles trabalhadores, Sidnei Machado afirma que:

(...) há no Brasil iniciativas de representação e de ação coletiva, mas elas não reivindicam o modelo de representação tipicamente sindical. Embora algumas entidades tenham sido criadas como sindicatos, suas ações têm características assistenciais (caso de sindicatos e associações) ou de iniciativa de resistência e denúncias (caso dos grupos de Facebook e WhatsApp).⁵³

No caso específico dos entregadores por plataformas digitais, nota-se, a partir da visibilidade conferida pelo “breque dos apps”, a organização em torno de coletivos, seja para fins assistenciais, seja para fins de reivindicações laborais. Ruy Braga e Marco Aurélio Santana indicam que “o movimento está distante de uma organização sindical mais estrita” e ainda

⁵¹ Sobre as características da estrutura sindical oficial, ver BOITO JR., Armando. *O sindicalismo de Estado no Brasil – uma análise crítica da estrutura sindical*. Campinas: Editora da Unicamp, São Paulo: Hucitec, 1991.

⁵² ANTUNES, Ricardo. “Trabalho digital, ‘indústria 4.0’ e uberização do trabalho”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 347-356 (p. 354). Em obra anterior, o mesmo autor, ao relacionar alguns desafios fundamentais para “a revitalização dos organismos sindicais de classe”, aponta de início o que seria “determinante para a sua própria sobrevivência”, qual seja, “romper a enorme barreira que separa a classe trabalhadora ‘estável’, em franco processo de redução, dos trabalhadores e trabalhadoras intermitentes, em tempo parcial, precarizados, subempregados e desempregados, todos em significativa expansão no cenário mundial de hoje. Os sindicatos devem se empenhar fortemente na organização sindical ampliada em todos os seus setores e recortes” (ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 294).

⁵³ MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020), p. 438.

não é capaz, no presente momento, “de produzir um modelo de organização alternativo às formas tradicionais existentes”.⁵⁴

Todavia, os coletivos de entregadores, ao menos se se levar em consideração a experiência da mobilização de julho de 2020, têm semelhanças funcionais com os sindicatos. Os trabalhadores por plataformas digitais, ainda que de forma fragmentada, intermitente e numa lógica de elevada concorrência, são primeiramente integrados a uma organização empresarial, que, de modo concomitante, os dispersa na execução dos serviços, mas também os reúne na submissão ao controle algorítmico, na experiência de labor precarizado e, em última análise, nas ruas das cidades. Assim, os coletivos têm exercido, de maneira incipiente, a função sociológica dos sindicatos de “organizadores secundários”, com possibilidade de abertura de caminhos para a construção de uma identidade coletiva.⁵⁵

A atuação dos coletivos, como visto no “breque dos apps”, também provoca à diversificação das formas tradicionais de ação sindical, mediante, por exemplo, o uso, para fins de protesto, da mesma tecnologia digital das plataformas – com apelos a que os consumidores avaliem negativamente os aplicativos ou, ainda, que deixem de utilizá-los em determinados dias, prática semelhante ao boicote –, ou o recurso às redes sociais para organização, promoção e expressão do movimento.

Pode-se, então, observar, em ato, de forma concreta, o exercício da liberdade sindical, compreendida como potência para a ação coletiva e que não se confunde com o simples direito de reunião, porque surgida historicamente a partir da luta entre as classes sociais.⁵⁶ Cuida-se de liberdade garantida na Constituição (art. 8º) para as relações de trabalho em geral, ou seja, independentemente da declaração de vínculo empregatício.⁵⁷

O reconhecimento de que o trabalho por plataformas digitais deve ser disciplinado pela definição jurídica de relação de emprego (artigos 2º, 3º e 6º da CLT) traz o desafio de enfrentar os limites impostos pela legislação laboral à liberdade sindical, como o regime de unicidade e a organização a partir do conceito de categoria (art. 511 da CLT), o que teria o condão de colocar obstáculos, por exemplo, para a reunião dos trabalhadores por plataformas como um todo.

Com relação à negociação coletiva, não houve, até o momento, uma reivindicação de concretização desse direito,⁵⁸ nem mesmo na mobilização de julho de 2020. Os entregadores buscaram forçar e pressionar as plataformas digitais a atenderem as suas demandas, mas não foi formulada pauta específica de um canal para a negociação coletiva. Não se pode ignorar, contudo, que isso talvez esteja relacionado ao fato de que as plataformas não apresentam

⁵⁴ BRAGA, Ruy; SANTANA, Marco Aurélio. “#BrequeDosApps: enfrentando o uberismo”. *Blog da Boitempo*, 25.7.2020. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/25/brequedosapps-enfrentando-o-uberismo/>. Acesso em 11.12.2020.

⁵⁵ Ver OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização”. OFFE, Claus. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984, p. 56-118 (p. 63-70).

⁵⁶ Cf. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo de. *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTR, 2008.

⁵⁷ Ver, em sentido semelhante, MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020), p. 434.

⁵⁸ Cf. MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020), p. 438.

uma identidade física e concreta, acessível ao público em geral e aos próprios trabalhadores em particular. As dificuldades para o estabelecimento de um canal de comunicação entre força de trabalho e plataformas digitais podem ser evidenciadas nas sanções aplicadas, como bloqueios e exclusões, com frequência sem justificativas. Esse era, a propósito, o tema de uma reivindicação presente no “breque dos apps”.⁵⁹

O desafio aos trabalhadores por plataformas, nesse aspecto, é superar os obstáculos da invisibilidade da empresa que opera e é encoberta pela tecnologia digital. Também aqui é possível afirmar que o direito à negociação coletiva pode ser conquistado e exercido independentemente do reconhecimento da relação de emprego. E a sua concretização estaria também amparada no texto constitucional (art. 7º, XXVI).

A terceira dimensão fundamental no campo coletivo é a greve. Como apontado acima, os entregadores optaram, na mobilização de julho de 2020, pela expressão “breque”, ao invés de greve. Contudo, não se pode deixar de lado que a imagem da greve é, com frequência, associada à gestão empresarial fordista, da fábrica que reúne dentro dela, fisicamente, os trabalhadores. Além disso, deve-se levar em conta, na identificação dessa imagem, o conceito legal (art. 2º da Lei nº 7.783/1989), que pretende restringir as potencialidades desse direito.⁶⁰

Entretanto, a greve, como prática social,⁶¹ é expressão da resistência coletiva dos trabalhadores e pode assumir diferentes formas de manifestação e sentido. É o instrumento mais adequado e eficaz dos trabalhadores diante do poder do capital e, historicamente, representa meio de luta pela defesa do direito já posto, bem como para a conquista de novos direitos.⁶² Em seu estudo sobre as greves metalúrgicas do ABC paulista, de 1978 a 1980, Ricardo Antunes afirma que a greve manifesta “um momento de rebeldia do trabalho frente à dominação do capital”.⁶³

Uma compreensão abrangente da greve se mostra adequada e coerente com a Constituição de 1988 (art. 9º), que não definiu o direito, mas estabeleceu um procedimento para o seu exercício: a escolha pelos próprios trabalhadores da oportunidade para sua deflagração

⁵⁹ Um dos entregadores entrevistados durante o movimento afirmou: “se eu sou bloqueado, não tenho como falar com uma pessoa do iFood, eu falo com um robô”. Ver o diário *El País* de 25.7.2020. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-25/nossa-vida-vale-mais-do-que-levar-um-prato-de-comida-para-as-pessoas.html>. Acesso em 16 nov. 2020.

⁶⁰ Cf. VIANA, Márcio Túlio. “Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias”. In: DA SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; e SEMER, Marcelo (coordenadores.). *Direitos Humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 88-95.

⁶¹ Ver PAIXÃO, Cristiano, LOURENÇO FILHO, Ricardo. “Greve como prática social: possibilidades de reconstrução do conceito a partir da Constituição de 1988”. In: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, e NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010, p. 408-424.

⁶² Cf. VIANA, Márcio Túlio. *Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador*. São Paulo: LTr, 1996; e VIANA, Márcio Túlio. “Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias”. In: DA SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; e SEMER, Marcelo (coordenadores.). *Direitos Humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

⁶³ ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia do trabalho - o confronto operário do ABC paulista: as greves de 1978/1980*. 2ª ed. Campinas: Unicamp, 1992, p. 189.

e dos interesses a serem defendidos.⁶⁴ É fundamental, portanto, entender a garantia constitucional do procedimento da greve.

Segundo Márcio Túlio Viana, pode-se falar em greve em sentido amplo para indicar protestos, denúncia ou pressão exercidos coletivamente por operários, estudantes, prostitutas, ou, mesmo para se referir a greve de fome, de palavras, de ocupação, de zelo, tartaruga, entre outros significados. Em todos esses casos, existe uma prática, que se prolonga por determinado tempo, de ruptura com a rotina. Para o direito, esse conceito de ruptura da rotina pode ser utilizado, considerando-se, porém, o contexto do trabalho. A especificidade da greve é, assim, a ruptura do cotidiano da prestação de serviços.⁶⁵

Essa perspectiva mais ampla leva à conclusão de que o “breque dos apps” traduziu de fato uma greve – não por acaso, como visto, ficou evidente que os entregadores por plataformas digitais se perceberam como trabalhadores. Em atenção a determinadas reivindicações, é possível identificar contornos de uma “greve ambiental”.⁶⁶ De modo geral, consoante os conceitos acima, observa-se um movimento que pretendeu romper com a rotina de labor e expressar a rebeldia dos entregadores perante as plataformas.

Foi uma greve que apontou para outras potencialidades da ação coletiva dos trabalhadores, além das formas tradicionais (como paralisações e piquetes), sobretudo em termos de comunicação entre os próprios entregadores e com a sociedade. Os movimentos de julho de 2020 colocaram no horizonte a possibilidade real e efetiva da realização de greves com a adesão do público consumidor dos serviços.⁶⁷

Também nessa dimensão vale ressaltar que o exercício do direito de greve independe da declaração de existência da relação de emprego entre os trabalhadores e as plataformas digitais. A Constituição (art. 9º) ampara uma interpretação mais ampla desse direito, que é um desdobramento da liberdade sindical. A greve é um meio de realização da cidadania voltado à conquista e à afirmação de direitos. Nessa linha, Cristiano Paixão atribui ao “breque dos apps” uma “dimensão constituinte”, no sentido de uma “luta por reconhecimento de condições mínimas de dignidade”.⁶⁸

Não obstante, deve-se atentar aos eventuais riscos da incorporação das manifestações coletivas dos trabalhadores por plataformas digitais aos padrões e controles estipulados

⁶⁴ Cf. PAIXÃO, Cristiano, LOURENÇO FILHO, Ricardo. “Greve como prática social: possibilidades de reconstrução do conceito a partir da Constituição de 1988”. In: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, e NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

⁶⁵ VIANA, Márcio Túlio. “Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias”. In: DA SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; e SEMER, Marcelo (coordenadores.). *Direitos Humanos: essência do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 100-101.

⁶⁶ CONFORTI, Luciana. “‘Breque dos apps’, greve ambiental e o ‘novo normal’”. *Revista Consultor Jurídico*, 2.9.2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/conforti-breque-apps-greve-ambiental-normal>. Acesso em 16.11.2020.

⁶⁷ Um exemplo interessante desse modo de ação coletiva é a *flash mob*. Cf., a respeito, RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. “Decisão Flashmob. Ação Coletiva. Direito legítimo dos trabalhadores como instrumento de pressão”. *Revista de Direito do Trabalho*. Vol. 161, jan./fev., 2015, p. 25-39.

⁶⁸ PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. “O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição”. *Portal Jota*, 29.6.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020>. Acesso em 29.6.2020.

pelo Direito. Isso pode significar, além de restrições à organização e à negociação coletivas, a imposição de limitações à greve.

A Justiça do Trabalho, principalmente pelo seu órgão de cúpula, o Tribunal Superior do Trabalho, tem construído uma jurisprudência de restrições ao direito de greve, que alcança, entre outros aspectos, o tipo de interesses que podem ser defendidos (negando, por exemplo, greves políticas) e a imposição de limites ao número de trabalhadores que participam do movimento, sobretudo nas atividades definidas em lei como essenciais. Em última análise, há uma rejeição do caráter conflitivo das relações laborais.⁶⁹

Mas ainda assim o reconhecimento jurídico é importante. A greve serviu historicamente como meio de exercício de cidadania, construção e afirmação de direitos, inclusive em momentos cruciais para a democracia brasileira,⁷⁰ e isso pode se mostrar verdadeiro no campo das relações laborais por aplicativos tecnológicos.

Os riscos da normalização jurídica do trabalho por plataformas digitais, sobretudo no plano coletivo, não significam, de modo algum, a opção por uma regulação estatal meramente civil ou juslaboral reduzida. Até porque a movimentação nas ruas e nas redes sociais, por parte dos trabalhadores por aplicativos, apontou para um cenário de afirmação de direitos.⁷¹ Nessa medida, a prática concreta da liberdade sindical, da negociação coletiva e do direito de greve pode servir de meio para que os trabalhadores participem de forma efetiva da discussão pública sobre a regulação jurídica do labor por plataformas, inclusive para apontar novas compreensões sobre seu modo de agir coletivamente. Também pode permitir que esses trabalhadores atuem no campo político em outros debates sobre direitos fundamentais.⁷²

A realização material daqueles direitos constitucionais, consoante se pode constatar no “breque dos apps”, provoca o pensamento jurídico a ir além do conceito de relação de emprego como requisito para o reconhecimento de garantias trabalhistas e sociais.⁷³ Os trabalhadores por plataformas digitais, ao reivindicarem e exercerem direitos fundados na Constituição, podem sinalizar novas possibilidades para a interpretação jurídica e a concretização

⁶⁹ Cf. LOURENÇO FILHO, Ricardo. *Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da Constituição de 1988 a partir do direito de greve*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Partindo dessa linha de raciocínio, vale considerar que o art. 10, III, da Lei nº 7.783/1989 prevê como atividade essencial a distribuição e a comercialização de medicamentos e alimentos. A pergunta que se faz é: não poderia esse dispositivo ser judicialmente aplicado para restringir a mobilização dos entregadores por plataformas digitais? Esse é um risco a ser considerado.

⁷⁰ Ver PAIXÃO, Cristiano, LOURENÇO FILHO, Ricardo. “Greve como prática social: possibilidades de reconstrução do conceito a partir da Constituição de 1988”. In: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, e NUNES, Raquel Portugal. *Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil*. São Paulo: LTr, 2010.

⁷¹ Segundo José Geraldo de Sousa Júnior, “a rua (...) é o espaço público, o lugar do acontecimento, do protesto, da formação de novas sociabilidades e do estabelecimento de reconhecimentos recíprocos na ação autônoma da cidadania (autônomos: que se dão a si mesmos o direito)”. Cf. SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 50.

⁷² Em análise sobre o “breque dos apps” e a possibilidade de o movimento se entrelaçar com outras lutas por direitos, Andréia Galvão observa que “a emergência de um movimento antifascista e a inclusão da democracia na pauta de uma parcela dos entregadores abre um caminho politicamente potente, pois expressa o reconhecimento de que, sem liberdades democráticas, não há direitos” (GALVÃO, Andréia. “A greve e as perspectivas do movimento dos entregadores”. *Jornal GGN*, 14.7.2020. Disponível em <https://jornalgggn.com.br/a-grande-crise/a-greve-e-as-perspectivas-do-movimento-entregadores-por-andreia-galvao/>. Acesso em: 1º. Dez. 2020).

⁷³ Para uma interpretação dos direitos do art. 7º da Constituição não restrita ao vínculo de emprego, cf. PORTO, Noemia. *O trabalho como categoria constitucional de inclusão*. São Paulo: LTr, 2013.

do texto constitucional. Futuras greves e mobilizações coletivas serão importantes. De acordo com Antunes e Filgueiras, “a capacidade de resistência, revolta e organização deste novo proletariado digital será um elemento decisivo para a conquista de formas protetivas de trabalho, capazes de obstar sua escravidão digital”.⁷⁴

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto neste artigo, as características do trabalho por plataformas, centrado na exploração de uma atividade econômica por meio da utilização de tecnologia digital e no incentivo ao individualismo e à concorrência recíproca entre os trabalhadores, colocam desafios significativos à sua organização coletiva. O “breque dos apps” foi relevante, entre outros motivos, porque: destacou a realidade dos entregadores por plataformas digitais (como as longas jornadas, com reduzidas remunerações, além de outros problemas); deu visibilidade aos coletivos de entregadores; e mostrou uma mobilização que utilizou a tecnologia digital para veicular suas reivindicações e seus protestos, e também para se organizar e buscar adesões, inclusive dos consumidores.

Mas a mobilização explicitou alguns dilemas, relacionados à própria denominação (“breque”, e não greve); à classificação jurídica das relações de trabalho à luz da legislação juslaboral, não obstante tenham se percebido como trabalhadores; e à reunião em torno principalmente de coletivos (e não sindicatos). Esses dilemas parecem associados à circunstância de se cuidar de um grupo profissional em processo de construção de uma identidade coletiva e de afirmação de direitos e garantias.

Muito embora, em termos concretos, as reivindicações tivessem feições individuais, a mobilização foi uma tentativa de enfrentar e superar, no campo da organização coletiva, os desafios resultantes da gestão empresarial das plataformas digitais. Isso indica que a discussão sobre a regulação estatal das relações trabalhistas por aplicativos deve envolver uma análise conjunta dos planos individual e coletivo, em especial, quanto a esse último, no que toca às dimensões fundamentais da liberdade sindical, da negociação coletiva e da greve e às compreensões que os próprios trabalhadores elaboram a respeito desses direitos.

A pura e simples incorporação das relações laborais por aplicativos no conceito jurídico de vínculo de emprego pode acarretar relevantes obstáculos à mobilização coletiva dos trabalhadores por plataformas digitais. Isso não significa, contudo, que aquela incorporação deva ser rejeitada. Ao mesmo tempo, não se deve ignorar a importância do movimento coletivo no processo de construção e garantia de direitos. Conquanto seja importante, no plano individual, a regulação do Direito do Trabalho, particularmente sob o conceito de relação de emprego, é necessário reconhecer, no plano coletivo, a possibilidade constitucional de exercício, sob diversas formas, dos direitos fundamentais à liberdade sindical, à negociação coletiva e à greve, independentemente do vínculo empregatício.

No “breque dos apps”, foi possível observar um conjunto de reivindicações que têm amparo constitucional, a par da inexistência, pelos entregadores, de uma pauta voltada ao

⁷⁴ ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 40.

reconhecimento do vínculo de emprego com as plataformas. Por meio de coletivos e da realização de greves, foram buscados direitos previstos na Constituição ou que decorrem do regime de proteção ao trabalho por ela instituído (como, por exemplo, um salário que atenda às necessidades vitais básicas e garantias à saúde). Essa constatação é provocativa no sentido de expandir a incidência dos direitos trabalhistas para além do conceito de relação de emprego, não para diminuir as garantias jurídicas e sim para seu reforço e mesmo ampliação.

Vale observar no futuro se e como os trabalhadores por aplicativos utilizarão mobilizações coletivas e principalmente greves para participar da discussão pública sobre a regulação jurídica de suas relações laborais ou mesmo se envolverem em outras lutas políticas voltadas ao reconhecimento de direitos. Para o presente, porém, é possível afirmar que o pensamento jurídico está diante do desafio de desenvolver uma compreensão mais ampla da Constituição, de modo a abranger as lutas e as reivindicações, no plano individual, e conferir sentido a direitos concretamente exercidos, no plano coletivo, relativamente ao trabalho realizado por plataformas digitais.

REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. “Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado”. *Psicoperspectivas*, vol. 18, n. 3, novembro 2019, p. 1-11.

ABÍLIO, Ludmila Costhek; ALMEIDA, Paulo Freitas; AMORIM, Henrique; CARDOSO, Ana Claudia Moreira; FONSECA, Vanessa Patriota da; KALIL, Renan Bernardi; MACHADO, Sidnei. “Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19”. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, Edição especial – Dossiê Covid-19, 2020, p. 1-21.

ANTUNES, Ricardo. *A rebeldia do trabalho - o confronto operário do ABC paulista: as greves de 1978/1980*. 2ª ed. Campinas: Unicamp, 1992.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital*. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, Ricardo. “Trabalho digital, ‘indústria 4.0’ e uberização do trabalho”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). *Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade*. Brasília, ESMPU, 2020, p. 347-356.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. “Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo”. *Contracampo*, Niterói, v. 39, n. 1, abr./jul. 2020, p. 27-43.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. “Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França”. *Revista do Direito. Trabalho e Processo*. Nº 2, abril 2018, pp. 1-24.

BOITO JR., Armando. O sindicalismo de Estado no Brasil – uma análise crítica da estrutura sindical. Campinas: Editora da Unicamp, São Paulo: Hucitec, 1991.

BRAGA, Ruy; SANTANA, Marco Aurélio. “#BrequeDosApps: enfrentando o uberismo”. Blog da Boitempo, 25.7.2020. Disponível em <https://blogdaboitempo.com.br/2020/07/25/brequedo-sapps-enfrentando-o-uberismo/>. Acesso em 11.12.2020.

CARDOSO, Ana Claudia Moreira; ARTUR, Karen; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. “O trabalho nas plataformas digitais: narrativas contrapostas de autonomia, subordinação, liberdade e dependência”. Revista Valore, Volta Redonda, 5, 2020, p. 206-230.

CARELLI, Rodrigo. “O trabalho em plataformas e o vínculo de emprego: desfazendo mitos e mostrando a nudez do rei”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília, ESMPU, 2020), p. 65-83.

CARVALHO NETTO, Menelick. “A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais”. SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. “O Direito do Trabalho e as Plataformas Eletrônicas”. MELO, Raimundo Simão de; ROCHA, Cláudio Jannoti. Constitucionalismo, trabalho, seguridade social e as reformas trabalhista e previdenciária. São Paulo: LTr, 2017, p. 357-366.

CONFORTI, Luciana. “‘Breque dos apps’, greve ambiental e o ‘novo normal’”. Revista Consultor Jurídico, 2.9.2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/conforti-breque-apps-greve-ambiental-normal>. Acesso em 16.11.2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DE STEFANO, Valerio. “Labour is not a technology – Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”. IUSLabor 2/2017, p. 1-17;

DUTRA, Renata; FESTI, Ricardo. “A greve dos entregadores”. Jornal GGN, 11.7.2020. Disponível em <https://jornalggn.com.br/artigos/a-greve-dos-entregadores-por-renata-dutra-e-ricardo-festi/>. Acesso em 16.11.2020.

GALVÃO, Andréia. “A greve e as perspectivas do movimento dos entregadores”. Jornal GGN, 14.7.2020. Disponível em <https://jornalggn.com.br/a-grande-crise/a-greve-e-as-perspectivas-do-movimento-entregadores-por-andreia-galvao/>. Acesso em 1º.12.2020.

LOURENÇO FILHO, Ricardo. Entre continuidade e ruptura: uma narrativa sobre as disputas de sentido da Constituição de 1988 a partir do direito de greve. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MACHADO, Sidnei. “Representação coletiva dos trabalhadores em plataformas digitais”. CARELLI, Rodrigo de Lacerda; CAVALCANTI, Tiago Muniz; FONSECA, Vanessa Patriota da (org.). Futuro do Trabalho: os efeitos da revolução digital na sociedade. Brasília, ESMPU, 2020), p. 431-439.

OFFE, Claus e WIESENTHAL, Helmut. “Duas lógicas da ação coletiva: notas teóricas sobre a classe social e a forma de organização”. OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista. Trad. de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro: 1984, p. 56-118.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. “Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho”. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2609-2634.

PAIXÃO, Cristiano, LOURENÇO FILHO, Ricardo. “Greve como prática social: possibilidades de reconstrução do conceito a partir da Constituição de 1988”. In: SENA, Adriana Goulart de, DELGADO, Gabriela Neves, e NUNES, Raquel Portugal. Dignidade humana e inclusão social: caminhos para a efetividade do direito do trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2010, p. 408-424.

PAIXÃO, Cristiano; LOURENÇO FILHO, Ricardo. “O STF e o Direito do Trabalho: as três fases da destruição”. Portal Jota, 29.6.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-stf-e-o-direito-do-trabalho-as-tres-fases-da-destruicao-29062020>. Acesso em 29.6.2020.

PORTO, Noemia. O trabalho como categoria constitucional de inclusão. São Paulo: LTr, 2013;

RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. “Decisão Flashmob. Ação Coletiva. Direito legítimo dos trabalhadores como instrumento de pressão”. Revista de Direito do Trabalho. Vol. 161, jan./fev., 2015, p. 25-39.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo de. Relações coletivas de trabalho. São Paulo: LTr, 2008.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

VIANA, Márcio Túlio. Direito de resistência: possibilidades de autodefesa do empregado em face do empregador. São Paulo: LTr, 1996.

VIANA, Márcio Túlio. “Da greve ao boicote: os vários significados e as novas possibilidades das lutas operárias”. In: DA SILVA, Alessandro; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; FELIPPE, Kenarik Boujikian; e SEMER, Marcelo (coordenadores.). Direitos Humanos: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007, p. 88-95.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Historia y constitución. Tradução de Miguel Carbonell. Madrid: Minima Trotta, 2005.



OS PAPAS NA ONU E A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS THE POPES AT THE UN AND THE DEFENCE OF HUMAN RIGHTS

RAPHAEL REGO BORGES RIBEIRO*

RESUMO

Neste artigo, analisamos as manifestações dos Papas endereçadas à Assembleia Geral das Nações Unidas, buscando nelas identificar elementos de defesa dos Direitos Humanos. Recorremos à consulta a fontes primárias, especificamente os discursos de Paulo VI, João Paulo II, Bento XVI e Francisco à ONU. Utilizamos o método dedutivo para conduzir nossa análise. Tivemos como objetivo geral verificar se a Igreja Católica assumiu publicamente, à comunidade internacional, uma postura de defesa da humanidade. Observamos que todos os Papas abordaram diversos temas de Direitos Humanos. Notamos que Paulo VI e João Paulo II focaram na promoção da paz, no combate à pobreza e na proteção à liberdade religiosa. Também percebemos que Bento XVI e Francisco, além de defender os tópicos trazidos pelos seus antecessores, também advogaram pela preservação ambiental.

Palavras-chave: Papa; Igreja Católica; Organização das Nações Unidas; Direitos Humanos; Direito Internacional.

ABSTRACT

In this paper, I analyzed the Popes' addresses to the United Nations General Assembly, trying to identify in them a defense of human rights. I looked into primary sources, specifically Paul VI's, John Paul II's, Benedict XVI's, and Francis's speeches at the UN. I used the deductive method to conduct my analysis. My main goal was checking whether the Catholic Church publicly stood, in relation to the international community, on behalf of humanity. I noticed that both Paul VI and John Paul I focused on the promotion of peace, the fight against poverty, and the protection of religious freedom. I also figured out that both Benedict XVI and Francis, besides defending the issues brought by their predecessors, advocated for environmental preservation as well.

Keywords: Pope; Catholic Church; United Nations; Human Rights; International Law.

* Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.
Mestrando na University of Ottawa. Professor da Universidade Federal do Oeste da Bahia.
raphael.ribeiro@ufob.edu.br

Recebido em 15-11-2020 | Aprovado em 23-12-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 PAULO VI; 2 JOÃO PAULO II; 2.1 Primeiro discurso: outubro de 1979; 2.2. Segundo discurso: outubro de 1995; 3 BENTO XVI; 4 FRANCISCO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A Igreja Católica é personificada pela Santa Sé, tendo como sede a Cidade do Vaticano, do qual o Papa é chefe de Estado. Por essa razão, o Pontífice não está subordinado interna ou internacionalmente a outro país. A Santa Sé é independente, autônoma e, consequentemente, sujeito de Direito Internacional. Assim, atua internacionalmente, celebrando tratados e exercendo direito de legação¹. Do mesmo modo, consequentemente, tem representação e voz na Organização das Nações Unidas (ONU). Os discursos na ONU têm grande potencial de repercussão midiática, que tornam mais poderoso e efetivo o *soft power* que o Papa exerce sobre a comunidade internacional.

A presente pesquisa busca se orientar pela pergunta: o que os Papas tiveram a dizer sobre Direitos Humanos quando se dirigiram ao mundo da tribuna da Organização das Nações Unidas? Para responder tal questionamento, é explorado o conteúdo dos discursos dos discursos proferidos pelos pontífices Paulo VI, João Paulo II, Bento XVI e Francisco junto à Assembleia Geral da ONU.

O objetivo geral da pesquisa é encontrar nos discursos dos Papas à ONU um direcionamento que reflita o papel da Igreja Católica na construção dos Direitos Humanos na segunda metade do século XX e no início do século XXI. Como objetivos específicos, observaremos o conteúdo de cada uma das manifestações, identificando temas de Direitos Humanos e contextualizando-os tanto na época em que foram proferidas quanto no conjunto geral do ministério de cada pontífice.

A pesquisa se justifica na medida em que o Papa, sendo líder da Igreja Católica, atua diretamente na vida de milhões de pessoas, com capacidade de influenciar os direcionamentos de diversos assuntos caros à comunidade internacional. Sua autoridade moral pode cancelar ou condenar comportamentos a regimes políticos. Por essa razão, é de fundamental importância que o Pontífice sempre se manifeste no sentido de denunciar abusos ou inspirar a paz, por exemplo. Nesse sentido, a Igreja sofre diversas críticas em razão da ausência de um posicionamento firme em direção contrária às atrocidades praticadas pelos regimes autoritários que despontaram na Europa Ocidental na primeira metade do século XX. Na verdade, o Papa Pio XI se manifestou abertamente contra o nazismo em sua encíclica *Mit brennender*

¹ MACHADO, Diego Pereira. *Sujeitos de direito internacional: Santa Sé e Vaticano*. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sujeitos-do-direito-internacional-santa-s%C3%A9-e-vaticano>. Acesso em 09 de agosto de 2017.

*Sorge*² e encerrou a vida tentando (infrutiferamente) editar uma outra encíclica sobre a “unidade do gênero humano”, em combate às perseguições raciais na Alemanha hitlerista³. Ele, porém, recebe severas e necessárias críticas por ter celebrado com Mussolini o Tratado de Latrão, silenciando sobre os abusos fascismo e, assim, contribuindo para a ascensão de tal regime totalitário na Itália⁴. Por outro lado, alguns acusam o sucessor, Pio XII, de ser o “Papa de Hitler”⁵, em razão de ter optado por uma posição de neutralidade frente à Segunda Guerra Mundial. Afirma-se, ainda, que ele teria sido o responsável por não dar seguimento aos planos de Pio XI a respeito da publicação de carta encíclica em sentido contrário à violência e intolerância racial operada contra os judeus. Diante de tais situações, e das demandas de Direitos Humanos que vêm surgindo desde o final da Segunda Guerra Mundial, é plenamente justificável indagar se, com as críticas históricas e políticas, os líderes máximos da Igreja vêm adotando postura firme em defesa da humanidade.

Metodologicamente, em primeiro lugar realizaremos consulta às fontes primárias – os discursos pontifícios. Na sequência, utilizaremos o método dedutivo para identificar o significado das manifestações a respeito da temática específica dos direitos humanos. Advirta-se o leitor que, para evitar poluição visual e o desnecessário aumento do número de páginas exclusivamente em razão do excesso de referências no curso do texto, o que é uma decorrência natural de recurso a fontes primárias, optou-se por fazer as indicações bibliográficas, especificamente em relação a trechos das manifestações, apenas ao final do artigo. Assim, havendo interesse de consultar o texto original dos pronunciamentos, há a devida informação no tópico “Referências”, devendo a procura ser feita a partir do nome do Papa estudado em cada seção. Todas as demais citações, diretas ou indiretas, estão com as fontes indicadas nas notas de rodapé. Advirta-se também que foram utilizados os títulos honoríficos comumente atribuídos ao Chefe da Igreja Católica, sem que isso signifique qualquer juízo de valor, positivo ou negativo, sobre a Igreja como um todo, as pessoas que exerceram a função de pontífice ou sobre o cargo em si.

1 PAULO VI

Giovanni Montini, o Papa Paulo VI, foi líder da Igreja Católica entre 1963 e 1978. Foi o primeiro Pontífice a discursar diante da Organização das Nações Unidas, em Nova Iorque, em 04 de outubro de 1965. À época, comemorava-se o vigésimo aniversário da ONU. Destaque-se que o pronunciamento à ONU ocorreu às vésperas do encerramento do Concílio Vaticano

² PAPA PIO XI. *Carta Encíclica Mit Brennender Sorge*. Cidade do Vaticano, 1937. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html. Acesso em 09 de agosto de 2017.

³ EISNER, Peter. *A última cruzada do Papa: como um jesuíta norte-americano auxiliou a campanha de Pio XI para travar Hitler*. Tradução de Pedro Saraiva. Lisboa: Gradiva, 2016.

⁴ KERTZER, David I. *O papa e Mussolini: a conexão secreta entre Pio XI e a ascensão do fascismo na Europa*. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

⁵ CORNWELL, John. *O Papa de Hitler – a história secreta de Pio XII*. Tradução de A.B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2000.

II, reunido entre outubro de 1962 e dezembro de 1965, com o propósito de “reconciliar a Igreja Católica com o mundo moderno”⁶.

Paulo VI, em primeiro lugar, destacou que, apesar de ser investido em uma minúscula e quase simbólica soberania temporal – a mínima necessária para exercer livremente sua missão espiritual, sem estar dependente de qualquer outra soberania -, o Papa é portador de uma mensagem – não apenas em seu nome próprio, mas também da família católica e dos cristãos que compartilham os sentimentos por ele manifestados – para toda a humanidade. Na sequência, o Chefe da Igreja Católica declarou ratificar moralmente e solenemente a Organização das Nações Unidas, reconhecendo que a ONU “representa o caminho obrigatório da civilização moderna e da paz mundial”. Segundo ele, “os povos voltam-se para as Nações Unidas como para a última esperança da concórdia e da paz”.

De acordo com o mencionado discurso pontifício, a ONU, ao propor a coexistência entre a pluralidade de nações, sanciona “o grande princípio de que as relações entre os povos devem ser reguladas pela razão, pela justiça, pelo direito e pela negociação, e não pela força, nem pela violência, nem pela guerra, assim como também não pelo medo ou pelo logro”. O Papa ainda elogiou o acesso assegurado aos Estados que, então, apenas recentemente tinham atingido a independência e a liberdade nacionais. O Santo Padre pregou, ainda, a igualdade entre os membros da ONU, não devendo haver qualquer Estado acima do outro. Segundo ele, esta é a fórmula para evitar o orgulho e conservar a fraternidade entre os povos. O Papa conclamou “jamais uns contra os outros, nunca mais”, citando ainda John Kennedy para destacar a necessidade de por fim à guerra e estabelecer que “a paz que deve guiar o destino dos povos e de toda a humanidade”. Seguindo o raciocínio, o Pontífice asseverou que o primeiro caminho para a construção da paz é o desarmamento. De acordo com Paulo VI,

Se vós quereis ser irmãos, deixai cair as armas das vossas mãos. Não se pode amar com armas ofensivas nas mãos. As armas, sobretudo as terríveis armas que a ciência moderna vos deu, antes mesmo de causarem vítimas e ruínas, engendram maus sonhos, alimentam maus sentimentos, criam pesadelos, desconfianças, sombrias resoluções. Exigem enormes despesas. Detêm os projectos de solidariedade e de útil trabalho. Falseiam a psicologia dos povos.

O Chefe da Igreja argumentou que a missão da ONU – de garantir a segurança da vida internacional sem necessidade de recorrer às armas – poderá libertar os povos do pesadelo da guerra sempre iminente e, ainda, aliviar as despesas com armamentos. Esta última consequência ainda seria positiva no sentido de que as economias realizadas em relação a instrumentos bélicos poderiam ser direcionadas como auxílio aos países em desenvolvimento.

Para além da paz, Paulo VI conclamou os Estados a trabalhar uns para os outros: mais do que convivência, colaboração fraternal dos povos: “aqui instaura-se um sistema de solidariedade, que faz com que elevadas finalidades, no sentido da civilização, recebam o apoio unânime e ordenado de toda a família dos povos, para o bem de todos e de cada um”. O Papa destacou, ainda, a defesa dos direitos e deveres fundamentais do homem, sua dignidade e

⁶ SOUZA, Ney de. Contexto e desenvolvimento histórico do Concílio Vaticano II. In: BOMBONATTO, V.; GONÇALVES, P.L. *Concílio Vaticano II: análise e perspectivas*. São Paulo: Paulinas, 2004. Disponível em: http://ciberteologia.paulinas.org.br/ciberteologia/wp-content/uploads/2009/05/contexto_desenvolvimento.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

sua liberdade (em especial a religiosa). Defendeu, no mesmo sentido, a necessidade de alinhar os esfomeados, diminuir o analfabetismo e espalhar a cultura no mundo, bem como dar aos homens assistência sanitária apropriada e moderna. O Sumo Pontífice ressaltou o respeito à vida humana – que, sendo sagrada, não poderia ser objeto de ataque por ninguém. Segundo ele,

É na vossa Assembleia que o respeito da vida, mesmo no que se refere ao grande problema da natalidade, deve encontrar a sua mais alta profissão e a sua mais racional defesa. A vossa tarefa é agir de modo que o pão seja abundante à mesa da humanidade, e não favorecer um «controle» artificial dos nascimentos, que seria irracional, com a finalidade de diminuir o número dos convivas ao banquete da vida.

Por fim, Paulo VI concluiu fazendo um apelo à consciência moral do homem, para que os instrumentos cada vez mais poderosos, decorrentes do progresso e da ciência, fossem utilizados para as mais elevadas conquistas, e não para a ruína da humanidade.

De todo o exposto, percebe-se que o discurso pontifício deu especial destaque à questão da paz, o que é plenamente justificável. À época, completavam-se os 20 anos do fim da Segunda Guerra Mundial. Além disso, poucos meses antes do pronunciamento papal, naquele mesmo ano, teve início a famigerada Guerra do Vietnã. Do mesmo modo, o mundo ainda vivia a Guerra Fria, com o risco de uma catástrofe nuclear – de onde se depreende compreensível o apelo de Paulo VI ao desarmamento.

Por outro lado, nota-se a relevância conferida pelo Chefe da Igreja Católica à questão pertinente à defesa da vida, à natalidade e ao controle dos nascimentos. Trata-se de tema muito caro ao pontificado de Giovanni Montini. Poucos anos depois do discurso em questão, Paulo VI publicou sua Carta Encíclica *Humanae Vitae*⁷, no qual condenou o aborto, a esterilização (perpétua ou temporária) e quaisquer atos sexuais tornados intencionalmente infecundos (com o uso da camisinha ou da pílula anticoncepcional, por exemplo). Nesse ponto específico, o caminho percorrido pela ONU e pela construção dos direitos humanos acabou se afastando do posicionamento papal. Com efeito, na década de 1990, nas Conferências Internacionais do Cairo e de Copenhague, foram consagrados – com resistências da Santa Sé, ressalte-se - os direitos sexuais e reprodutivos, assegurando às pessoas saúde reprodutiva, autonomia no controle da fertilidade e prevenção de doenças sexualmente transmissíveis⁸.

Conclusivamente, merece distinção o comentário pontifício a respeito da liberdade religiosa. Poucas semanas depois, em dezembro de 1965, o Papa aprovou e publicou a Declaração *Dignitatis Humanae*, do Concílio Vaticano II, a respeito da liberdade religiosa. Nela, a Igreja reconheceu direito de toda pessoa professar livremente a religião, em particular e em público. O referido documento guarda total coerência com as palavras proferidas à Assembleia das Nações Unidas.

⁷ PAPA PAULO VI. *Discurso do Papa Paulo VI na sede da ONU*. Nova Iorque, 4 de outubro de 1965. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

⁸ GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional – da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995). *Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery*, 2010. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

2 JOÃO PAULO II

O Papa João Paulo II, nascido Karol Józef Wojtyła, foi Pontífice entre 1978 e 2005. Durante tal período, pronunciou-se à Organização das Nações Unidas em duas oportunidades: primeiramente em 1979 e, depois, em 1995. Como forma a melhor esquematizar a presente investigação, cada discurso será analisado separadamente.

2.1 Primeiro discurso: outubro de 1979

João Paulo II, após os cumprimentos e agradecimentos às autoridades, iniciou seu discurso da mesma forma que Paulo VI fizera: ressaltando a soberania da Santa Sé e a necessidade de o Papado exercer a sua missão com plena liberdade e de forma independente de outras soberanias. Destacou, igualmente, a importância da ONU na busca pela pacífica convivência e colaboração entre as nações e na prevenção da guerra, da divisão e da recíproca destruição da humanidade.

O Sumo Pontífice fez ampla reverência à universalidade da dignidade humana. Do mesmo modo, estabeleceu que toda atividade política, além de prover do homem e se exercer mediante o homem, deve ser para o homem; se se tornar fim em si mesma, perde sua razão de ser e pode cair em contradição com a própria humanidade. João Paulo II ressaltou a relevância da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) enquanto defesas do valor universal da humanidade. Asseverou, assim, ser

necessário medir o progresso da humanidade não somente pelo progresso da ciência e da técnica — do qual se evidencia toda a singularidade do homem em confronto com a natureza — mas simultaneamente pelo primado dos valores espirituais e pelo progresso da vida moral.

Relembrando os horrores da Segunda Guerra Mundial, em especial dos campos de concentração – notadamente Auschwitz, na sua Polônia natal-, o Papa aduziu que de tais dolorosas experiências surgiu a DUDH. Esta Declaração, para o Pontífice, “deve permanecer na Organização das Nações Unidas o valor de base, com o qual se há-de confrontar e à qual vá haurir inspiração constante a consciência dos seus Membros”. O Chefe da Igreja ressaltou que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com outros instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, faz parte de um movimento progressivo e contínuo na construção de uma consciência geral da dignidade do homem. Citando vários direitos humanos, Wojtyła destacou que

O conjunto dos direitos do homem corresponde à substância da dignidade do ser humano, entendido integralmente, e não reduzido a uma só dimensão; tais direitos referem-se à satisfação das necessidades essenciais do homem, ao exercício das suas liberdades e às suas relações com as outras pessoas; mas eles referem-se sempre e em toda a parte ao homem, à sua plena dimensão humana.

João Paulo II, rememorando o discurso de Paulo VI naquela tribuna, 14 anos antes, declarou que “a Igreja Católica em todas as partes da terra proclama uma mensagem de paz, reza pela paz e educa para a paz”. Nesse sentido, manifestou seu desejo de, assim como o antecessor, ser um “infatigável servidor da causa da paz”. Do mesmo modo, o Papa agradeceu a Deus pela resolução da tensão que, no ano anterior (1978), ameaçava a Argentina e o Chile. Por outro lado, o Pontífice demonstrou sua inquietude com as crises do Oriente Médio. Saudando as diligências e iniciativas para a composição dos conflitos na região, asseverou que a paz ali deveria ser alcançada com fundamento “no equitativo reconhecimento dos direitos de todos, não pode deixar de incluir a consideração e a justa solução do problema palestinese”.

O Santo Padre também revelou consternação com “o desenvolver-se dos armamentos, que ultrapassam meios e dimensões de luta e de destruição jamais conhecidos até agora”. Segundo ele, a corrida armamentista representava grave risco sobre a vida da humanidade. Nesse sentido, criticou a resistência às propostas concretas e efetivas de desarmamento, afirmando que “com a vontade de paz declarada por todos e pela maior parte desejada, coexiste, talvez escondido, talvez hipotético, mas real, o seu contrário e a sua negação”. Seu tom de desaprovação foi deveras duro:

Os contínuos preparativos para a guerra, de que é prova a produção das armas cada vez em maior número, mais potentes e mais insidiosas, em vários países, estão a testemunhar que se quer estar prestes para a guerra, e estar prestes quer dizer estar em condições de provocá-la e quer dizer também correr o risco de quer em qualquer momento; em qualquer parte e de qualquer maneira, alguém possa pôr em movimento o terrível mecanismo de destruição geral.

João Paulo II defendeu que um dos caminhos para liquidar as possibilidades de guerra e construir um futuro pacífico para o planeta consiste no combate às violações aos inalienáveis direitos do homem. Argumentou que a gênese dos conflitos está na injustiça e, por isso,

Todas as análises, necessariamente, devem partir das mesmas premissas; ou seja, que todo o ser humano possui uma dignidade que — não obstante a pessoa existir sempre num contexto social e histórico concreto — não poderá jamais ser diminuída, ferida ou destruída; mas que, pelo contrário, deve ser respeitada e protegida se se quer realmente construir a paz.

Do mesmo modo, o Pontífice ressaltou que são igualmente perigosas para a paz, por atingirem o homem em sua integridade, as ameaças aos direitos humanos tanto no âmbito dos bens materiais como no âmbito dos bens espirituais. Ressalvando, bem que se diga, o primado destes bens em relação àqueles, chamou a atenção para os riscos de conflitos decorrentes da desigualdade. Em razão disto, o Papa sustentou a eliminação ao máximo das várias formas de exploração do homem e a garantia, a este mesmo homem, mediante o trabalho, não somente de uma “justa distribuição dos bens materiais indispensáveis, mas também uma participação correspondente à sua dignidade em todo o processo de produção e na própria vida social que, em volta deste processo, se vai formando”. Nesse sentido, criticou “o abismo entre a minoria dos excessivamente ricos e a multidão dos que sofrem a miséria”, asseverando que tal disparidade somente será banida com a cooperação coordenada de todas as nações.

João Paulo II chamou a atenção, ainda, para as “diversas formas de injustiça no campo do espírito”, referindo-se às violações relativas à liberdade religiosa, de pensamento, de expressão e de consciência. Destacou a importância da igualdade de direitos e condenando a “discriminação por motivos de origem, raça, sexo, nacionalidade, confissão, convicções políticas e semelhantes”. No tocante à liberdade de religião, além de se referir à já mencionada Declaração *Dignitatis Humanae*, defendeu que tal direito deve resguardar, igualmente, as instituições que, por sua natureza, servem a vida religiosa.

Da análise do discurso ora comentado, depreende-se que o Pontífice, assim como seu antecessor, preocupou-se detidamente na pregação em favor da paz. O momento assim exigia. Apesar de, por questões econômicas, a década de 1970 ter sido marcada por uma *détente* (relaxamento nas hostilidades) entre União Soviética e Estados Unidos, em 1979 já se verificava um recrudescimento das tensões⁹. Não por outra razão, iniciou-se a Guerra entre URSS e Afeganistão em dezembro daquele ano, poucas semanas após a reunião da Assembleia Geral da ONU. Ao se referir à tensão entre Chile e Argentina, João Paulo II tratava do conflito a respeito do Canal de Beagle. A disputa pelo mencionado Canal entre tais países chegou a um ponto crítico em 1978, com graves possibilidades de beligerância na região. A Santa Sé atuou ativamente na questão, buscando um trabalho de mediação para excluir o uso da força. O Tratado entre chilenos e argentinos, finalmente assinado em 1984, é considerado um sucesso do Papa, na medida em que pacificamente pôs termo à controvérsia numa região considerada conturbada¹⁰. No tocante ao Oriente Médio, o Papa mostrou-se sensível em especial à Guerra Civil Libanesa e à questão da Palestina. João Paulo II conclamou a humanidade pela paz no Oriente Médio até o fim de sua vida, em abril de 2005 quase 30 anos após o multimencionado pronunciamento à ONU¹¹.

Destaque-se, por fim, que, assim como Paulo VI, João Paulo II ratificou moral e espiritualmente a Declaração Universal de Direitos Humanos. O significado disso é profundo, pois significa que a Igreja, na pessoa do seu líder mundial, chancela (e, portanto, compromete-se a proteger) os direitos inalienáveis de todas as pessoas do planeta.

⁹ MUNHOZ, Sidnei José; ROLLO, José Henrique. DÉTENTE E DÉTENTES NA ÉPOCA DA GUERRA FRIA (DÉCADAS DE 1960 E 1970). *Esboços - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC*, Florianópolis, v. 21, n. 32, p. 138-158, out. 2015. ISSN 2175-7976. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/2175-7976.2014v21n32p138>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

¹⁰ PORTILHO, Ana Cláudia. O ator santa sé na política internacional moderna.. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001, 3., 2011, São Paulo. *Proceedings online...* Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais - USP, Available from: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000100013&lng=en&nrm=abn. Acesso em 12 de Janeiro de 2018.

¹¹ Vejam-se exemplos em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2001/010802_arafatpapa2.shtml (2001); <https://www.correiodobrasil.com.br/papa-exorta-o-mundo-a-evitar-guerra-no-orientemedio/> (2002); <http://www.agencia.ecclesia.pt/noticias/vaticano/joao-paulo-ii-denuncia-violencia-inaceitavel-no-orientemedio/> (2004).

2.2 Segundo discurso: outubro de 1995

Dezesseis anos após sua primeira proclamação à Organização das Nações Unidas, João Paulo II compareceu novamente à tribuna da Assembleia Geral para discursar. À época, comemoravam-se os 50 anos de fundação da ONU.

O Pontífice, em primeiro lugar, chamou a atenção para o crescimento global da busca pela liberdade. Sublinhou que, em todo o planeta, homens e mulheres – ainda quando ameaçados pela violência – vêm clamando por um lugar na vida social, política e econômica compatível com sua dignidade enquanto seres humanos livres. Recordando seu discurso anterior à ONU, o Chefe da Igreja afirmou que a busca por liberdade é baseada nos direitos universais que cada pessoa desfruta em decorrência no simples fato de sua humanidade – cujo fundamento último seria, para ele, uma lei moral universal. Rememorou, ainda, que foram as violações a tais direitos que levaram à formulação da DUDH – em sua opinião, uma das maiores expressões da consciência humana.

De acordo com o Papa, a mencionada lei moral universal é a gramática necessária para o diálogo entre indivíduos e povos, bem como para substituir o século XX, marcado pela coerção violenta, por um século XXI destacado pela persuasão. Por essa razão, demonstrou preocupação com as pessoas negando que a natureza humana e, portanto, os direitos humanos são compartilhados por todos. O Pontífice, reconhecendo não haver um único modelo de organizar a política e a economia, afirmou que existe uma diferença entre pluralismo e a negação da universalidade da natureza humana.

João Paulo II, referindo-se especificamente aos movimentos ocorridos na Europa (Central e Oriental) no final da década de 1980, conclamou que a busca pela liberdade não pode ser suprimida; ela surge do reconhecimento da dignidade e do valor da pessoa humana, não podendo deixar de ser acompanhada de um compromisso em favor do ser humano. Assim, criticou o totalitarismo moderno, classificando-o como um ataque à dignidade humana que chega a negar o inalienável valor de cada vida. Do mesmo modo, Wojtyła defendeu que as revoluções europeias de 1989, não violentas, tiveram como fator decisivo a solidariedade social contra os regimes sustentados pelo poder da propaganda e do terror. Em sentido semelhante, asseverou que há uma conexão entre os movimentos por libertação e os compromissos morais inscritos na Carta das Nações Unidas, devendo a ONU ser uma luz no combate à tirania, mostrando o caminho para a liberdade, paz e solidariedade.

Ainda nesse sentido, o polonês destacou que a busca por liberdade é igualmente partilhada pelas nações. Assim, argumentou que a ONU nasceu da convicção de que as doutrinas que motivaram a Segunda Guerra Mundial – que ensinavam a inferioridade de determinadas nações e culturas – eram antitéticas à paz. Do mesmo modo, a Carta das Nações Unidas trouxe implícito um compromisso moral de defender cada povo e cultura contra injustiças e agressões violentas. Por essa razão, denunciou o fato de que, infelizmente, mesmo após o fim do referido conflito global, os direitos das nações continuaram a ser violados, em especial no contexto da Guerra Fria. O Papa defendeu uma ponderação acerca das questões sobre justiça e liberdade no mundo, em especial porque não houve um entendimento internacional, semelhante à DUDH, adequadamente endereçado aos direitos das nações. Estes seriam nada mais do que direitos humanos alçados ao nível específico da vida comunitária.

Para João Paulo II, um pressuposto dos direitos das nações é o direito de existir: ninguém (pessoa, Estado ou organização internacional) pode afirmar que uma nação é indigna de existir. Argumentou, todavia, que isso não se confunde com o direito a ser um Estado soberano, na medida em que várias formas de agregação jurídica entre diferentes nações seriam possíveis (desde que pautadas pela liberdade e pela autodeterminação dos envolvidos). Do mesmo modo, o Santo Padre argumentou que toda nação teria o direito de moldar sua vida de acordo com suas próprias tradições – excetuando-se, naturalmente, as violações aos direitos humanos básicos, em particular a opressão das minorias.

Sobre o problema das nacionalidades, ainda, referiu-se à questão da mobilidade (decorrente, entre outras coisas, da globalização e das migrações) e à explosão dos problemas acerca de consciência étnica e cultural. O Pontífice sublinhou se tratar de matéria a ser examinada sob as óticas da Antropologia, da Ética e do Direito.

Por outro lado, acentuou que as nações não têm apenas direitos, mas também deveres (para com as demais e para com a humanidade como um todo), em especial a busca por viver em um espírito de paz, respeito e solidariedade. Assim, o equilíbrio entre o exercício dos direitos e a prática dos deveres promove uma “troca de presentes” que fortalece a unidade da espécie humana.

O Papa, então, passou a refletir sobre a questão do respeito às diferenças, clamando o mundo a aprender a viver com a diversidade e lamentando os episódios ocorridos nos Bálcãs e na África Central. Destacou que o medo da diferença, ampliado por questões históricas e exacerbado pela manipulação de pessoas inescrupulosas, pode ensejar a negação da humanidade “do outro” (do diferente), o que resulta em um ciclo de violência do qual ninguém é poupado – nem mesmo as crianças. Relembrou, nesse sentido, o pesadelo de violência e terror criado, no passado, pela negação dos direitos “do outro” expressada em manifestações extremas de nacionalismo.

O Pontífice novamente defendeu a salvaguarda do direito fundamental à liberdade religiosa e de consciência, enquanto pedras angulares da estrutura dos direitos humanos e fundações de toda sociedade verdadeiramente livre. Do mesmo modo, asseverou que a liberdade é a medida da grandeza e dignidade humanas. Para o Papa, porém, ela deve ser exercida de forma responsável, pessoal e socialmente. Nesse sentido, criticou as doutrinas utilitaristas (que definem a moralidade não em termos do que é bom, mas do que é vantajoso). Para ele, o utilitarismo constantemente tem consequências políticas devastadoras: por exemplo, a subjugação de uma nação menor ou mais fraca é justificada por corresponder a um interesse nacional maior. Do mesmo modo, em uma perspectiva econômica, tal doutrina fundamenta a exploração e manipulação de países mais fracos pelos mais fortes. De acordo com o Pontífice, ambos os fenômenos ora mencionados se verificam nas relações entre o “Norte” e o “Sul”. Defendeu que os países desenvolvidos renunciem ao estrito utilitarismo e aprimorem abordagens inspiradas por mais justiça e solidariedade, no sentido de permitir que os países em desenvolvimento possam oferecer às pessoas maiores recursos, assistência e, consequentemente, mais respeito pelos direitos humanos (o que passa, segundo João Paulo II, pela substituição dos governos autoritários e corruptos pelos democráticos).

O Papa concluiu seu discurso afirmando que as pessoas devem aprender a não ter medo, redescobrimo um espírito de esperança e confiança. Aduziu que esperança e confiança não são matérias estranhas ao escopo da ONU. Para ele, a resposta ao medo consiste na cons-

trução de uma sociedade do amor, fundada nos valores universais da paz, solidariedade, justiça e liberdade. Assim, as lágrimas do século XX servirão para preparar o solo para uma nova primavera do espírito humano.

Da análise do discurso pontifício, percebe-se que João Paulo II focou suas palavras nas questões do direito (individual e nacional) à liberdade, da proteção às minorias e do combate à desigualdade opressora. Chama a atenção, evidentemente, o destaque feito pelo Papa aos movimentos de libertação na Europa no final da década de 1980. Conclui-se facilmente que se referia em especial aos eventos ocorridos na sua Polônia natal, onde se deu o primeiro passo para a derrocada do comunismo no Leste Europeu, com a vitória da oposição ao regime comunista polonês nas eleições realizadas em 1989. Não se trata de uma referência ao acaso: João Paulo II foi uma figura estratégica na resistência ao comunismo, em especial com suas frequentes viagens ao seu país de origem. Lá, apoiou o famoso sindicato Solidarność, de Lech Wałęsa, tendo também protestado contra as ameaças de invasão da Polônia pelas tropas soviéticas¹².

A questão balcânica, suscitada pelo Pontífice ao tratar do respeito às diferenças, refere-se à explosão de conflitos na região nos anos que antecederam o multimencionado discurso. Na década de 1990, a península foi marcada por tensões: o início da fragmentação da Iugoslávia, com a independência da Croácia e da Eslovênia; e a guerra da Bósnia, iniciada em 1992. Posteriormente, haveria ainda outros lamentáveis episódios nos Bálcãs, como a Guerra do Kosovo, entre 1998 e 1999, o que demonstra não terem sido ouvidas as intervenções pontifícias. O Papa também mencionou episódios ocorridos na África. Referia-se aos intermináveis e sangrentos conflitos no continente africano, do qual pode ser destacado o genocídio perpetrado em Ruanda, pelos hutus contra os tutsis, na esteira da guerra civil verificada naquele país.

Por outro lado, falou com conhecimento de causa acerca de pesadelos de violência e terror decorrentes do nacionalismo e do medo das diferenças. Apesar de não ser judeu, e, portanto, escapado do genocídio deste povo na Segunda Guerra Mundial, Wojtyła nasceu na Polônia. Os poloneses – mesmo os não semitas – foram, também, severamente perseguidos pelos nazistas (que os consideravam *untermenschen*, sub-humanos). João Paulo II, que tinha 19 anos no eclodir do conflito, experimentou de perto os dissabores do jugo alemão.

Ao tocar na questão da desigualdade social (relativa a pessoas, mas também pertinente às relações entre países), Wojtyła revelou a preocupação demonstrada, durante todo o seu pontificado, com os mais pobres e necessitados. Percebe-se, também, que mostra a sensibilidade da Igreja Católica a esse respeito, apesar das constantes e tradicionais críticas sobre sua ideologia legitimadora dos interesses dos mais ricos e poderosos.

3 BENTO XVI

Joseph Ratzinger, o Papa Bento XVI, foi o líder da Igreja Católica entre 2005 e 2013. Seu pontificado terminou não por sua morte, mas em razão de sua renúncia. Em 18 de abril

¹² AZEVEDO, Dermi. Desafios estratégicos da Igreja Católica. *Lua Nova*, n.60, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n60/a04n60.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018, p. 72.

de 2008, ele compareceu à sede da ONU, onde discursou. Comemorava-se, então, o sexagésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O Papa iniciou seu pronunciamento destacando a importância da Organização das Nações Unidas no sentido de dar vida a objetivos universais que representam uma parte fundamental do bem comum da família humana. Sublinhou, assim, os princípios fundadores da ONU, notadamente o desejo da paz, a busca da justiça, o respeito da dignidade da pessoa humana, a cooperação humanitária e a assistência; todos estes, aduziu, “expressam as justas aspirações do espírito humano e constituem os ideais que deveriam estar subjacentes às relações internacionais”.

O Pontífice argumentou ser necessária uma atuação conjunta, rápida, de boa-fé, pautada no respeito à lei e na promoção da solidariedade com as regiões mais débeis do planeta. Deu especial relevo aos “países da África e de outras partes do mundo que permanecem na margem de um autêntico progresso integral, e por isso correm o risco de experimentar apenas os efeitos negativos da globalização”. De acordo com Ratzinger, no que diz respeito às relações internacionais, as regras e estruturas ordenadas para o bem comum não limitam a liberdade humana, ao contrário, promovem-na “quando proíbem comportamentos e actos que vão contra o bem comum, obstam à sua prática efectiva e por isso comprometem a dignidade de cada pessoa humana”. Nesse sentido, asseverou que há uma correlação entre direitos e deveres e que cada pessoa deve assumir a responsabilidade das próprias ações.

O Chefe da Igreja, então, iniciou uma reflexão sobre os empregos dos resultados das descobertas científicas e tecnológicas. Mesmo reconhecendo que muitas destas geram enormes benefícios para a humanidade, argumentou que alguns aspectos de tal aplicação representam “uma clara violação da ordem da criação, até ao ponto em que não só é contrastado o carácter sagrado da vida, mas a própria pessoa humana e a família são privadas da sua identidade natural”. Do mesmo modo, pregou o uso racional da tecnologia e da ciência em função da preservação do ambiente e da proteção às várias formas de vida. Defendeu, assim, a adoção de “um método científico que seja verdadeiramente respeitador dos imperativos éticos”.

Bento XVI ressaltou o “princípio da responsabilidade de proteger”, argumentando que, apesar de se tratar de definido há pouco tempo, já se encontrava implícito nas origens das Nações Unidas. Segundo ele,

Cada Estado tem o dever primário de proteger a própria população de violações graves e contínuas dos direitos humanos, assim como das consequências das crises humanitárias, provocadas quer pela natureza quer pelo homem. Se os Estados não são capazes de garantir semelhante protecção, a comunidade internacional deve intervir com os meios jurídicos previstos pela Carta das Nações Unidas e por outros instrumentos internacionais. A acção da comunidade internacional e das suas instituições, suposto o respeito dos princípios que estão na base da ordem internacional, nunca deve ser interpretada como uma imposição indesejada e uma limitação de soberania. Ao contrário, é a indiferença ou a falta de intervenção que causam danos reais.

O discurso pontifício passou, a partir daí, a tratar da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), que, conforme já mencionado, à época completava seus 60 anos. O Papa asseverou que “os direitos humanos estão cada vez mais presentes como linguagem comum e substracto ético das relações internacionais” e que “a universalidade, a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos servem todas de garantias para a salvaguarda da dig-

nidade humana”. Nesse sentido, condenou uma perspectiva relativista, “segundo a qual o significado e a interpretação dos direitos poderiam variar e a sua universalidade seria negada em nome de contextos culturais, políticos, sociais e até religiosos diferentes”.

Ratzinger argumentou que o respeito aos direitos humanos e às garantias deles derivados são medidas que servem para analisar as relações entre justiça e injustiça, desenvolvimento e pobreza, segurança e conflito. Neste sentido, defendeu que “a promoção dos direitos humanos permanece a estratégia mais eficaz para eliminar as desigualdades entre Países e grupos sociais, assim como para um aumento da segurança”. Em sua opinião, a pessoa que sofre privações e maiores violações à sua dignidade é presa fácil do chamado à violência, podendo ela mesma se tornar violadoras da paz.

O Papa criticou as “pressões para reinterpretar os fundamentos da Declaração e de comprometer a sua unidade íntima, de modo a facilitar um afastamento da protecção da dignidade humana para satisfazer simples interesses, muitas vezes interesses particulares”. Segundo ele, a DUDH “não pode ser aplicada por partes destacadas, segundo tendências ou opções selectivas que simplesmente correm o risco de contradizer a unidade da pessoa humana e, portanto, a indivisibilidade dos direitos humanos”.

O Pontífice alertou para não se tratar dos direitos humanos como resultado exclusivo de resoluções legislativas ou de decisões de quem se encontra no poder. Fundamentou tal comentário no fato de que, “quando são apresentados simplesmente em termos de legalidade, os direitos correm o risco de se tornarem débeis proposições separadas da dimensão ética e racional, que é o seu fundamento e finalidade”. Aduziu, então, que “os direitos humanos devem ser respeitados como expressão de justiça e não simplesmente porque podem ser feitos respeitar mediante a vontade dos legisladores”.

Bento XVI destacou que, “enquanto a história procede, surgem novas situações e tenta-se relacioná-las com novos direitos”. Para ele, por essa razão, o discernimento (enquanto capacidade de distinguir o bem e o mal) é uma virtude indispensável para enfrentar o tema dos direitos, na medida em que demonstra as possíveis consequências negativas de se confiar exclusivamente aos Estados, individualmente, a responsabilidade última de atender às aspirações das pessoas, comunidades e povos inteiros. Sustentou, ainda, que “o reconhecimento do valor transcendente de cada homem e mulher favorece a conversão do coração, que leva depois a um compromisso de resistir à violência, ao terrorismo e à guerra e de promover a justiça e a paz”.

Acerca do diálogo inter-religioso, o Chefe da Igreja Católica considerou-o como “meio mediante o qual as várias componentes da sociedade podem articular o próprio ponto de vista e construir o consenso em volta da verdade relativa aos valores e objectivos particulares”. Isso porque compete às religiões “propor uma visão da fé não em termos de intolerância, de discriminação e de conflito, mas em termos de respeito total da verdade, da coexistência, dos direitos e da reconciliação”. Bento XVI defendeu a liberdade religiosa, que, em sua concepção, deve ser compreendida “como expressão de uma dimensão que é ao mesmo tempo individual e comunitária, uma visão que manifesta a unidade da pessoa, mesmo distinguindo claramente entre a dimensão de cidadão e a de crente”. Em tal direito, incluem-se diversas suas dimensões, em especial as liberdades de ritual, de culto, de educação, de difusão de informações, de professar e de escolher uma religião. Asseverou, assim, ser “inconcebível que crentes devam suprimir uma parte de si mesmos a sua fé para serem cidadãos activos; nunca deveria ser necessário renegar Deus para poder gozar dos próprios direitos”. Destacando os possíveis

conflitos com as ideologias seculares prevaletentes ou com as posições de uma maioria religiosa dominante, e criticando a “recusa de reconhecer a contribuição à sociedade que está radicada na dimensão religiosa”, o Pontífice concluiu que “não se pode limitar a plena garantia da liberdade religiosa à prática livre de culto; ao contrário, deve ser tida em justa consideração a dimensão pública da religião e portanto a possibilidade dos crentes desempenharem a sua parte na construção da ordem social”.

O Papa encerrou sua intervenção lembrando o papel da Santa Sé nas assembleias das Nações e defendendo que os direitos humanos

estão baseados e modelados sobre a natureza transcendente da pessoa, que permite a homens e mulheres percorrerem o seu caminho de fé e a sua busca de Deus neste mundo. O reconhecimento desta dimensão deve ser fortalecido se quisermos apoiar a esperança da humanidade num mundo melhor, e se quisermos criar as condições para a paz, o desenvolvimento, a cooperação e a garantia dos direitos das gerações futuras.

Percebe-se, também, que Bento XVI demonstrou preocupação com a preservação do ambiente. Na ONU, ele não poderia ter deixado de abordar um tema que foi pauta de todo o seu papado¹³ e que lhe continuou sendo caro, mesmo após a sua abdicação. Foi, por exemplo, um grande defensor da tecnologia verde, tendo inclusive adquirido o primeiro Papamóvel híbrido¹⁴. Nos anos em que exerceu o pontificado, Ratzinger tratou diversas vezes sobre a ecologia, tendo notadamente abordado o tema de forma aprofundada em sua última Carta Encíclica, *Caritas in Veritate*, de 2009. Nesta, entre outras afirmações, sustentou que “a natureza é expressão de um desígnio de amor e de verdade”; ela “precede-nos, tendo-nos sido dada por Deus como ambiente de vida”. Asseverou ainda que “os deveres que temos para com o ambiente estão ligados com os deveres que temos para com a pessoa considerada em si mesma e em relação com os outros”¹⁵.

O “princípio da responsabilidade de proteger”, mencionado pelo Pontífice, surgiu devido a questões acerca da legalidade e legitimidade das intervenções humanitárias. A referida doutrina, trabalhada no âmbito das Nações Unidas desde o início dos anos 2000, “propõe alterações doutrinárias, práticas e étnicas no tratamento das intervenções humanitárias pelo Direito Internacional, trazendo uma abordagem mais holística com a proposta de responsabilidades de reagir, prevenir e reconstruir” (JUBILUT, 2008). A primeira alteração se deu na concepção de soberania: de direito absoluto para limitado pela responsabilidade. Ademais, o direito de ingerência converteu-se na chamada “responsabilidade de proteger” – o que foca

13 A título de exemplo, vejam-se as seguintes reportagens, respectivamente de 2008, 2009 e 2011: <https://oglobo.globo.com/mundo/no-dia-mundial-da-paz-papa-bento-xvi-fala-sobre-conflitos-meio-ambiente-3854252>; <https://noticias.cancaonova.com/mundo/papa-bento-xvi-fala-sobre-importancia-de-cuidar-do-meio-ambiente/>; e <https://noticias.terra.com.br/bento-xvi-reafirma-importancia-do-meio-ambiente-aos-brasileiros,0a583af1594fa310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>.

14 Papamóvel é o automóvel no qual o Sumo Pontífice costuma fazer suas aparições públicas. A respeito do primeiro modelo híbrido, podem ser adquiridas maiores informações em: <https://exame.abril.com.br/mundo/bento-xvi-vai-ganhar-um-papamovel-hibrido/>.

15 PAPA BENTO XVI. *Carta Encíclica Caritas in veritate sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade*. 2009. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

mais nos interesses dos beneficiários, destaca também as ações preventivas e não contraria a regra geral da ONU de não-intervenção.

Percebe-se também que o Papa criticou uma visão juspositivista dos direitos humanos. Negou que estes devem ser protegidos exclusivamente em razão de terem sido reconhecidos e positivados pelo aparato jurídico-legislativo de um Estado, mas verdadeiramente porque são fundamentados na dignidade de cada ser humano.

O Chefe da Igreja, ao defender a liberdade religiosa, seguiu o mesmo caminho trilhado por Paulo VI (em 1965) e João Paulo II (em 1979 e 1995) quando discursaram à Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas. Como proferidas pelo líder de uma das grandes religiões monoteístas do mundo, tais palavras têm duas dimensões: por um lado, são proferidas em socorro dos cristãos que sofrem perseguições; por outra perspectiva, servem como alerta para que a família cristã não seja sujeito ativo de tais opressões. Ao defender a dimensão pública da liberdade religiosa, Bento XVI criticou a exclusão dos segmentos religiosos do diálogo para elaboração das pautas e políticas desenvolvidas no plano interno dos Estados (em suas palavras, na construção da ordem social). Depreende-se, assim, que intercedeu para que “Estado laico” não se confunda com Estado no qual as religiões não têm voz. Trata-se de escopo interessante no conteúdo de tal direito.

4 FRANCISCO

Francisco, nascido Jorge Mario Bergoglio, é Papa desde 2013, eleito após a renúncia de Bento XVI. Esteve presente à sede da Organização das Nações Unidas em 25 de setembro de 2015, época em que se celebrava o septuagésimo aniversário da ONU.

Após suas saudações às autoridades e aos cidadãos de todo o mundo ali representados, o Papa lembrou seus antecessores que por ali passaram para reforçar o apreço pela Organização das Nações Unidas e a importância e esperança conferidas pela Igreja a tal instituição. Ao lembrar dos sucessos conquistados nos 70 anos da ONU, o Pontífice destacou, entre outros, “a construção da normativa internacional dos direitos humanos, o aperfeiçoamento do direito humanitário, a solução de muitos conflitos e operações de paz e reconciliação”. Para ele, “cada um destes avanços políticos, jurídicos e técnicos representa um percurso de concretização do ideal da fraternidade humana e um meio para a sua maior realização”.

Francisco sustentou que se faz necessário “conceder a todos os países, sem exceção, uma participação e uma incidência reais e equitativas nas decisões”, em especial nos órgãos com capacidade executiva real como os organismos financeiros e os mecanismos de enfrentamento das crises econômicas. Dessa forma, limita-se “qualquer espécie de abuso ou usura especialmente sobre países em vias de desenvolvimento”. Afirmou ainda que

Os Organismos Financeiros Internacionais devem velar pelo desenvolvimento sustentável dos países, evitando uma sujeição sufocante desses países a sistemas de crédito que, longe de promover o progresso, submetem as populações a mecanismos de maior pobreza, exclusão e dependência.

O Papa centrou o seu discurso na defesa de dois pontos: a proteção do meio ambiente e o combate à exclusão social. Criticou, assim, especialmente o mau exercício do poder, na medida em que as relações políticas e econômicas preponderantes transformam os referidos temas em partes frágeis da realidade.

Inicialmente, Francisco afirmou a existência de um “direito ao ambiente”, fundamentado em duas razões. A um, porque o homem é uma porção do ambiente, vivendo em comunhão com ele. Existem, portanto, limites éticos que devem ser reconhecidos e respeitados, porquanto “qualquer dano ao meio ambiente é um dano à humanidade”. A dois, pois “cada uma das criaturas, especialmente seres vivos, possui em si mesma um valor de existência, de vida, de beleza e de interdependência com outras criaturas”.

Por outro lado, o Chefe da Igreja revelou a associação entre o abuso e a destruição do meio ambiente e um processo ininterrupto de exclusão social das pessoas mais fracas e menos hábeis. A referida exclusão decorre de “uma ambição egoísta e ilimitada de poder e bem-estar material”, consistindo em “uma negação total da fraternidade humana e um atentado gravíssimo aos direitos humanos e ao ambiente”. Nesse contexto, quem mais sofre são os pobres, em razão de um motivo triplo:

são descartados pela sociedade, ao mesmo tempo são obrigados a viver de desperdícios, e devem injustamente sofrer as consequências do abuso do ambiente. Estes fenómenos constituem, hoje, a “cultura do descarte” tão difundida e inconscientemente consolidada.

O Pontífice clamou pela adoção de soluções urgentes e eficazes, fazendo referência específica à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e à Conferência de Paris sobre as alterações climáticas. Em contrapartida, asseverou que “não são suficientes os compromissos solenemente assumidos, embora constituam certamente um passo necessário para a solução dos problemas”. Ressalvando que os problemas extrapolam os mencionados, pregou uma luta realmente eficaz na luta contra os flagelos da humanidade.

O mundo pede vivamente a todos os governantes uma vontade efectiva, prática, constante, feita de passos concretos e medidas imediatas, para preservar e melhorar o ambiente natural e superar o mais rapidamente possível o fenómeno da exclusão social e económica, com suas tristes consequências de tráfico de seres humanos, tráfico de órgãos e tecidos humanos, exploração sexual de meninos e meninas, trabalho escravo, incluindo a prostituição, tráfico de drogas e de armas, terrorismo e criminalidade internacional organizada.

Francisco argumentou que a eficácia das ações políticas e econômicas depende de se ter “sempre presente que, antes e para além de planos e programas, existem mulheres e homens concretos, iguais aos governantes, que vivem, lutam e sofrem e que muitas vezes se vêem obrigados a viver miseravelmente, privados de qualquer direito”. É preciso permitir a tais pessoas que sejam atores dignos dos seus próprios destinos – o que supõe e exige notadamente o direito à educação, inclusive para as mulheres.

O Pontífice asseverou que os governantes devem assegurar a todos uma base mínima material e espiritual, que permita tornar efetiva a dignidade humana e possibilite a formação

e manutenção das famílias. A referida base mínima material seria, para ele, constituída por casa, trabalho e terra. De outra parte, a espiritual consistiria na “liberdade de espírito, que inclui a liberdade religiosa, o direito à educação e todos os outros direitos civis”. Em resumo,

(...) estes pilares do desenvolvimento humano integral têm um fundamento comum, que é o direito à vida, e, em sentido ainda mais amplo, aquilo a que poderemos chamar o direito à existência da própria natureza humana.

Relembrando diversos argumentos de seu antecessor, Bento XVI, Francisco sustentou que “a defesa do ambiente e a luta contra a exclusão exigem o reconhecimento duma lei moral inscrita na própria natureza humana”. Defendeu, assim, o reconhecimento de limites éticos naturais inultrapassáveis. Suscitando as palavras de Paulo VI na própria ONU, Bergoglio apelou à consciência moral do homem para que a genialidade humana – expressa no progresso e na ciência – seja bem aplicada, no sentido de ajudar a resolver, entre outras coisas, os graves desafios acima mencionados.

O Papa passou, então, a criticar a guerra, que, em sua opinião, “é a negação de todos os direitos e uma agressão dramática ao meio ambiente”. Por essa razão, a busca por um desenvolvimento humano integral autêntico para todos demanda o esforço para evitar a guerra entre as nações e os povos. Assim, faz-se necessário garantir o domínio do direito e o recurso às negociações, à mediação e à arbitragem. Lembrou, ainda, da importância da Carta das Nações Unidas enquanto norma jurídica fundamental cuja observância enseja resultados de paz. Para Francisco, a paz, a solução pacífica das controvérsias e o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações – indicados como basilares pela Carta das Nações Unidas – sofrem forte contraste e negação com a tendência à proliferação das armas, especialmente as nucleares e as de destruição em massa. Nesse sentido, ele promoveu o Tratado de Não-Proliferação como forma de se afastar de um direito baseado sobre a ameaça da destruição recíproca. Celebrou, assim, acordo então recém-celebrado no Oriente Médio sobre a questão nuclear, enquanto “prova das possibilidades da boa vontade política e do direito, cultivados com sinceridade, paciência e constância”. No entanto, o Pontífice lamentou a dolorosa situação do Oriente Médio, do Norte da África e de outros países deste continente,

onde os cristãos, juntamente com outros grupos culturais ou étnicos e também com aquela parte dos membros da religião majoritária que não quer deixar-se envolver pelo ódio e a loucura, foram obrigados a ser testemunhas da destruição dos seus lugares de culto, do seu património cultural e religioso, das suas casas e haveres, e foram postos perante a alternativa de escapar ou pagar a adesão ao bem e à paz com a sua própria vida ou com a escravidão.

Conclamou, assim, a comunidade internacional a fazer todo o possível para impedir e prevenir futuras violências sistemáticas contra minorias étnicas e religiosas e populações inócentes.

Do mesmo modo, o Papa condenou o narcotráfico. Segundo ele, trata-se de uma conflitualidade nem sempre explícita, mas que silenciosamente mata milhões e pessoas e vem acompanhada do tráfico de pessoas e armas, lavagem de dinheiro, exploração infantil entre

outras. Denunciou, também, a existência de estruturas paralelas, decorrentes do tráfico e da corrupção, que põe em perigo a credibilidade das instituições.

Francisco concluiu sua intervenção defendendo que a fraternidade universal e o respeito à sacralidade da vida humana devem ser a base sobre a qual se ergue a “casa comum de todos os homens”. Criticou, portanto, a consistente e contínua fragmentação social experimentada pelo mundo contemporâneo, aparentemente interligado.

Da análise do discurso pontifício, algumas observações podem ser feitas. Em primeiro lugar, depreende-se rapidamente que houve dois focos (distintos, porém interligados) principais no pronunciamento de Francisco: a proteção ambiental e o combate à exclusão social. Trata-se de temas já explorados por seu antecessor imediato, mas agora ainda mais aprofundados.

Conforme exposto, o Papa sustentou a existência de um “direito ao ambiente”, na medida em que o homem é uma porção do ambiente – portanto uma lesão a este significa um dano àquele – e porque cada ser vivo possui em si mesmo um valor de existência, de vida, de beleza e de interdependência com outras criaturas. Bergoglio já havia demonstrado enfaticamente sua preocupação com o equilíbrio ecológico. Em abril de 2015, poucos meses antes da visita à Organização das Nações Unidas, o Chefe da Igreja publicou sua Carta Encíclica *Laudato Si'*, sobre o “cuidado da casa comum”.

Antes de maiores comentários, permita-se uma pequena digressão. *Laudato Si'*, que pode ser traduzido para “louvado sejas”, vem de um cântico de São Francisco de Assis, no qual se expressava que a natureza – a casa comum da humanidade – pode ser comparada a uma irmã (com quem se partilha a existência) ou a uma mãe (que tem braços acolhedores). O referido santo demonstrou em sua vida grande sensibilidade com a pobreza e o desejo de integrar homem e natureza¹⁶. Por essas razões, é possível ter uma ideia bastante concreta sobre os motivos que levaram o atual Pontífice a escolher o seu nome. Na referida Encíclica, Francisco evidenciou o mal provocado por conta do uso irresponsável e do abuso dos bens naturais, cujas consequências são mais sentidas pelos mais pobres, abandonados e maltratados. Demonstrou ao mundo a necessidade urgente de cuidar da causa comum e de buscar um desenvolvimento sustentável e integral. Denunciou o que está a acontecer com o ambiente: poluição, mudanças climáticas, esgotamento de recursos naturais como a água, a perda da biodiversidade, a deterioração da qualidade de vida humana e degradação social, desigualdade planetária. Denotou especialmente sua preocupação com a fraqueza da reação política internacional – esta, muitas vezes, influenciada por interesses particulares e sujeita a manipulação pelos agentes econômicos. Por outro lado, reconheceu que a crise ecológica tem raiz humana, sendo notadamente fruto do paradigma tecnocrático dominante. Propôs, enfim, uma reflexão a respeito de uma “ecologia integral”, que incluía claramente as dimensões humanas e sociais.

A ecologia integral de Francisco contempla diversas dimensões: ambiental, econômica e social (que considera as interações dos sistemas naturais com os sociais); cultural (cuidado com as riquezas históricas, culturais e arquitetônicas); quotidiana (relativa a poluição, acústica e outros fatores que influenciam na qualidade de vida).

¹⁶ FRUGONI, Chiara. *A vida de um homem: Francisco de Assis*. Tradução: Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

Do mesmo modo, apela para uma ideia de justiça intergeracional, no sentido de preocupação e solidariedade para com aqueles que ainda hão de vir. Tudo isso exposto, percebe-se que, à ONU, o Papa mais uma vez sustentou que há uma única e complexa crise socioambiental, que não se confunde com duas crises separadas, uma social e outra ambiental. Exatamente por isso, a solução demanda uma abordagem integral que cuide da natureza e ao mesmo tempo promova o combate à exclusão.

Ademais, assim como seus antecessores, Bergoglio aproveitou o discurso à Assembleia Geral para pregar a favor da paz e do desarmamento e contra a guerra. Ele se preocupou especificamente em promover o Tratado de Não-Proliferação de Armas Nucleares. Não poderia ser diferente: “o caminho do desarmamento nuclear é lento e cheio de percalços, sendo notória a relutância das potências nucleares de assumirem compromisso claro e inequívoco de natureza multilateral quanto à eliminação de seus arsenais”¹⁷. Essa situação lembra muito o que João Paulo II denunciara em primeira sua intervenção à ONU, quando criticou a resistência às propostas concretas e efetivas de desarmamento, afirmando que “com a vontade de paz declarada por todos e pela maior parte desejada, coexiste, talvez escondido, talvez hipotético, mas real, o seu contrário e a sua negação”¹⁸.

A respeito do Oriente Médio, Francisco abordou duas questões. Em primeiro lugar, saudou o pacto que limita o programa nuclear iraniano, uma esperança de paz para a região. Entretanto, lastimou o fato de a população da região, assim como de partes do continente africano, estar sendo afetada pelas ações do Estado Islâmico, entidade violadora dos direitos humanos no plano físico, cultural, histórico...

Finalmente, testemunha-se no pronunciamento papal o combate de Francisco ao narcotráfico. Nos últimos anos, o Chefe da Igreja vem pregando contra o tráfico de drogas, em especial nas oportunidades que teve de visitar a América Latina (quando foi, por exemplo, ao México e à Colômbia, países em que os reflexos dos cartéis de drogas são cruelmente experimentados pela população, em especial a mais pobre).

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise dos pronunciamentos de Paulo VI, João Paulo II, Bento XVI e Francisco à Assembleia da Organização das Nações Unidas, conclui-se que os referidos Pontífices não podem ser acusados de silenciar quanto às grandes questões que ameaçavam a humanidade nas respectivas oportunidades. Pelo contrário, todos pautaram seus discursos na efetiva defesa dos direitos humanos.

Paulo VI demonstrou ser um ferrenho defensor da paz, condenando abertamente a corrida armamentista e os conflitos bélicos que assolavam o mundo à época (em especial a

¹⁷ LAFER, Celso. *As novas dimensões do desarmamento: os regimes de controle das armas de destruição em massa e as perspectivas para a eliminação das armas nucleares*. 1998. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/laferdesarmamento.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2018.

¹⁸ PAPA JOÃO PAULO II. *Discurso do Papa João Paulo II na Assembleia Geral das Nações Unidas*. Nova Iorque, 02 de outubro de 1979. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-onu.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

Guerra Fria e a recém-iniciada Guerra do Vietnã). Também já defendia, desde meados da década de 1960, a necessidade de os países mais desenvolvidos auxiliarem os menos desenvolvidos no combate à pobreza, à fome, ao analfabetismo e às severas desigualdades sociais. Do mesmo modo, na sua posição de Chefe de uma das maiores religiões monoteístas do planeta, intercedeu a favor do direito à liberdade religiosa, reconhecido oficialmente pela Igreja, poucas semanas depois, na Declaração *Dignitatis Humanae*, do Concílio Vaticano II. Ressalte-se, todavia, a campanha de Paulo VI contra as técnicas de controle da natalidade (referidas no pronunciamento à ONU e aprofundadas em sua posterior Carta Encíclica *Humanae Vitae*, da qual se distanciou a caminhada histórica dos direitos humanos.

João Paulo II, por sua vez, em duas oportunidades demonstrou à ONU o seu papel de defensor dos direitos humanos. Em 1979, sublinhou a importância das Nações Unidas, de sua Carta e da DUDH na construção e na proteção da dignidade humana. Conclamou o mundo – em especial o Oriente Médio – à paz, em especial a partir do desarmamento. Igualmente destacou a importância da liberdade religiosa, bem como da proteção aos explorados e excluídos, pregando o combate ao abismo entre os mais ricos e os mais pobres. Em 1995, João Paulo II focou nas questões de liberdade e tolerância. Sustentou a necessidade de haver pessoas e nações livres. Ademais, advogou pelo respeito ao outro e às diferenças, em busca da construção de uma sociedade pautada por paz, respeito e solidariedade.

Deve ser destacado, por fim, que os três discursos proferidos na segunda metade do século XX focaram especialmente em três questões, que, portanto, podem ser reconhecidas como a pauta internacional da Santa Sé na época: a paz, a liberdade religiosa e o combate às desigualdades sociais.

Por outro lado, a exposição dos pronunciamentos de Bento XVI e de Francisco à Organização das Nações Unidas faz concluir que, no início do século XXI, a Igreja Católica vem adotando como pauta principal de sua política externa – além da promoção da paz e do combate ao desarmamento e à pobreza, igualmente verificados nas posturas de Paulo VI e João Paulo II quando compareceram à ONU – a proteção ambiental. Ambos os discursos pontifícios – cujas palavras são corroboradas pela postura dos mencionados Papas em diversas outras oportunidades – chamam atenção para a questão ecológica e para a defesa da “casa comum”. Tanto Ratzinger quanto Bergoglio se referiram aos métodos científicos ora vigentes, apelando à consciência moral no exercício da ciência. Francisco, em outras ocasiões, denunciou uma “tecnocracia” vazia, que não leva em consideração os reflexos do progresso para as relações socioambientais. Trata-se, inegavelmente, de um tópico de direitos humanos¹⁹, inclusive porque ambos fundamentaram suas preocupações no fato de que, entre outros motivos, as lesões ao ambiente ensejam graves reflexos para a humanidade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Dermi. Desafios estratégicos da Igreja Católica. *Lua Nova*, n.60, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/%0D/ln/n60/a04n60.pdf>. Acesso em: 14 de janeiro de 2018.

¹⁹ SANTOS, Maureen; TRENTIN, Melisandra. *Direito Humano ao Meio Ambiente*. 2013. Disponível em: <http://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>. Acesso em 31 de julho de 2017.

CORNWELL, John. O Papa de Hitler – a história secreta de Pio XII. Tradução de A.B. Pinheiro de Lemos. Rio de Janeiro: Imago Ed., 2000.

EISNER, Peter. A última cruzada do Papa: como um jesuíta norte-americano auxiliou a campanha de Pio XI para travar Hitler. Tradução de Pedro Saraiva. Lisboa: Gradiva, 2016.

FRUGONI, Chiara. A vida de um homem: Francisco de Assis. Tradução: Federico Carotti. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

GUARNIERI, Tathiana Haddad. Os direitos das mulheres no contexto internacional – da criação da ONU (1945) à Conferência de Beijing (1995). Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery, 2010. Disponível em: <http://re.granbery.edu.br/artigos/MzUx.pdf>. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. A responsabilidade de proteger é uma mudança real para as intervenções humanitárias? 2008. Disponível em: <http://centrodireitointernacional.com.br/static/revistaeletronica/artigos/Liliana%20Jubilut%20DIH.pdf>. Acesso em 14 de janeiro de 2018.

KERTZER, David I. O papa e Mussolini: a conexão secreta entre Pio XI e a ascensão do fascismo na Europa. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

LAFER, Celso. As novas dimensões do desarmamento: os regimes de controle das armas de destruição em massa e as perspectivas para a eliminação das armas nucleares. 1998. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/laferdesarmamento.pdf>. Acesso em 18 de janeiro de 2018.

MACHADO, Diego Pereira. Sujeitos de direito internacional: Santa Sé e Vaticano. 2013. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/sujeitos-do-direito-internacional-santa-s%C3%A9-e-vaticano>. Acesso em 09 de agosto de 2017.

MARQUES, Miguel Ângelo. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano à Luz do Direito Internacional. 2017. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/download/32778/22630>. Acesso em 31 de julho de 2017.

MUNHOZ, Sidnei José; ROLLO, José Henrique. DÉTENTE E DÉTENTES NA ÉPOCA DA GUERRA FRIA (DÉCADAS DE 1960 E 1970). Esboços - Revista do Programa de Pós-Graduação em História da UFSC, Florianópolis, v. 21, n. 32, p. 138-158, out. 2015. ISSN 2175-7976. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/esbocos/article/view/2175-7976.2014v21n32p138>. Acesso em: 12 de janeiro de 2018.

PAPA BENTO XVI. Carta Encíclica Caritas in veritate sobre o desenvolvimento humano integral na caridade e na verdade. 2009. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

_____. Discurso do Papa Bento XVI. Encontro com os Membros da Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 18 de abril de 2008. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/speeches/2008/april/documents/hf_ben-xvi_spe_20080418_un-visit.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

PAPA FRANCISCO. Carta Encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da Casa Comum. 2015. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html#229. Acesso em 18 de janeiro de 2018.

_____. Discurso do Santo Padre. Visita à Organização das Nações Unidas. Nova Iorque, 25 de setembro de 2015. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/speeches/2015/september/documents/papa-francesco_20150925_onu-visita.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

PAPA JOÃO PAULO II. Address of His Holiness John Paul II. The fiftieth General Assembly of the United Nations Organization. New York, 05 October 1995. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/en/speeches/1995/october/documents/hf_jp-ii_spe_05101995_address-to-uno.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

_____. Discurso do Papa João Paulo II na Assembleia Geral das Nações Unidas. Nova Iorque, 02 de outubro de 1979. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/speeches/1979/october/documents/hf_jp-ii_spe_19791002_general-assembly-ONU.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

PAPA PAULO VI. Carta Encíclica Humanae Vitae de Sua Santidade Papa Paulo VI sobre a regulação da natalidade. Roma, 1968. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

_____. Discurso do Papa Paulo VI na sede da ONU. Nova Iorque, 4 de outubro de 1965. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/speeches/1965/documents/hf_p-vi_spe_19651004_united-nations.html. Acesso em 31 de julho de 2017.

PAPA PIO XI. Carta Encíclica Mit Brennender Sorge. Cidade do Vaticano, 1937. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html. Acesso em 09 de agosto de 2017.

PORTILHO, Ana Cláudia. O ator santa sé na política internacional moderna. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001, 3., 2011, São Paulo. Proceedings online... Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais - USP, Available from: http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_art-text&pid=MSC000000122011000100013&lng=en&nrm=abn. Acesso em 12 de Janeiro de 2018.

SANTOS, Maureen; TRENTIN, Melisandra. Direito Humano ao Meio Ambiente. 2013. Disponível em: <http://www.ritimo.org/Direito-Humano-ao-Meio-Ambiente>. Acesso em 31 de julho de 2017.

SOUZA, Ney de. Contexto e desenvolvimento histórico do Concílio Vaticano II. In: BOMBONATTO, V.; GONÇALVES, P.L. Concílio Vaticano II: análise e perspectivas. São Paulo: Paulinas, 2004. Disponível em: http://ciberteologia.paulinas.org.br/ciberteologia/wp-content/uploads/2009/05/contexto_desenvolvimento.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

SOUZA, Salmo Caetano de. A Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano: distinção e complementaridade. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. v.100, 2005. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67675>. Acesso em 31 de julho de 2017.



SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO: SOBRE A POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS PELO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS

LEGAL CERTAINTY IN THE ADMINISTRATIVE TAX PROCESS: ABOUT THE POSSIBILITY OF JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DECISIONS ISSUED BY ADMINISTRATIVE COUNCIL OF TAX APPEALS

LUIZ FELIPE MONTEIRO SEIXAS* | LARISSA FERNANDES DE OLIVEIRA**

RESUMO

Partindo da discussão em torno do princípio da segurança jurídica, este trabalho propõe-se a tecer considerações sobre o processo administrativo tributário federal e a possibilidade de revisão judicial de decisões proferidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Para tanto, serão feitas considerações gerais sobre o processo administrativo fiscal, analisando a conjuntura do CARF antes e depois da Operação Zelotes. Em seguida, analisa-se a aplicação da segurança jurídica no processo administrativo tributário como uma garantia do contribuinte. Ao final, discute-se a possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas, sejam elas favoráveis ao contribuinte ou ao Fisco, propondo-se critérios que justifiquem o ajuizamento de ação anulatória pela Fisco, nos casos de decisões que lhes forem desfavoráveis. Quanto à metodologia, foi utilizado método dedutivo e a pesquisa teórica (bibliográfica, documental e legislativa). Conclui-se que a possibilidade de questionamento judicial das decisões do CARF de forma ampla e irrestrita provoca insegurança no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é possível estabelecer critérios específicos que autorizem à Fazenda Pública requerer a revisão judicial das decisões administrativas que lhe forem desfavoráveis, preservando-se a segurança jurídica necessária para o regular funcionamento do processo administrativo tributário.

Palavras-chave: CARF; processo administrativo tributário; segurança jurídica; revisão judicial.

ABSTRACT

Starting from the discussion around the principle of legal certainty, this work proposes to make considerations about the federal administrative tax process and the possibility of judicial review of decisions issued by the Administrative Council of Tax Appeals (CARF). To this end, general considerations will be made about the fiscal administrative process, analyzing the CARF scenario before and after the Zelotes Operation. Next, will be analyzed the application of legal certainty in the administrative tax process as a guarantee of the taxpayer. In the end, it is discussed the possibility of judicial review of administrative decisions, whether favorable to the taxpayer or the Treasury, proposing criteria that justify the filing of an annulment action by the Tax Authorities, in cases of unfavorable decisions. As for the methodology, was used the deductive method and the theoretical research (bibliographical, documentary and legislative). It is concluded that the possibility of judicial questioning of CARF decisions in a broad and unrestricted way causes insecurity in the Brazilian legal system. However, it is possible to establish specific criteria that authorize the Public Treasury to request judicial review of administrative decisions that are unfavorable to it, preserving the necessary legal certainty for the regular functioning of the tax administrative process.

Keywords: CARF; administrative tax process; legal certainty; judicial review.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Líder do Grupo de Pesquisa “Direito, Economia e Mercados” (DIREM/UFERSA). Consultor Jurídico.

luiz.seixas@ufersa.edu.br

** Pós-Graduada em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela UFERSA. Membro do DIREM/UFERSA. Advogada.

larissafernandesfj@hotmail.com

Recebido em 2-4-2020 | Aprovado em 25-6-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL; 1.1 Principais Características do CARF; 1.2 Conjuntura do CARF após a operação Zelotes; 2 SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO; 3 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA; 3.1 Revisão das decisões administrativas desfavoráveis ao contribuinte; 3.2 Revisão judicial das decisões administrativas desfavoráveis ao FISCO; 3.3 Propondo critérios para a revisão judicial das decisões administrativas em matéria tributária; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O princípio da segurança jurídica para o Direito se reflete em uma proteção e resguardo das garantias legais. Na seara tributária, com maior intensidade, tal princípio se consubstancia no respeito aos direitos e deveres do contribuinte e do Fisco.

Sob tal perspectiva, o processo administrativo tributário (ou fiscal) corresponde a um procedimento que viabiliza a aplicação do princípio da segurança jurídica, podendo ser entendido como um meio menos custoso e (em tese) mais célere que permite discutir a legitimidade ou não de um crédito tributário lançado (seja ele composto apenas por um tributo ou também pela multa tributária).

O atual cenário político-institucional brasileiro, principalmente após a deflagração da Operação Zelotes, denota um ambiente de desconfiança das instituições públicas, em especial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão integrante do Ministério da Economia (anterior Ministério da Fazenda), responsável por julgar, em segunda instância, litígios envolvendo o Fisco federal e os contribuintes.

No direito brasileiro, as decisões proferidas pelo contencioso administrativo federal são passíveis de revisão judicial, se desfavoráveis ao contribuinte, em razão da aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988. No entanto, em razão dos casos de corrupção e de descrédito do CARF, tem surgido questionamentos e hipóteses de revisão judicial de decisões administrativas, ainda que favoráveis ao contribuinte. Nesse sentido, este trabalho propõe examinar a garantia da segurança jurídica em decisões proferidas pelo CARF, sobretudo àquelas favoráveis ao contribuinte e, conseqüentemente, desfavoráveis ao Fisco, bem como propor critérios para a revisão judicial das decisões administrativas em matéria tributária, critérios estes em conformidade com a segurança jurídica

Dessa maneira, inicialmente serão realizados breves apontamentos sobre o processo administrativo tributário federal, observando a conjuntura do CARF antes e depois da Operação Zelotes. Em seguida, será feita uma análise do princípio da segurança jurídica no processo administrativo tributário enquanto garantia do contribuinte, diagnosticando falhas geradoras de insegurança, mais especificamente no que compreende a ausência de parâmetros para a revisão judicial de decisões administrativas desfavoráveis ao Fisco. Por fim, serão examinadas possibilidades de revisão judicial de decisões administrativas em matéria tributária, pro-

pondo-se critérios que legitimem o ajuizamento de ação anulatória pelo Fisco como instrumento de revisão de decisões administrativas, em conformidade com a segurança jurídica necessária para o devido processo legal.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL

O processo administrativo tributário, assim como as demais espécies de processo brasileiras (civil, penal, trabalhista etc.), obedece a diferentes princípios constitucionais, dentre eles a segurança jurídica. O escopo do processo administrativo tributário é pôr fim a um conflito existente entre o contribuinte e o Fisco em razão de possível divergência existente, no que diz respeito à aplicação ou à interpretação da norma jurídico-tributária¹.

As discussões administrativas em matéria tributária não podem ser tratadas como mera correção de lançamento ou de erros materiais, devendo ser encaradas como algo muito mais amplo e que está ligado aos princípios constitucionais, dentre eles a legalidade, moralidade e segurança jurídica. Cabe registrar que, no âmbito tributário, o contribuinte pode-se insurgir contra a obrigação tributária imposta pelo Fisco através de duas vias: judicial e administrativa.

Isto posto, o processo administrativo tributário pode ser entendido como um conjunto de atos, executados pela Fazenda Pública, com a finalidade de esclarecer qual é a obrigação tributária e com o intuito de formar um título que posteriormente, em caso de inadimplemento, possa ser inscrito em dívida ativa e assim permitir a execução fiscal.

Considerando o âmbito federal, o processo administrativo tributário é regulado, dentre outros instrumentos normativos, pelo Decreto nº 70.235/1972, que atribui competência para julgamento de litígios tributários, em grau recursal, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. O CARF é um órgão fundamental para a garantia da justiça tributária, e com o passar do tempo, sofreu diversas modificações em seu regimento interno devido às inúmeras críticas, principalmente após a deflagração da Operação Zelotes. É o que veremos a seguir.

1.1 Principais características do CARF

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é um órgão colegiado paritário, integrado ao atual Ministério da Economia, competente para julgar, em segunda instância, tributos cobrados pela Receita Federal do Brasil e cuja competência está prevista no art. 25, inciso II, do Decreto nº 70.235/1972. Ademais, tal órgão foi criado pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009 e instalado pelo então Ministério da Fazenda em fevereiro de 2009, mediante a Portaria nº 41, de 2009².

¹ SANTOS, Marcos Paulo de Araújo. *As decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desfavoráveis ao fisco e o acesso ao Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015, p. 18.

² De acordo com site institucional do CARF: “O CARF resultou da unificação da estrutura administrativas do Primeiro, Segundo e Terceiro Conselho de Contribuintes em um único órgão, mantendo a mesma natureza e finali-

Responsável por decidir processos administrativos tributários em última instância e formar jurisprudências administrativas, o CARF atua tanto em processos bilionários como em processos de menor monta³. Ademais trata-se de um órgão com composição paritária, ou seja, metade de seus julgadores (denominados de “Conselheiros”) são representantes da Administração Fazendária e metade são representantes da sociedade civil, no caso, dos contribuintes⁴. Os representantes da Administração Fazendária são escolhidos entre auditores fiscais de carreira da Receita Federal do Brasil e os representantes dos contribuintes são indicados pelas confederações de representatividade nacional, como a Confederação Nacional do Comércio e a Confederação Nacional da Indústria.

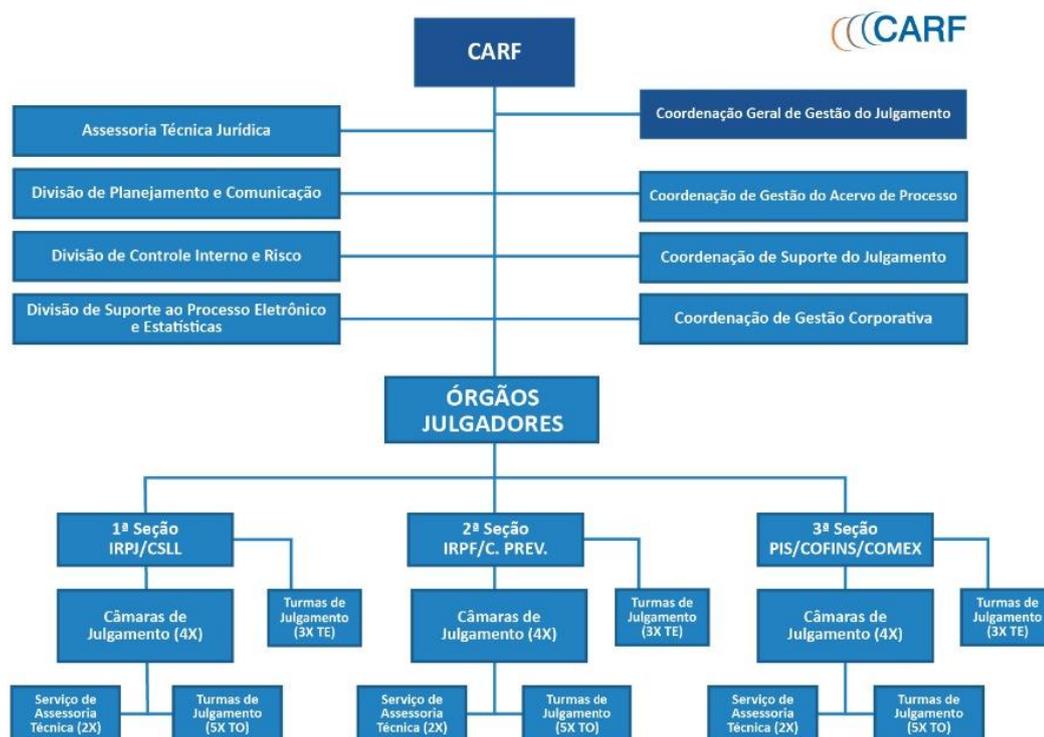
Atualmente, conforme as regras previstas no Regime Interno do CARF (Portaria MF nº 343/2015), o conselheiro escolhido para compor o CARF exerce mandato de 2 anos, podendo ser reconduzido desde que o somatório de tempo não exceda 6 anos. Os membros são escolhidos por meio de comitê pertencente à Secretária Executiva do Ministério da Economia, composta por representantes da Receita Federal, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, da sociedade civil, dos contribuintes e da Ordem dos Advogados do Brasil, além de serem submetidos a uma espécie de banca examinadora, imprimindo maior transparência ao procedimento.

Com o objetivo de assegurar imparcialidade, celeridade e profundidade técnica no exame e julgamento dos processos tributários, os órgãos julgadores do CARF são divididos por Seções, as quais são subdivididas em Câmaras de Julgamento (quem também pode ser subdivididas em Turmas de Julgamento), além da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme o seguinte organograma:

dade dos Conselhos, de órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com a finalidade de julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de primeira instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.” Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/memoria-institucional>. Acesso em: 31 mar. 2020.

³ Até meados o início de 2019, o CARF possuía um acervo de mais de 120 mil processo e mais de 600 bilhões de reais em créditos a serem discutidos, conforme dados apresentados no relatório gerencial do órgão. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/dados-abertos/relatorios-gerenciais/dados-abertos-janeiro2019-v2.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁴ REZENDE, Thiago Dutra Hollanda de. Da Legitimidade Democrática à Efetividade Social: análise do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. In: *Sociedade em Debate (UCPel)*, v. 22, n. 1, p. 141-174, jan./jun., 2016, p. 143. Disponível em: <http://revistas.ucpel.edu.br/index.php/rsd/article/view/1370/906>. Acesso em: 31 mar. 2020.



Fonte: site institucional do CARF.

Como forma de dotar os julgamentos de maior rigor técnico, as Seções do CARF organizadas e divididas para julgar determinadas matérias tributárias. De forma simplificada, e com base no organograma acima exposto, temos que: a 1ª Seção é responsável pelo julgamento de processos envolvendo Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre Lucro Líquido, dentre outros; a 2ª Seção, responsável por demandas ligadas ao Imposto de Renda Pessoa Física e Contribuições Previdenciárias, dentre outros; e, por fim, a 3ª Seção é responsável por analisar demandas relacionadas ao PIS/COFINS e ao Comércio Exterior (COMEX), dentre outros⁵. Essa é, em síntese, a estrutura do CARF.

1.2 Conjuntura do CARF após a operação Zelotes

O CARF vem passando por uma série crise de credibilidade desde a deflagração da denominada “Operação Zelotes”, que investiga suspeitas de corrupção visando o favorecimento de contribuintes nos julgamentos em troca de vantagens indevidas. A principal hipótese é que créditos lançados pela Receita Federal foram cancelados indevidamente, por meio de decisões administrativas proferidas nos processos tributários que tramitavam no CARF.

⁵ As regras de competência das Seções do CARF estão definidas no seu Regimento Interno, Anexo II.

De acordo com dados do Ministério Público Federal⁶, os crimes praticados no âmbito da Operação Zelotes, dentre eles tráfico de influência e sonegação fiscal, teriam gerado prejuízos da ordem de 19 bilhões de reais. A investigação foi considerada uma das mais reveladoras já ocorridas no país. Conselheiros e servidores do CARF manipulavam a tramitação dos processos em troca de propinas vultuosas, normalmente com o envolvimento de escritórios de advocacia, de maneira que julgadores recebiam propina para reduzir ou mesmo anular autos de infração lavrados pela Receita Federal⁷.

Logo após a deflagração da Operação Zelotes, em comunicado divulgado no sítio eletrônico do CARF, em 31 de março de 2015⁸, foi informado a suspensão das sessões de julgamento do órgão e no mesmo período foram instaladas comissões parlamentares de inquérito tanto no Senado Federal quanto na Câmara dos Deputados. De acordo com o Ministro da Fazenda da época, Joaquim Levy, a suspensão era necessária para readequar as necessidades do órgão.

Em meio a esse escândalo (que paralisou as atividades do Conselho de março a agosto de 2015) alterou-se a interpretação das regras de impedimento por meio da publicação do Decreto nº 8.441/2015. Tal decreto dispôs sobre as restrições ao exercício de atividades profissionais aplicáveis aos representantes dos contribuintes no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e a gratificação de presença dos conselheiros (que, até então, não eram remunerados por suas atribuições).

Uma das principais implicações práticas do Decreto nº 8.441, de 29 de abril de 2015, foi a aplicação do art. 5º da Lei nº 12.813/2013⁹ aos conselheiros representantes dos contribuintes, que disciplina as hipóteses de conflito de interesse no exercício de cargos do Poder Executivo Federal¹⁰. Ademais, diante de tais impedimentos e da fixação de remuneração para

⁶ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/noticias-df/operacao-zelotes-acao-penal-pede-condenacao-de-envolvidos-em-fraudes-que-beneficiaram-bank-boston-itau-unibanco>. Acesso em: 31 mar. 2020

⁷ “Esse negativo panorama resultou na suspensão das atividades do Conselho e, em seguida, em profundas reformulações na sua estrutura, lançando dúvidas sobre manutenção da qualidade técnica e do profícuo campo de debate jurídico que eram marcas da atuação do CARF no período anterior à recente avalanche de suspeitas e denúncias.” NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; PIMENTEL, João Otávio Martins. Contencioso administrativo tributário federal no Brasil: o que esperar do CARF depois da Operação Zelotes? In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 69, p. 161-182, 2016, p. 163. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1811/1720>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁸ Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2015/marco/comunicado-sessoes-de-julgamento-do-carf-31.03.2015>. Acesso em: 31 mar. 2020.

⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12813.htm. Acesso em 23 de junho 2018.

¹⁰ Lei nº 12.813/2015: “Art. 5º. Configura conflito de interesses no exercício do cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo Federal:

I – divulgar ou fazer uso de informação privilegiada, em proveito próprio ou de terceiro, obtida em razão das atividades exercidas;

II – exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão de agente público ou de colegiado do qual este participe;

III – exercer, direta ou indiretamente, atividade que em razão da sua natureza seja incompatível com as atribuições do cargo ou emprego, considerando-se como tal, inclusive, a atividade desenvolvida em áreas ou matérias correlatas;

os conselheiros, a OAB se manifestou no sentido de que estes não poderiam exercer a advocacia sob pena de infringirem normas previstas no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

O CARF passou por um intenso processo de reestruturação durante o período de suspensão de suas atividades, culminando com a publicação, no dia 10 de junho de 2015, do novo Regimento Interno do CARF, a Portaria MF nº 343/2015. Dentre as mudanças, destacam-se as seguintes: extinção de algumas das Turmas de Julgamento (reduzindo o número de Conselheiros); regime de dedicação exclusiva dos Conselheiros, com o pagamento da respectiva remuneração em decorrência do exercício de suas atividades; criação do Comitê de Seleção de Acompanhamento, Avaliação e Seleção dos Conselheiros (CSC), com o propósito de elaborar as diretrizes para o processo de seleção de Conselheiros (sejam eles representante do Fisco ou dos contribuintes); redução do mandato dos Conselheiros para 2 anos, permitida a recondução até o máximo de 6 anos; inclusão da Ordem dos Advogados do Brasil como componente do CSC, com o propósito de acompanhar a seleção dos Conselheiros e acompanhar as atividades do CARF¹¹.

De maneira geral, as suspeitas sobre os cancelamentos indevidos de créditos tributários em razão de fraudes e corrupção provocaram discussões sobre a legitimidade das decisões proferidas pelo CARF. A consequência disso tem sido reiteradas ações propostas pela Fazenda Nacional com o propósito de revisar judicialmente as decisões administrativas proferidas nos processos administrativos tributários. Conforme veremos adiante, a questão não é se é possível a revisão judicial de tais decisões (sobretudo quando padecem de algum vício material), mas se há critérios para tal revisão, como forma de resguardar a segurança jurídica.

2 SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

O Direito Tributário (bem como os demais ramos do direito) não está imune às interpretações legislativas realizadas pela Administração Pública. Trata-se de ramo do direito essencial para o regular funcionamento da estrutura estatal, já que a tributação representa o principal instrumento para a arrecadação de recursos destinados ao financiamento dos serviços públicos essenciais à coletividade.

Nesse sentido, a segurança jurídica corresponde para o Direito à garantia de validade das normas jurídicas. Sob o enfoque do Direito Tributário, se porta como preceito protetivo

IV – atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

V – praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;

VI – receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e

VII – prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.”

¹¹ ANDRADE, Janaína Nicolau de; SANTANA, Hadassah Laís de Souza; FRANCO JÚNIOR, Nilson José. As possíveis transformações no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 4, n. 45, p. 534-564, 2016, p. 550-551. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1835/1210>. Acesso em: 31 mar. 2020.

ao contribuinte em face do poder de tributar do Estado¹², uma garantia de que sua situação será analisada dentro de uma perspectiva técnica e isenta de interpretações tendenciosas.

O Direito Tributário, desse modo, visa equacionar a constante tensão existente entre o interesse do Fisco de arrecadar e a necessidade do contribuinte de proteger seu patrimônio privado. Em razão de seu caráter compulsório, o Direito Tributário é o ramo do direito em que a segurança jurídica assume maior intensidade, sendo imprescindível uma delimitação precisa do que pode ou não ser tributado.

Como bem explica Hugo de Brito Machado Segundo¹³, no âmbito do processo tributário, o princípio da segurança jurídica, delimita boa parte das condutas atribuídas ao Fisco, o que inclui a estipulação de prazos para determinados atos administrativos e processuais; prazos decadenciais para o lançamento de tributos; prazos para a interposição de recursos administrativos; regras de preclusão, dentre outros. Mas não só. A segurança jurídica no processo tributário também diz respeito à própria legitimidade e capacidade interpretativa da legislação tributária por parte das autoridades da administração fazendária.

Nesse sentido, cabe a lei traçar previamente todos os elementos a serem observados em uma relação jurídico-tributária, haja vista a possibilidade de se tornar ineficaz¹⁴. A desconfiança na autoridade aplicadora das normas gera uma necessidade ainda maior de delimitação do tipo tributário que passa a ter um conceito rígido e fechado, supostamente reforçador da segurança jurídica.

Em qualquer processo administrativo (o que inclui o processo tributário), a defesa eficaz pressupõe que o órgão julgador decidirá nos estritos limites da lei, seguindo rigorosamente seus parâmetros. Afinal, é pautado na legalidade que o contribuinte terá a sensação de segurança na decisão proferida pelo órgão julgador. Não sem razão, um dos problemas recorrentes encontrados no âmbito dos atos administrativos em matéria tributária diz respeito à desconfiança que os contribuintes possuem nos instrumentos de defesa que são postos à sua disposição pelos Fisco, posto que os órgãos julgadores nem sempre atuam com imparcialidade e independência técnica¹⁵. Tal situação se deve a conjuntura do país que, na prática, por melhores que sejam as estruturas criadas pelo Direito para que o Estado seja a representação do povo, aquele é dirigido pelo governo, que o maneja, quase sempre, em seu próprio benefício.

Por outro lado, do ponto de vista técnico, o Poder Judiciário é comumente visto como deficiente para analisar questões tributárias complexas, uma vez que boa parte dos juízes não são especialistas ou não possuem amplo conhecimento em matéria tributária, contábil ou de finanças corporativas¹⁶. Tal situação gera um conflito, provocando insegurança jurídica tendo

¹² LÔBO NETO, Benjamin de Souza; ROSA, Guilherme Cardoso. Segurança Jurídica no Processo Administrativo Tributário. *Fragmentos de Cultura*, v. 24, p. 123-138, 2014, p. 136. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/3406/1988>. Acesso em: 31 mar. 2020.

¹³ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017, e-book.

¹⁴ SANTOS, Marcos Paulo de Araújo. *As decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desfavoráveis ao fisco e o acesso ao Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015, p. 22.

¹⁵ ROCHA, Sérgio André. *Estudos de Direito Tributário – Teoria Geral, Processo Tributário, Fim do RTT e Tributação Internacional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 222.

¹⁶ ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 21.

em vista a não integração entre os processos tributários administrativo e judicial. Sob tal perspectiva, é essencial para a garantia da segurança jurídica que a norma tributária seja interpretada de forma técnica e imparcial, analisando os argumentos tanto do Fisco quanto do contribuinte.

A existência de procedimentos previamente fixados de controle e preservação da segurança jurídica são essenciais para a própria existência do referido princípio. Não sem razão, a Constituição Federal garante a todos os contribuintes o livre acesso ao Poder Judiciário, bem como à esfera administrativa, devendo a Administração Pública possuir meios efetivos para garantir uma discussão célere e segura.

Ademais, por mais que se tenha uma teoria tributária processual avançada, se as instituições que interpretarão e aplicarão as normas considerando os casos concretos não possuírem qualidade técnica e imparcialidade para desempenhar tal tarefa, ainda permanecerá uma sensação de insegurança nas decisões proferidas pelos órgãos julgadores¹⁷. Esse cenário impulsiona a importância adquirida por órgãos de julgamento como o CARF. Por imposição legal, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é formado (em tese) por corpo de julgadores com conhecimento técnico.

A tecnicidade do órgão, juntamente com o aprofundamento das discussões em matéria tributária, agrega maior segurança jurídica às decisões proferidas e, conseqüentemente, ao processo administrativo tributário. Assim, tem-se um tribunal administrativo pautado na vinculação ao princípio da legalidade, já que sua obrigação consiste em verificar a legalidade do lançamento realizado pelo órgão autuador.

Torna-se imprescindível, portanto, afastar a resistência, inclusive dos tribunais administrativos tributários, em cumprir, de fato, com os procedimentos legislativamente traçados, até para que os contribuintes não sejam compelidos a recorrer ao Poder Judiciário, para só então terem seus direitos tutelados com base nos ditames da justiça tributária.

3 REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A respeito do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a Constituição Federal estabelece em seu art. 5º, XXXV, a impossibilidade de lei excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em matéria tributária, a discussão que surge em torno do referido princípio diz respeito à possibilidade haver exceções no âmbito do processo administrativo fiscal, em particular quando estar-se diante de decisões que administrativas contrários ao Fisco, as quais, comumente, tem como consequência a extinção do crédito tributário objeto da controvérsia¹⁸.

¹⁷ Ibid., p. 22.

¹⁸ De acordo com Marcos Paulo de Araújo Santos: “Como se nota, a opção pela via administrativa no âmbito tributário, malgrado tenha seu reconhecimento como sendo mais favorável e atrativa para dirimir querelas da seara tributária, necessário se faz destacar que as decisões proferidas em última instância administrativa têm ensejado inúmeras controvérsias quanto à possibilidade de ingresso via judicial por parte do Fisco, principalmente quando a referida decisão administrativa lhes for desfavorável. Todavia, ao revés, em sendo desfavorável ao Contribuinte, é lhe assegurado à interposição da medida judicial cabível, utilizando-se de argumento da aplicabilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição ou do acesso ao judiciário. Contudo, quando se obsta o

Explicamos. A fase litigiosa do processo administrativo tributário federal inicia-se com a reclamação/impugnação apresentada pelo contribuinte contra o lançamento tributário. Em âmbito federal, o julgamento em 1ª instância é feito pelas Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) e, caso a decisão seja desfavorável ao contribuinte, este poderá recorrer, mediante a interposição de recurso voluntário para CARF. Após a decisão proferida em 2ª instância pelo CARF, surgem duas possibilidades: sendo vitoriosa a Fazenda Pública, surge a possibilidade do contribuir propor ação (p.ex., uma ação anulatória de débito tributário), rediscutindo a matéria em âmbito judicial; por outro lado, sendo exitoso o contribuinte, em princípio não seria conferido ao Fisco a possibilidade de se rediscutir a matéria na via judicial. As razões pelas quais existem essas duas posições serão explicadas a seguir.

3.1 Revisão Judicial das decisões administrativas desfavoráveis ao contribuinte

Quando o procedimento litigioso culmina em uma decisão do CARF favorável ao Fisco e, conseqüentemente, desfavorável ao contribuinte, surge a possibilidade de este ingressar perante o Poder Judiciário com uma determinada demanda que visa rediscutir a existência ou legalidade do crédito tributário. Se por um lado o contribuinte tem o dever de pagar o tributo, tem por outro lado, uma série de garantias e direitos oponíveis ao Estado, dentre eles a possibilidade de revisão da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, em atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Para além da aplicação do princípio da inafastabilidade da jurisdição, a lógica por detrás da possibilidade de revisão judicial de decisões administrativas contrárias aos contribuintes também decorre do fato de que a Administração Fazendária tem a obrigação de revisar os próprios atos administrativos (e o lançamento de tributos são típicos atos administrativos), sobretudo quando tais atos padecem de determinado vício (como decadência, erro material, ausência de competência etc.), em atendimento ao princípio da autotutela. Caso a Administração Fazendária não revise de ofício seus próprios atos (o que, destacamos, é uma obrigação) ou, quando instada pelo contribuinte (por meio de uma impugnação na esfera administrativa), também não corrige eventuais lançamentos tributários indevidos, surge para a parte prejudicada o caminho do Judiciário como alternativa para a manutenção de suas garantias e direitos, bem como para exercer o controle dos atos administrativos que padecem de algum vício.

De maneira geral, e diante do exposto, há consenso na literatura e na jurisprudência sobre a possibilidade do contribuinte que se sinta prejudicado com eventual decisão administrativa proferida pelo CARF que lhe seja desfavorável ingressar no Poder Judiciário, reque-rendo a revisão da respectiva decisão.

acesso do Fisco ao Poder Judiciário faz nascer o que para muitos denomina como sendo coisa julgada administrativa, bem como possivelmente seria uma afronta, concedida *vênia* (sic), ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estampado no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88." SANTOS, Marcos Paulo de Araújo. *As decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desfavoráveis ao fisco e o acesso ao Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015, p. 22.

3.2 Revisão judicial das decisões administrativas desfavoráveis ao FISCO

A respeito da revisão judicial das decisões administrativas contrárias ao Fisco, podem-se mencionar duas correntes, uma sustentando que a revisão não é possível e outra que é possível. Vejamos.

A primeira corrente¹⁹ – que defende ser impossível a revisão judicial das decisões administrativas desfavoráveis à Fazenda Nacional – legitima sua posição por meio de diferentes argumentos. O primeiro e mais significativo deles é a própria manutenção do princípio da segurança jurídica. Ora, se o processo administrativo tributário permite que o próprio Fisco revise e modifique seus atos de lançamento (em atendimento à autotutela), seria no mínimo contraditório que este, quando diante de uma decisão que lhe é desfavorável proferida por um órgão de sua estrutura (o caso do CARF), procurasse modificação tal decisão na esfera judicial. Partindo dessa premissa, acaso se permitisse ao Fisco uma ampla possibilidade de revisão judicial dessa espécie de decisão administrativa, haveria um esvaziamento do próprio processo administrativo tributário como garantia processual do contribuinte. Este último, ao seu turno, ficaria ausente de qualquer segurança no que tange aos efeitos da decisão administrativa que lhe fosse favorável.

Sob outra perspectiva, a posição que sustenta a impossibilidade de revisão judicial das decisões administrativas em matéria tributária também deriva de uma interpretação legislativa, tendo por fundamento o art. 156, IX, do CTN e, em nível federal, o disposto nos arts. 42 e incisos, e 45, do Decreto nº 70.235/1972. O art. 156, IX, do CTN versa sobre hipótese de extinção do crédito tributário, determinando que haverá a extinção do crédito em razão de “decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa, que não mais possa ser objeto de ação anulatória”. No mesmo sentido, o art. 42 e incisos, do Decreto nº 70.235/1972, prescreve que são definitivas as decisões administrativas de 1ª instância, quando esgotado o prazo para recurso voluntário sem a sua interposição; de 2ª instância; quando não caiba mais recurso ou, quando cabível, este não foi interposto; e de instância especial. Dessa forma, e nos termos do art. 45, do Decreto nº 70.235/1972, “no caso de decisão definitiva favorável ao sujeito passivo, cumpre à autoridade preparadora exonerá-lo, de ofício, dos gravames decorrentes do litígio”. A consequência lógica da interpretação das normas em questão permitiria concluir que, em tese, decisões administrativas desfavoráveis ao Fisco (e favoráveis ao contribuinte) tornar-se-iam definitivas na órbita administrativa, impedindo qualquer hipótese de revisão, seja ela administrativa ou judicial.

Conforme sustenta parte da doutrina, haveria então uma preclusão do direito da Fazenda Nacional questionar, na via judicial, decisões administrativas que lhes foram desfavoráveis, cuja consequência seria a ausência de interesse processual para tanto²⁰. Nesse sentido, mesmo que houvesse discordância por parte do Fisco da decisão que fora proferida pelo CARF,

¹⁹ Cf., dentre outros, XAVIER, Bianca Ramos. *O Controle Judicial das Decisões Proferidas pelo CARF Favoráveis ao Contribuinte*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

²⁰ ROCHA, Sérgio André. *Estudos de Direito Tributário – Teoria Geral, Processo Tributário, Fim do RTT e Tributação Internacional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015, p. 228.

inexistiria a capacidade processual postulatória para reivindicar em juízo a reforma da decisão²¹.

Ademais, além da não existência de interesse processual, a possibilidade de questionamento judicial, pela Fazenda Pública, da decisão proferida ao final do processo administrativo, traria insegurança às relações jurídicas tributárias, reduzindo a importância de órgãos como o CARF, cuja imparcialidade e independência técnica são essenciais para a proteção dos contribuintes. Dessa maneira, admitir que a Fazenda Pública possa pedir a anulação de uma decisão do CARF ao Poder Judiciário violaria a razoabilidade e a segurança jurídica, corolário do princípio da confiança que rege a Administração Pública.

Sendo assim, de acordo com tal posição, a desconstituição da decisão administrativa proferida pelo CARF é incompatível com a previsibilidade do sistema jurídico brasileiro, tornando-o ineficiente à medida em que todas as discussões poderiam ser revistas pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, há um segundo posicionamento²², que defende a legitimidade do ajuizamento de ação pela Fazenda Pública para questionar a decisão final do processo administrativo, utiliza como principais argumentos a impossibilidade do processo administrativo fazer coisa julgada e (também) a garantida dada pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

De acordo com tal corrente, o fato de o processo administrativo fiscal não fazer coisa julgada torna a decisão administrativa mutável, autorizando a Fazenda Pública, em nome do princípio da inafastabilidade da jurisdição, buscar à revisão judicial da decisão desfavorável ao Fisco. Sob tal perspectiva, não haveria qualquer impeditivo contra o Fisco provocar o Poder Judiciário relativamente à matéria julgada no âmbito administrativo.

Tal interpretação tem sido sustentada no âmbito da Fazenda Nacional desde há muito tempo. Exemplo disso, foi a edição, em 2004, da Portaria PGFN nº 820, que previa, dentre outras coisas, a possibilidade da PGFN submeter à apreciação do Poder Judiciário decisões proferidas pelo então Conselho de Contribuintes/Câmara Superior de Recursos Fiscais (cujas funções são atualmente exercidas pelo CARF), quando tais decisões, expressa ou implicitamente, afastassem a aplicabilidade de normas e, cumulativamente ou alternativamente: i) versassem sobre valores superiores a R\$ 50 milhões; ii) tratassem de matéria cuja relevância temática recomende a sua apreciação na esfera judicial; iii) pudessem causar grave lesão ao patrimônio público (Portaria PGFN nº 820/2004, arts. 1º e 2º). Percebe-se que, à época, os critérios de revisibilidade judicial das decisões administrativas adotados no âmbito da Fazenda Nacional eram bastante amplos, dando margem à revisão de praticamente qualquer decisão administrativa em matéria tributária.

Posteriormente, a partir de 2014 a PGFN mudou seu entendimento. Por meio da edição da Nota PGFN/PGA/ Nº 1403/2014, a Procuradoria da Fazenda Nacional passou a adotar a interpretação de que a União não poderia ingressar com ação judicial para desconstituir decisões proferidas pela própria União, por meio de seus órgãos, a exemplo do CARF. Isto

²¹ SANTOS, Marcos Paulo de Araújo. *As decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desfavoráveis ao fisco e o acesso ao Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015, p. 89.

²² Cf., dentre outros, DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo Administrativo Tributário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

porque tal interpretação causaria insegurança jurídica para o contribuinte e para processo administrativo tributário como um todo.

Ocorre que, conforme já mencionado, a partir de 2015 surge toda uma nova conjuntura no âmbito do processo administrativo tributário federal, qual seja, a Operação Zelotes. Ao identificar a prática de crimes de corrupção e fraude processual no âmbito do CARF, surgiriam argumentos que legitimariam a possibilidade de discussão, na via judicial, de decisões administrativas desfavoráveis ao Fisco, sobretudo quando tais decisões mostram-se viciadas. Esse novo cenário tem sido, inclusive, adotado como pressuposto pela própria Fazenda Nacional para se requerer a anulação de decisões administrativas do CARF na qual foram constatadas irregularidades apontadas pela Operação Zelotes²³.

3.3 Propondo critérios para a revisão judicial das decisões administrativas em matéria tributária

Diante de todo o exposto, coadunamo-nos com a corrente que sustenta ser possível, sim, a revisão judicial das decisões administrativas desfavoráveis ao Fisco, sobretudo em casos críticos de decisões viciadas, como tem sido apontado na Operação Zelotes. A admissão de tal possibilidade encontra respaldo tanto no exercício de autotutela dos atos administrativos, bem como no princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual também deve ser aplicável à Administração Pública. Sustentar o contrário seria legitimar decisões viciadas, proferidas inclusive com base em práticas criminosas.

No entanto, para nós a questão é mais sensível, na medida em que o processo administrativo tributário também deve atuar como um instrumento de manutenção da segurança jurídica nas relações entre o Fisco e o contribuinte. Dessa maneira, mostra-se necessário que haja critérios legais que estabeleçam quais seriam as possibilidades de revisão judicial das decisões proferidas em processos administrativos tributários.

Não existe no ordenamento jurídico brasileiro norma clara que indique em quais situações a Fazenda Pública pode ingressar com ação anulatória pleiteando a desconstituição da decisão administrativa proferida pelo CARF. Por outro lado, não é concebível que a União, através da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, não possa em hipótese alguma tentar revisar judicialmente a decisão administrativa favorável ao contribuinte.

Acerca dos possíveis critérios legitimadores para a revisão judicial das decisões administrativas em matéria tributária, pode-se adotar como parâmetros experiências já adotadas na legislação brasileira, a exemplo da desconstituição de sentença arbitral (cujas hipóteses de nulidade estão previstas no art. 32 e incisos, da Lei nº 9.307/1996), ou as hipóteses de cabimento da ação rescisória, conforme previsão contida no art. 966 e incisos, do CPC.

Tomando por base os critérios de propositura da ação rescisória e da desconstituição de sentença arbitral, elencamos, aqui, quais poderiam ser as possíveis hipóteses para o ajuizamento de ação anulatória de decisão proferida em processo administrativo tributário, quais sejam: i) quando proferida por prevaricação, concussão ou corrupção da autoridade julgadora; ii) quando proferida por autoridade incompetente; iii) resultar de simulação ou colusão entre

²³ Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,fazenda-quer-anular-julgamentos-no-carf-que-somam-multas-de-r-30-bi,70001673126>. Acesso em: 31 mar. 2020.

as partes, a fim de fraudar a lei; iv) violar manifestamente norma jurídica; v) fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em outro processo ou venha a ser demonstrada na própria ação anulatória;; vi) obtiver o Fisco, posteriormente à decisão administrativa, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; vii) fundada em erro verificável do exame dos autos.

Por outro lado, também se mostra razoável estabelecer um prazo prescricional para a propositura da referida ação anulatória pelo Fisco, o qual, em nossa opinião, deveria ser de, no máximo, 2 anos, a contar do momento que a decisão se tornar irreformável na esfera administrativa. A interpretação aqui é similar ao prazo prescricional das ações anulatória contra decisões administrativas que indeferem pedido de restituição de tributos, conforme previsão contida no art. 169, do CTN.

Para instrumentalizar tal proposta, a regulamentação das hipóteses de revisão judicial das decisões administrativas pode ocorrer por meio alteração do Decreto nº 70.235/1972 ou mesmo do Código Tributário Nacional. A opção pela alteração em um ou outro diploma legal se reflete na abrangência de aplicação da norma. Caso a alteração legislativa ocorra via Decreto nº 70.235/1972, a regulamentação ficaria adstrita ao processo administrativo tributário federal. Em contraponto, se a normatização ocorrer via Código Tributário Nacional, todos os entes federativos (União, Estados, DF e Municípios) poderão se utilizar da norma para propor ações anulatórias específicas com o objetivo de desconstituir decisões em processos administrativos tributários que lhe forem desfavoráveis.

Por fim, cabe registrar que o sistema tributário nacional, que tem por base uma complexa legislação e em uma sistemática de arrecadação calcada no autolancamento, é (e continuará sendo) pautado pela litigiosidade²⁴. Sendo assim, alterações legislativas que visam regulamentar em quais situações a Fazenda Pública pode pleitear a anulação de decisão administrativa que lhe é desfavorável são fundamentais para garantir maior segurança jurídica na relação Fisco e contribuinte, principalmente em cenários de crise institucional, como os observados com a Operação Zelotes.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo administrativo tributário deve ser encarado como uma garantia processual e material em favor do contribuinte. Ademais, as discussões administrativas em matéria tributária não podem ser entendidas como mera correção de lançamentos ou erros materiais, devendo ser compreendidas como algo mais amplo e ligado a diversos princípios, o devido processo legal, a segurança jurídica, a celeridade e a eficiência.

Em que pese os órgãos de julgamento, a exemplo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estarem sendo alvo de inúmeros questionamentos quanto à sua eficácia, imparcialidade e transparência, não se deve relevar que os tribunais administrativos tributários são dotados (ou deveriam ser) de uma maior tecnicidade para o julgamento de matéria tributária, principalmente quando comparados ao Poder Judiciário. As discussões travadas no CARF

²⁴ ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 58.

muitas vezes são dotadas de uma dimensão técnica que não é encontrada e, por vezes, não é possível de ser realizada no âmbito do Judiciário.

De fato, após a Operação Zelotes o CARF tem sofrido modificações substanciais. As suspeitas sobre os cancelamentos indevidos de créditos tributários em razão de fraudes instigaram discussões sobre a segurança jurídica das decisões proferidas. No entanto, o problema da insegurança jurídica em decisões proferidas por tal órgão não é apenas institucional, mas também processual.

O CARF é um tribunal técnico, especializado e sempre foi respeitado em suas decisões, não podendo ser tratado como órgão exclusivamente a serviço da arrecadação, mas sim da legalidade do ato administrativo, de proteção e defesa do contribuinte. Assim, somente decisões administrativas que tenham sido influenciadas pelos interesses pessoais dos julgadores, depois de devidamente apuradas, deverão ser objeto de revisão judicial, de maneira que as decisões legítimas devem permanecer irreversíveis quando favoráveis aos contribuintes.

As previsões legais acerca dos efeitos das decisões administrativas que extinguem o crédito tributário têm como objetivo trazer segurança jurídica na relação entre o Fisco e o contribuinte. No entanto, não exclui a possibilidade de revisão judicial de processos que padeçam de algum vício, sobretudo os vícios derivados de fraude ou corrupção da autoridade julgadora. O que não se pode permitir é que a Fazenda Pública, por entender errônea a interpretação da lei tributária dada pelos julgadores do CARF no caso concreto, postule sua reforma no Judiciário. Por outro lado, nada impede que, quando a questão não versar sobre interpretação da norma, mas simplesmente sobre a licitude da conduta do julgador, a Administração Fazendária possa proceder a anulação do ato.

Com efeito, o que falta no ordenamento jurídico brasileiro é a regulamentação das hipóteses em que é possível se buscar a revisão judicial da decisão administrativa favorável ao contribuinte. O ideal seria que tal regulamentação ocorresse mediante modificação legislativa do CTN, pois abarcaria não apenas o processo administrativo fiscal federal, mas também o estadual/distrital e o municipal. De fato, caso não ocorra regulamentação, a conduta da Fazenda Pública de propor ação anulatória pode ser entendida como ato atentatório contra a segurança jurídica, considerado como abuso de poder ou desvio de finalidade.

A satisfação da segurança jurídica pela Administração Pública exige a estabilidade confiança e previsão de seus atos perante os contribuintes. Não se pode permitir que o contribuinte seja surpreendido com a propositura de uma ação anulatória por parte da Fazenda Pública sem que exista regulamentação e critérios para a propositura de tal demanda.

Sendo assim, a possibilidade de questionamento das decisões do CARF de forma ampla e irrestrita provoca instabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, é possível, a partir da criação de critérios claros e precisos, permitir que a Fazenda Pública busque revisar judicialmente as decisões do CARF sem gerar insegurança jurídica. Para tanto, o controle é cabível apenas em situações excepcionais, quando houver vício, ilegalidade ou quando a decisão administrativa afrontar a razoabilidade e ferir princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Janaína Nicolau de; SANTANA, Hadassah Laís de Souza; FRANCO JÚNIOR, Nilson José. As possíveis transformações no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. *Revista Jurídica - UNICURITIBA*, v. 4, n. 45, p. 534-564, 2016, p. 550-551. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1835/1210>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- DELGADO, José Augusto. Reflexões sobre o Processo Administrativo Tributário. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Processo Administrativo Tributário*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- LÔBO NETO, Benjamin de Souza; ROSA, Guilherme Cardoso. Segurança Jurídica no Processo Administrativo Tributário. *Fragments de Cultura*, v. 24, p. 123-138, 2014. Disponível em: <http://seer.pucgoias.edu.br/index.php/fragmentos/article/view/3406/1988>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira; PIMENTEL, João Otávio Martins. Contencioso administrativo tributário federal no Brasil: o que esperar do CARF depois da Operação Zelotes? In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 69, p. 161-182, 2016. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1811/1720>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017, e-book.
- REZENDE, Thiago Dutra Hollanda de. Da Legitimidade Democrática à Efetividade Social: análise do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF. In: *Sociedade em Debate (UCPel)*, v. 22, n. 1, p. 141-174, jan./jun., 2016. Disponível em: <http://revistas.ucpel.edu.br/index.php/rsd/article/view/1370/906>. Acesso em: 31 mar. 2020.
- ROCHA, Sérgio André. *Da Lei à Decisão: A Segurança Jurídica Tributária Possível na Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- ROCHA, Sérgio André. *Estudos de Direito Tributário – Teoria Geral, Processo Tributário, Fim do RTT e Tributação Internacional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2015.
- SANTOS, Marcos Paulo de Araújo. *As decisões do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais desfavoráveis ao fisco e o acesso ao Judiciário*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* em Direito, Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2015.
- XAVIER, Bianca Ramos. *O Controle Judicial das Decisões Proferidas pelo CARF Favoráveis ao*

Contribuinte. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.



JUÍZES, MOLEIROS E CONSTITUIÇÃO

JUDGES, MILLERS AND CONSTITUTION

WAGNER VINÍCIUS DE OLIVEIRA*

RESUMO

Esse artigo desenvolve uma perspectiva crítica sobre as instituições judiciais. A problemática consiste em questionar se a existência de juízas e juízes protege adequadamente os interesses individuais, considera-se inviável equiparar de maneira direta e necessária existência judicial e proteção individual. Para tanto, elege-se a revisão bibliográfica enquanto meio para fornecer dados para destacar alguns aspectos de ordem normativa e de composição institucional do Judiciário brasileiro. Portanto, a concepção de constituição radical é condição necessária, mas insuficiente para a compreensão dos fenômenos analisados. Os resultados obtidos com a realização da pesquisa sugerem a superação da desconfiança em relação a atuação social, contudo verificam-se dificuldades de constatação e operacionalização da participação social efetiva. Conclui-se pela impossibilidade de associar a existência de juízas e juízes à proteção de direitos e de garantias fundamentais; novamente, necessários, porém insuficientes.

Palavras-chave: Estado democrático de direito; Instituições; Judiciário brasileiro; Participação social.

ABSTRACT

This article develops a critical perspective about the judicial institutions. The problematic is to question whether the existence of judges adequately protects individual interests, considers that it is not feasible to equate direct and necessary the judicial existence the individual protection. To this end, it chooses the bibliographic review as a means to provide data to highlight some aspects of a normative order and of the institutional composition of the Brazilian Judiciary. Therefore, the concept of radical constitution is a necessary condition, but insufficient to understand the analyzed phenomena. The results obtained with the research suggest overcoming distrust in relation to social performance; however, there are difficulties in finding and operationalizing effective social participation. It is concluded that it is impossible to associate the existence of judges with the protection of fundamental rights and guarantees; again necessary but insufficient.

Keywords: Democratic State of law; Institutions; Brazilian Judiciary; Social participation.

* Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Advogado.
oliveirawagnervinicius@gmail.com

Recebido em 15-7-2020 | Aprovado em 29-9-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 POVO, CONSTITUIÇÃO E INSTITUIÇÕES JUDICIAIS; 2 AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM, MAS TAMBÉM EXISTE O POVO; 3 ENQUANTO ISSO... UMA VERSÃO ABRASILEIRADA; 4 TENSÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UMA RESPOSTA OFERECIDA PELA CONSTITUIÇÃO RADICAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Toma-se como motivação inicial o clássico poema de François Andriex, “O moleiro de Sans-souci”,¹ cuja principal ideia consiste na afirmação de que “ainda há juízes em Berlim”. Isso é, dobram-se as apostas na promessa de que o Judiciário, na salvaguarda da sociedade, atue de modo imparcial para conter os abusos inclusive do próprio Estado. Esse tipo de crença é procedente apenas em parte, pois não há como generalizar essa expectativa de comportamento institucional em relação a toda e qualquer atuação judicial. No mesmo sentido, não há como classificar alguns gestos isolados e voluntaristas de determinadas magistradas e magistrados como se fossem capazes de representar o posicionamento do Judiciário brasileiro.

Embora o recurso ao poema pudesse ter sido descartado, porque já bastando utilizado, cumpre o objetivo de retomar o debate sobre a relevância das participações sociais. A linha mestra que será desenvolvida nesse artigo consiste na afirmação de que ainda há juízas e juízes, mas algumas e alguns se comportam como se o povo não existisse, portanto é necessário que o povo participe das decisões relevantes para a coletividade.

Muito já se escreveu sobre esse poema e sobre o Judiciário brasileiro, porém, dessa vez, a tônica recai sobre a questão problema de que havendo juízas e juízes automaticamente os interesses individuais estariam resguardados. A hipótese testada consiste em destacar alguns aspectos de ordem normativa e de composição institucional do Judiciário brasileiro que tornam inviável equiparar de maneira direta e necessária existência judicial a proteção individual e procuram fundamentar as inferências realizadas.

Para delimitar a quantidade e a abrangência das temáticas relacionadas a variável povo, utiliza-se esse substantivo abstrato num sentido bastante próximo as ideias de Jean-Jacques Rousseau,² enquanto fonte primária de soberania, manifestada por intermédio da vontade geral - que não se confunde com a soma das vontades individuais. Diferente de população, porque se desenvolve mediante determinado vínculo jurídico político (cidadania), distinto de Estado-nação, porque não circunscrito ao mito fundacional comum (*natio*) ou representativo da soberania nacional, enquanto titular do poder constituinte originário, aos moldes de Emmanuel Joseph Sieyès.³

¹ Trata-se do poema: *Le meunier Sans-souci* de François Guillaume Jean Stanislas Andriex (1759-1833). Cf. ANDRIEUX, François. *Le meunier de Sans-souci* [Anecdote]. Paris : Bibliothèque Numérique Wikisource, [s.d.] (Livre électronique).

² Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1963.

³ Cf. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*. Paris : Editions du Boucher, 2002.

O objetivo central consiste em delinear parcela das dificuldades estabelecidas entre as administradoras e os administradores temporários da “justiça” institucionalizada e o conjunto de suas destinatárias e destinatários. Considerações críticas serão endereçadas às instituições judiciais, não necessariamente a suas membras e membros. Certo é que coincidências podem ocorrer. No entanto, desferir críticas as instituições judiciais, não significa o endosso irrestrito a todas as crenças ou vontades supostamente populares.

As instituições judiciais gozam de uma rede de proteção jurídica e política constituída pelas garantias e vedações dispostas no próprio texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional - Lei complementar n. 35/1979, por exemplo. Quanto à seara política, tem-se a insistente ideia de insindicabilidade das decisões judiciais, especialmente quanto ao afastamento de eventual controle social.

Dentre outros fatores, essas garantias institucionais podem representar o convite para uma atuação imoderada de parcela significativa das magistradas e magistrados brasileiros. Por sua vez, influencia o modo como algumas magistradas e magistrados concebem e desempenham suas funções contrariamente aos valores democráticos e republicanos. Isso sugere de modo significativo e aprofundado o viés explicativo da baixa representatividade de pautas e pensamentos não hegemônicos no Judiciário brasileiro.

Além disso, busca-se testar e construir argumentos no sentido de fortalecer o ponto de vista de uma interação necessária entre várias e vários partícipes, coautores e coautoras, igualmente corresponsáveis pela realização das promessas constitucionais delineadas em outubro de 1988, valendo-se do conceito de constituição radical.⁴ Para tanto, elege-se a revisão bibliográfica em livros, artigos de revista especializadas nacionais e estrangeiros e de dados atualizados sobre o “perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros”,⁵ como meio ou etapa na pesquisa para a construção de uma resposta à temática examinada.

Cabe registrar que teorias, geralmente estrangeiras, salpicadas de alguns casos práticos emblemáticos, podem perfeitamente apresentarem-se como metodologias deficitárias à medida que se encontram dificuldades para mensurar o grau de verossimilhança com as práticas jurisdicionais brasileiras. No mais das vezes, a análise pura e simples de decisões judiciais produz um diagnóstico insuficiente e, portanto, insatisfatório. Propõe-se, assim, articular subsídios acerca da composição social da magistratura nacional e suas eventuais implicações no processo de exclusão do povo, para fundamentar a conclusão de uma participação democrática mais efetiva sob as bases da constituição radical.

Apresentado o contexto, passa-se à exposição da trajetória em que esse artigo se desenvolve, ressalvadas essa parte introdutória, a conclusão e as referências, as reflexões serão apresentadas em quatro tópicos sequenciais. Primeiro, detalham-se os possíveis relacionamentos estabelecidos entre povos e constituições, com a finalidade de se compreender que historicamente existe uma oposição em relação às participações sociais. Em seguida, complementa-se a existência da “justiça” institucionalizada com as participações sociais de acordo com o recorte proposto. A contextualização das dificuldades normativas e institucionais serão realizadas no terceiro tópico.

⁴ Cf. CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia uma prática. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, n. 58, 2013, p. 25-36.

⁵ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018.

Por fim, no quarto tópico, são examinadas algumas das tensões entre constitucionalismo e democracia, contrastada com a proposta oferecida pela constituição radical. Logo, uma das contribuições desse artigo consiste no reforço para a possível superação da confiança exagerada em relação a atuação do Judiciário brasileiro, ao mesmo tempo em que se suspeita das participações sociais para contribuir com o desenvolvimento sobre as questões constitucionais.

1 POVO, CONSTITUIÇÃO E INSTITUIÇÕES JUDICIAIS

Pluralidade e disputa de ideias são perspectivas que sustentam as manifestações públicas dos compromissos identitários dos distintos grupos e pensamentos que compõem o povo. Esse intrincado elemento social - inapreensível por qualquer tentativa de definição peremptória - que mescla aspectos antropológicos, sociológicos, jurídicos e políticos será retratado em sua acepção técnico-jurídica, não exatamente por ser o conceito mais adequado, mas para delimitar o campo investigativo.

Quer dizer, então, que esse substantivo abstrato reporta exatamente à fonte primária de emanção de todo o poder soberano, nos termos do parágrafo único do artigo primeiro da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), que se manifesta diretamente ou por intermédio de representação. Além disso, estabelece o desenho institucional do judiciário brasileiro nos artigos 96 ao 126, CRFB/88, cujas tensões serão analisadas no quarto tópico.

Percebe-se, pois, que num primeiro momento a dimensão formal de constituição será contrastada com sua dimensão material. Em linhas gerais, essas são algumas das premissas assumidas ao se discorrer sobre a temática das articulações entre povo, constituição e instituições judiciais.

Algumas dificuldades são identificadas quando se leva em consideração que os modernos, porém tradicionais, constitucionalismos estadunidense e europeu produziram uma elevada expectativa que ainda hoje não foi concretizada: a efetiva inclusão do povo nas decisões fundamentais da vida em sociedade. Com essa afirmação não se desconsidera os avanços humanos e políticos acarretados pela positivação dos direitos e das garantias fundamentais, bem como das garantias institucionais.

Contudo, estes discursos jurídico-político precisam estar vinculados às práticas sociais e institucionais, sob pena de menoscabar lutas sociais históricas num apanhado de construções teóricas abstratas (filosóficas, políticas e jurídicas), considerando o lado ocidental do mundo. Dito de outro modo, determinadas teorias exigem a elaboração de caminhos complementares para sua realização.

Inclusive, há dificuldades de aplicação prática de uma amálgama de vontades conflitantes, contrárias e contraditórias, entre si. Guardadas as proporções, equivalente aquilo que Rousseau, em seu contrato social, chamou de vontade geral (*volonté générale*) ou, anterior a

isto, quando as revolucionárias e os revolucionários estadunidenses manifestavam diretamente e em nome próprio suas vontades de igualdade e de liberdade materializadas em: nós o povo (*we the people*)⁶.

As respostas sociais ou populares possuem facetas de muitas nuances, que devem ser comparadas com aquilo que se está em jogo: a dificuldade de deliberação nos múltiplos espaços públicos. Dentre estes espaços, sublinha-se o judicial, muitas das vezes marcado por um individualismo metodológico ou por um solipsismo judicial,⁷ ilustrado pela ausência de participações sociais nas deliberações judiciais, mas também pelas participações meramente formais.

É nessa tônica que cabe acrescentar os perigos que a “populispudência”⁸ constitui na atualidade, ou seja, algo que se reveste da forma de decisão judicial, mas, na verdade, não passa de uma opinião populista judicial. Em determinadas circunstâncias, mascaram comportamentos autocráticos. Fica o registro que isto representa, nada mais nada menos, que mais uma faceta de exclusão da participação do povo.

Além disso, denunciar os equívocos, embora importante, não satisfaz o problema. Faz-se, portanto, a opção de analisar a capacidade de a opinião popular afetar e de ser afetada pelas instituições judiciais. Do contrário, implica arcar com os custos reputacionais (credibilidade) das instituições e das pessoas que nestas desempenham suas funções.

Direto ao ponto, significa considerar os padrões sociais e extrajudiciais de controle do Judiciário permeados pela mudança de cultura jurídica, já que, no mais das vezes, os órgãos internos de controle (endógenos) não realizam essa tarefa à contento. A proposta consiste, em um só tempo, do controle social permeado pela legitimidade democrática, um campo a ser explorado com a contribuição inicial desse artigo.

Para traçar um paralelo com a situação acima indicada, deve-se levar em consideração que paradoxalmente o povo poderá ostentar visões irreconhecíveis com a própria constituição, “basta observar os resultados das pesquisas acerca da aceitação social da pena de morte no Brasil para se descobrir que a vontade da maioria pode estar em contraposição com a pretensa vontade coletiva”.⁹ Todavia, o enredo que se assume é que as atuações do Judiciário não estão inócuas em relação às participações sociais.

Com “A promulgação de uma constituição democrática”, a exemplo da CRFB/88, “permitiu que a oposição entre lei e direito fosse relida como a tensão entre as leis e a constituição, que passou a ser o núcleo em torno do qual se aglutinaram os discursos jurídicos ligados à justiça e à legitimidade”.¹⁰ Essa constatação pode ser entendida de pelo menos dois modos.

⁶ Cf. ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. Harvard: Harvard University Press, 1991, v. 1.

⁷ Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial?. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 22 n. 126, fev./maio 2020, p. 191-210.

⁸ Expressão utilizada por Conrado Hübner Mendes na conferência intitulada “A liberdade de expressão judicial” proferida em 04/12/2018, sessão noturna, no Encontro Preparatório para o IV Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política - As obrigações morais dos juízes, realizado na Universidade Federal de Minas Gérias (UFMG), Belo Horizonte/MG.

⁹ COELHO, Inocêncio Mártires; COSTA, Alexandre Araújo. *Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. Brasília: Faculdade de direito - UnB, 2017, p. 56.

¹⁰ COELHO, Inocêncio Mártires; COSTA, Alexandre Araújo. *Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. Brasília: Faculdade de direito - UnB, 2017, p. 18.

Primeiro, o texto legislado de uma constituição agora faz as vezes daquilo que fora o fetiche da lei positiva para a ideologia jurídica prevalente no século XIX, leia-se as diversas versões do positivismo jurídico, porém em um grau mais elevado de sofisticação. Sob as ideias de unidade da constituição, supremacia normativa, dentre outras ideias da mesma espécie, tem-se que o texto constitucional conteria todas as fórmulas de “solução” para as controvérsias da vida em sociedade. Ledo engano.

Num segundo entendimento, este mais crível, estaria que o texto constitucional, pelo menos na maioria dos países ocidentais, seria o ponto de abertura hermenêutica ou interpretativa e, de tal modo, o texto positivo da constituição passa a ser objeto de permanentes disputas argumentativas para o preenchimento dos possíveis sentidos e alcances de suas disposições normativas.

Aqui, a jurisdição constitucional assume um papel relevante em torno dessas questões, sobretudo quando se consideram as novas formas de expectativas criadas pelas práticas institucionais. Fala-se acerca das recorrentes ideias de supremacia judicial ou da teoria da “última palavra” sobre os sentidos da constituição pelo Judiciário. Por certo, críticas precisam ser levantadas para contrapor a prevalência do “caráter estatocêntrico das teorias modernas sobre o direito”.¹¹ Todavia, trata-se de uma forma de resistência que ainda se apresenta temerária e debilitada comparativamente à crença depositada no Judiciário.

Portanto, o povo, enquanto ator coletivo da história constitucional, demarcado por um conjunto de práticas, cujo tema será retomado mais à frente, oferece ou deveria oferecer uma “normatividade extraestatal”,¹² para a compreensão do fenômeno das participações sociais dentro das balizas do Estado democrático de direito. Ideais democráticos não se realizam apenas pela imposição das vontades majoritárias, nem ao arrepio destas. Resta analisar as tensões provocadas pela articulação dessas ideias, nos próximos tópicos.

2 AINDA HÁ JUÍZES EM BERLIM, MAS TAMBÉM EXISTE O POVO

Infere-se que parcela das formas do constitucionalismo contemporâneo perpassam pela crítica propositiva ao “juriscentrismo”, isto é, a percepção de que os sentidos e os alcances da constituição não devem ser realizados exclusivamente por órgãos judiciais. De outro modo, esta é uma ideia em torno da qual se possa considerar como uma tarefa endereçada ao conjunto formado pelo povo e pelas instituições políticas e jurídicas.

Assim, cumpre nesse momento apresentar a motivação inicial para o título deste tópico. O moleiro de Sans-souci de François Andriex é citado com relativa regularidade em trabalhos acadêmicos,¹³ uma referência produzida em língua portuguesa, na década de 1980, serve para ilustrar sua ideia central:

¹¹ COELHO, Inocêncio Mártires; COSTA, Alexandre Araújo. *Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. Brasília: Faculdade de direito - UnB, 2017, p. 46.

¹² COELHO, Inocêncio Mártires; COSTA, Alexandre Araújo. *Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. Brasília: Faculdade de direito - UnB, 2017, p. 18.

¹³ CARVALHO, Claudio Oliveira de; MACEDO JÚNIOR, Gilson Santiago. Ainda há juízes em Berlim?. *Justificando - mentes inquietas pensam direito*. São Paulo, [n.p.], 10 jan. 2017; STRECK, Lenio. *Direito e literatura*. O moleiro de Sans Souci, de François Andrieux. YouTube, 20 de setembro de 2013; ROCHA, João Batista de Oliveira. O controle

Nas vizinhanças do Palácio Real de Sanssouci [sic], em Postdam, diz a tradição, havia um moinho de vento, cujo ruído incomodava o rei. Este exigiu que se paralisasse o moinho, com o que não concordou seu dono. Tendo, então, o rei ameaçado tomar violentamente o moinho, respondeu-lhe o moleiro: “Sim, se não houvesse o Tribunal em Berlim”. Tratava-se do famoso “Kammergericht” berlinense.¹⁴

Ao tomá-lo como ponto de partida, admitindo variações na forma e nas motivações que levaram o monarca a desistir da aquisição do moinho e o moleiro a resistir a essa pretensão autoritária, observa-se que, metaforicamente, esse poema simboliza a defesa de um Judiciário independente e imparcial. Por outras palavras, capaz de realizar a justiça no caso concreto sem considerar a posição política, social e econômica das partes envolvidas em eventual litígio, conferindo tratamento isonômico dos sujeitos processuais.

Segundo noticiam, o poeta e advogado francês retratava em suas linhas poéticas um “déspota esclarecido”, Frederico II, Rei da Prússia, que em meados do século XVIII foi constrangido por um simples súdito. Apoiado na credibilidade do Judiciário da época, esse ato pode ser interpretado em pelo menos três sentidos, quais sejam: (i) a autocontenção do monarca; (ii) o controle popular dos atos dos governantes; (iii) a confiança na imparcialidade judicial.

O primeiro sentido apresentado contrapõe-se com o início da narrativa, pois com o objetivo de ampliar uma das alas do palácio real, ou incomodado com o barulho do moinho, conforme narrado acima, pretendeu-se inicialmente adquirir-lhe onerosamente a propriedade imóvel. Houve, contudo, recusa por parte do moleiro, daí surge o ato intimidatório, cujo desfecho já se tem conhecimento.

Interessa, num segundo momento, abordar a resposta apresentada pelo cidadão em face da ameaça real de expropriação de seu moinho, ou seja, o fato de invocar a tutela judicial na defesa de seus interesses face aos caprichos imperiais mostrou-se bastante e suficiente para que o rei num contra movimento desistisse de tal intento. Uma hipótese bastante contra fática e contra intuitiva.

O segundo sentido a ser abordado, controle popular dos atos dos governantes, é pouco explorado. Vale registrar que o momento histórico e cultural narrado no poema são significativos para “justificarem” a resposta apresentada pelo moleiro. Por certo, em outras versões do mesmo poema as razões apresentadas pelo cidadão são de ordem tradicional e de perpetuação da propriedade privada.

da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil: um estudo de direito constitucional comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980, p. 75-98; entre outros.

¹⁴ ROCHA, João Batista de Oliveira. O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil: um estudo de direito constitucional comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980, p. 80.

Para alguns, “O moleiro, em sua humildade, conta que o pai do seu pai, o seu pai e ele haviam trabalhado durante toda a vida naquele moinho e que seu filho também trabalharia quando mais velho”.¹⁵ Seguramente, não se pode cogitar uma genuína reação social e política em face dos desmandos daquele que exerce o poder, mas numa reação individual que, por via oblíqua, produziu esse resultado.

Em termos de eficácia, os resultados obtidos pela disputa argumentativa desenvolvida entre o soberano e o populacho foi coincidente com o resultado da ação prática que culminou na manutenção do moinho. Sem embargo, pode-se prospectar que ao menos em termos simbólicos o poema é um singelo exemplo de controle social sobre os atos dos governantes, quer dizer, a possibilidade da efetiva participação na formação da “vontade estatal” e quiçá de controlar os atos daquelas e daqueles que lidam com a coisa pública realizado por toda a sociedade civil de maneira difusa (individual e coletivamente).

Já o terceiro e último sentido apontado que se interpreta do poema, a confiança na imparcialidade judicial, é o ponto mais conflitante e, sobre o qual será dedicada especial atenção. A atitude do moleiro está amparada por uma tradição cultural que permeia o campo de visão das instituições do Judiciário, isto porque o “judiciário, está livre de pressões e interesses políticos de qualquer ordem”.¹⁶

Há, porém, outros elementos que sustentam algumas conclusões. Em certo sentido, o poema é corolário de um constrangimento criado ou reforçado pela teoria da “separação dos poderes” e da formação do Estado de direito. Identifica-se aqui uma relação paradoxal. Num primeiro plano, destoa de uma tradição francesa de aguda desconfiança em relação ao Judiciário, a exemplo do Barão de Montesquieu que considerava um poder nulo.¹⁷ No mesmo sentido, Edouard Lambert ao introduzir contundentes críticas à ação mais proeminente de determinados juízes ou simplesmente à “aristocracia judicial estadunidense”.¹⁸

Diante desse quadro, resta verificar se e em que medida as ideias até agora trabalhadas estão presentes na experiência brasileira. Cuida-se, portanto, de agora em diante, analisar como seria uma possível resposta de um juiz brasileiro a eventual demanda apresentada por um “moleiro brasileiro” em defesa de seu “moinho”; ato contínuo, expõe-se algumas implicações teóricas acerca das participações sociais na construção dos sentidos e alcances da constituição.

¹⁵ CARVALHO, Claudio Oliveira de; MACEDO JÚNIOR, Gilson Santiago. Ainda há juízes em Berlim?. *Justificando - mentes inquietas pensam direito*. São Paulo, [n.p.], 10 jan. 2017.

¹⁶ ROCHA, João Batista de Oliveira. O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil: um estudo de direito constitucional comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980, p. 80.

¹⁷ No original: “*Les lois qui établissent le droit de suffrage sont donc fondamentales dans ce gouvernement.*” MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Edition Edouard Laboulaye. Paris : Garnier Frères, 1875, p. 330 (Œuvres complètes) [Livre deuxième, Chapitre II].

¹⁸ No original: “*l'aristocratie judiciaire américaine*”. LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: la expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. 5. ed. Paris : Marciel Giard & Cie, 1921, p. 124.

3 ENQUANTO ISSO... UMA VERSÃO ABRASILEIRADA

Para satisfazer os fins pretendidos nesse artigo, um exemplo teórico será suficiente para explorar as dimensões de significado pretendidas, sem, contudo, exaurir o tema. Antes, porém, cabe considerar que existem pelo menos duas maneiras para estabelecer as relações entre o público e o privado: de um lado, tem-se fenômenos como o patrimonialismo e o coronelismo, isso é, um “sistema que entrelaça poder privado dos ditos coronéis ao poder público, excluindo, dessa barganha, a grande massa da população bem como seus interesses”,¹⁹ fatores que explicam, em parte, a prevalência dos interesses privados, de outro lado, a prevalente ideia de “supremacia” do interesse público. Esse artigo, analisa reflexos dessa última modalidade.

Nas linhas que restam será realizada uma espécie de releitura do moleiro de Sans-souci, com o devido cuidado para não se realizar uma caricatura da identidade brasileira como “naturalmente” inferior aos modelos estrangeiros.²⁰ Os resultados desenhados são distintos dos apresentados originalmente, porque os elementos que serão adicionados são radicalmente distintos.

Ao refazer o percurso do moleiro prussiano aos moldes brasileiros atribuirá maior ênfase aos aspectos técnicos-jurídicos em detrimento dos aspectos poéticos. Fato que, já se reconhece de antemão, diminui o encanto do poema apresentado. Para contextualizar alguns elementos serão substituídos.

Em uma localidade brasileira qualquer, num ambiente campestre, ao contrário de uma conversa com o monarca, a proposta de aquisição originária da propriedade imóvel particular se manifesta por meio de um decreto de desapropriação fundado em utilidade pública. Diferentemente do primeiro moleiro, o brasileiro vê-se obrigado a oferecer resposta (contestação) à ação de desapropriação proposta pelo ente público em seu desfavor (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios),²¹ regida pelo Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941.

O referido decreto dispõe sobre desapropriações por utilidade pública e foi decretado por Getúlio Vargas e, nos termos do art. 2º, determina que “mediante declaração de utilidade pública, todos os bens poderão ser desapropriados”. E, isso certamente inclui o moinho do moleiro brasileiro. No outro lado do poema à brasileira, com certeza figurará o “Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito”, como autoridade competente para declarar a utilidade pública do bem, mediante publicação de decreto (ato administrativo), conforme dispõe o art. 6º do Decreto-Lei supramencionado.

¹⁹ ALMEIDA, Silvio; FALEIROS, Juliana Leme. O coronelismo de Victor Nunes Leal e a modernização conservadora: colocações iniciais. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 12, n. 01, 2020, p. 22.

²⁰ Cf. VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999 (Biblioteca básica brasileira).

²¹ O artigo terceiro do Decreto-Lei também admite que “concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter (*sic*) público ou que exerçam funções delegadas de poder público poderão promover desapropriações mediante autorização expressa, constante de lei ou contrato”.

Alterando o que tem de alterado, qualquer dessas autoridades ou até mesmo determinadas autarquias sob regime especial²² figurariam o papel do Rei Frederico II. As hipóteses de utilidade pública listadas em rol exemplificativo no art. 5º do Decreto-Lei possuem elevado grau de abstração e envolvem expressões cujo conteúdo é indeterminado, tais como: “segurança nacional”, “defesa do Estado”, “salubridade pública”, “construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios”, entre outras circunstâncias que autorizam a desapropriação.

Oposto ao monarca que se autoconteveu ou foi contido e não avançou sobre a propriedade privada do moleiro sob a constatação de que “ainda há juízes em Berlim”, o Chefe do Executivo expropriante (*sic*), no exemplo brasileiro, não só alegou urgência e depositou a quantia arbitrada, como também foi imitado provisoriamente na posse do bem imóvel pelo juiz, em conformidade com o art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/1941.

Aquilo que é preciso para desenvolver o exemplo e resgatar a “rede de proteção jurídica e política” das magistradas e dos magistrados brasileiros, mencionada na parte introdutória desse artigo, é requisito de validade dos atos processuais praticados, isto é, apenas as juízas e os juízes que “tiverem garantia de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos poderão conhecer dos processos de desapropriação”, conforme positivado no *caput* do art. 12, do referido Decreto-Lei.

Ainda por cima, que a contestação apresentada pelo moleiro brasileiro somente “poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”, conforme preceitua o art. 20 do Decreto-Lei. Por certo, essas prerrogativas asseguradas ao Estado brasileiro, aplicáveis mesmo no caso de apossamento administrativo, desapropriação direta realizada pelo ente público sem a observância das disposições acima referidas, desencorajam as moleiras e moleiros brasileiros e, por vezes, faz com que a versão brasileira desse poema não apresente um desfecho tão interessante quanto o original.

É válido mencionar que ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas o bem será consolidado ao patrimônio do ente responsável pela desapropriação, resolvendo-se a demanda judicial na fixação (majoração ou confirmação) do valor da indenização (*quantum* indenizatório). Ou seja, no caso brasileiro, o moleiro irremediavelmente perderá seu moinho, assegurado o direito fundamental à indenização.

Resta patente que o direito de petição, por si só, não será capaz de assegurar outros direitos a exemplo do direito à propriedade privada. Sob outro ângulo, não é possível aproximar, de modo idêntico, esse exemplo brasileiro ao poema, mas a intenção ficou concentrada apenas em demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro assegura a pretensão estatal, mas deixa à cargo da discricionariedade da administração pública a função de assegurar a utilidade pública e a urgência, diante da situação concreta, na realização do “bem comum” e do “interesse público”, em seu sentido primário.

Disposições normativas que podem perfeitamente ser deturpadas, pois, conforme já se disse, são conceitos jurídicos de ampla abertura semântica. Esse tensionamento traz à tona

²² À exemplo da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), uma autarquia em regime especial diretamente vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que nos termos do art. 10º da Lei n. 9.074/1995 possui competência para declarar utilidade pública.

a noção e a compreensão do direito enquanto proteção dos direitos e das garantias fundamentais, da controversa atuação judicial contramajoritária²³ ao mesmo tempo em que assegura os direitos difusos e coletivos.

Sendo o direito um espaço de lutas, à medida que se coloca as pretensões e resistências das partes litigantes diante de um terceiro imparcial (Estado-juíz), é que as moleiras e os moleiros brasileiros poderiam ficar tranquilos, porque “ainda há juízes em Berlim”. Entretanto, quando se questiona quem são as juízas e os juízes de Berlim, no caso brasileiro, chega-se a algumas constatações que precisam ser refletidas.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou o *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Os dados apresentados revelam que “As mulheres representam 38% da magistratura”, “A maior parte dos magistrados (80%) é casada ou possui união estável” sendo que “a maioria se declara branca (80,3%)”.²⁴ Além disso, “51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade”, o perfil religioso da magistratura aponta que “o catolicismo a religião mais frequente (57,5%)”.²⁵ O perfil apresenta ainda que apenas “05% dos magistrados brasileiros têm o título de doutor, 16% de mestre”.²⁶

Conforme dados do CNJ, “Menos de 01% dos magistrados em atividade declarou ter ingressado na magistratura por meio de reserva de vagas” numericamente constituem um universo de 54 (cinquenta e quatro) magistrados, destes 30 (trinta) preencheram as vagas reservadas as pessoas portadoras de deficiência e 24 (vinte e quatro) destinadas às pessoas negras (pretas ou pardas).²⁷ Acrescenta-se, ainda, que a metodologia empregada pela pesquisa do CNJ foi de aplicação de questionários às magistradas e aos magistrados brasileiros de forma facultativa, cujo espaço amostral “contou com a participação de 11.348 de um total de 18.168 magistrados ativos, um índice de resposta de 62,5%”.²⁸

A bem da verdade, fica o registro que em 2015 o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) publicou pesquisa pioneira que revelou resultados semelhantes. Essas informações foram analisadas sobre o sugestivo título: *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*,²⁹ cuja ironia consiste no fato de que o Ministério Público “está longe de produzir os efeitos anunciados no título de ‘guardião da democracia’”.³⁰

²³ Cf. CADÓ, Rafaela Oliveira Reis; MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 09, n. 02, jul./dez. 2018, p. 23-36. Em sentido contrário, Cf. NUNES, Daniel Capecchi. A imaginação constitucional brasileira e o mito da atuação contramajoritária: conferências nacionais de políticas públicas e a concretização de direitos de minorias por Poderes eleitos. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, 2019, p. 167-191.

²⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018, p. 08.

²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018, p. 15.

²⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018, p. 21.

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018, p. 26.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018, p. 05.

²⁹ Cf. DUARTE, Thais et. al. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESEC, 2016.

³⁰ DUARTE, Thais et. al. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESEC, 2016, p. 07.

O conteúdo da pesquisa do CNMP revela que 76% dos Promotores e Procuradores são brancos, 70 % são homens, 31,2 % possuem 50 anos ou mais e 45 % ingressaram entre 1988 e 1998. Semelhante ao perfil do Judiciário brasileiro - “burocrático, moroso e pouco permeável às demandas populares”,³¹ existe uma sobrerrepresentação masculina e caucasiana no Ministério Público, cujos membros “compõem um segmento fortemente elitizado - na maioria, homens brancos, oriundos das classes média e alta”.³²

Diante dessas considerações pode-se inferir que ainda há juízas e juizes em Berlim, mas algumas e alguns se comportam como se não o povo não existisse. Diante disso, não se supõe que a generalização da desconfiança do povo em relação ao Judiciário seria uma solução plausível, de outra sorte, há que se ir às raízes do problema, no sentido filosófico do termo, radicalizar a constituição.

Uma teoria crítica do direito no Brasil aponta para a necessidade de inserir as participações do povo nas discussões atinentes aos conteúdos semânticos e pragmáticos da constituição. Esse processo deve se realizar de tal forma que seja capaz de fazer frente às instituições, jurídicas e políticas, que arrogam para si, cada qual ao seu modo, as prerrogativas de interpretar o texto constitucional. E, com Hans-Georg Gadamer se sabe que não há como separar interpretação de aplicação.³³

Logo, diante desse impasse, sugere-se inicialmente a abertura para que o povo possa diretamente defender seus “moinhos” ou suas interpretações parciais sobre os significados atribuídos aquilo que chamam de “moinho” (constituição). E, dessa maneira fazer frente aos desmandos daqueles e daquelas que se atribuem “soberanas e soberanos”.

4 TENSÕES ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: UMA RESPOSTA OFERECIDA PELA CONSTITUIÇÃO RADICAL

No momento em que se fala sobre o conteúdo de temas difíceis como é o caso do constitucionalismo, da democracia e da constituição radical é necessário considerar que “as complexas sociedades pluralistas se afastam da concepção de uma Estado-nação fundado numa população relativamente homogênea”.³⁴ Assim, o dissenso enquanto possibilidade efetiva de manifestar discordância está no epicentro do Estado democrático de direito.

Sem dúvidas, não constitui escopo, nem poderia ousar tamanha pretensão, desse artigo esgotar os significados possíveis para expressões demasiadamente amplas. Mesmo porque, “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos”.³⁵ Para conferir o mínimo de sustentação a esse tópico derradeiro, entende-se por constitucio-

³¹ Ibid., p. 51.

³² Ibid., p. 64.

³³ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1 (Pensamento humano).

³⁴ ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. *Tópica e jurisprudência no direito comunitário: uma investigação dos fundamentos jurídico-científicos para a hermenêutica e a fundamentação da obrigatoriedade do direito*. Belo Horizonte: FUMARC, 2013, p. 51.

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 51.

nalismo como o movimento filosófico, político e jurídico, surgido com o advento da modernidade ocidental, de inspiração liberal, que buscou limitar a atuação estatal pelo reconhecimento dos direitos e das garantias fundamentais contidos numa constituição.

O substantivo democracia alberga, entre outros significados, a possibilidade efetiva das participações do povo nas decisões da vida em sociedade.³⁶ Um complexo de relações que contempla a escolha direta dos governantes, por meio de eleições periódicas e universais, a participação direta e indireta na condução da agenda pública, a gestão da coisa pública de forma esbarrada, a efetiva participação social, o reconhecimento e a proteção dos grupos vulneráveis, entre outros atributos.

Existe, contudo, tensões entre o constitucionalismo e a democracia, representada especialmente quanto as questões controversas que, por um lado, preveem a limitação do Estado e inclusive dos particulares pelo direito. Por outro lado, a regra da maioria é o padrão operativo dos sistemas democráticos, isso não equivale a dizer que sempre as vontades majoritárias devem prevalecer. O tradicional exemplo com o qual se ilustra parcela expressiva dessas tensões é o controle judicial de constitucionalidade.

Basta lembrar o clássico dilema no qual as magistradas e magistrados que não foram avaliadas ou avaliados pelo escrutínio público (voto popular, direto, secreto e virtualmente universal) podem anular leis promulgadas por um complexo sistema legislativo que, via de regra, envolve um número expressivo de congressistas e outras autoridades. Há também a possibilidade de outras espécies normativas como emendas constitucionais, atos normativos, leis estaduais, distritais e municipais, entre outros exemplos possíveis sejam submetidas ao controle judicial.

Em grossas linhas, esses são os principais argumentos que norteiam uma falaciosa disputa entre o Judiciário e o Parlamento pela supremacia interpretativa da constituição. Apesar de haver argumentos relevantes para ambos lados, por razões de tempo e de espaço não serão trabalhadas aqui. Conforme já se afirmou, a tônica desse artigo repousa sobre outro aspecto, ainda pouco explorado, que é a desconstrução dos órgãos estatais como referência absoluta para a interpretação do texto constitucional indica os traços necessários para uma “sociedade radicalmente democrática”,³⁷ campo sobre o qual serão direcionados os olhares.

Os estudos desenvolvidos nesse tópico procuram de forma crítica pensar e repensar os fundamentos do controle de constitucionalidade diante dos aportes teóricos de uma constituição radical, que “não sintetiza a tensão entre poder constituinte (democracia) e poderes constituídos: ela é precisamente isso, a tensão!”.³⁸ O tema de análise proposto compõe-se, portanto, da conflituosa interação estatal e social e das possibilidades de manifestações de um controle social difuso aplicável as instituições judiciais como uma das possíveis respostas para se determinar o papel desempenhado pela sociedade civil nesse cenário.

Ao se trabalhar com a categoria estabelecida não se pretende apresentar uma “solução pronta” capaz de resolver um problema talvez insolúvel. De todo modo, ao se tecer considerações críticas sobre a constituição em seu sentido radical, tem-se que a existência de um

³⁶ Cf. DAHL, Robert Alan. *Polyarchy: participation and opposition*. Yale: Yale University Press, 1971.

³⁷ CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia uma prática. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, n. 58, 2013, p. 32.

³⁸ *Ibid.*, p. 29.

controle “sem controles” malferir o Estado democrático de direito. Nesse sentido, as instituições estatais as quais se atribui o título de democráticas possuem, na largada, o dever de prestação de conta argumentativa das decisões adotadas.

Num primeiro momento, importa menos o sentido da decisão judicial prolatada, sempre mais relevante será o dever de explicitar as razões que a suportam. É certo, que remete ao dever de justificação pública e argumentativa. Isto porque, as decisões que afetam, direta ou indiretamente a coletividade e, assim apresentam repercussões na esfera pública precisam de substancial fundamentação jurídica, política e social sob pena de arbitrariedade.

Não se trata apenas de uma variável externa de identificação do problema, mas conforme restou demonstrado a legitimidade do Judiciário deriva, em parte, da credibilidade que suas instituições desfrutam. Às vezes é necessário recorrer a mecanismos de controle individual das decisões tomadas pelas autoridades competentes de modo que aquelas estejam ancoradas na forma de exercício da autoridade institucional na qual fazem parte, isso também se aplica as magistradas e aos magistrados.

Igualmente os fundamentos de uma decisão judicial devem prestar relevantes serviços à autoridade do órgão prolator de modo a justificarem para a parte sucumbente os porquês daquela decisão. Também, deve-se uma satisfação para a sociedade civil de maneira geral, ao demonstrar as razões pelas quais determinada lei ou ato normativo afronta a constituição e, portanto, deve ser declarada nula.

O encaminhamento final dos argumentos aponta para a inserção nas instâncias decisórias do poder de codecisão. Implica considerar os traços comunitários presentes no ator coletivo povo, não como tentativa de apropriação instrumental ou argumentativa das lutas e das conquistas e sociais. Menos ainda, pela redução de elementos plurais e históricos a uma experiência particular e efêmera. Pois, no momento em que o povo se manifesta, a participação, enquanto um processo democrático que não se esgota em si mesma, somada ao não silêncio da sociedade civil é revelador para a identificação de um estado de coisas que se pretende construir.

■ CONCLUSÃO

Em resposta à problematização assentada na parte introdutória desse artigo apresenta-se, diante do questionamento sobre a existência de juízas e juízes automaticamente os interesses individuais estariam resguardados confirma-se a resposta negativa. Isto é, há alguns aspectos de ordem normativa e de composição institucional do Judiciário brasileiro que inviabilizam a proteção judicial de determinados interesses.

Por outro lado, a ideia fluída de democracia carrega consigo diversos problemas. Especialmente no caso de o povo estar distanciado da constituição, isso, sem dúvidas, conduz as discussões para as instituições, enquanto forma de proteção das condições elementares de democracia. No entanto, essa constatação apenas redimensionou a questão ao invés de solucioná-la; assim, no final das contas, persistem as dúvidas sobre o que fazer se as instituições, em geral, e as instituições jurídicas, em particular, estiverem apartadas do povo.

Esse artigo se posicionou favoravelmente a necessidade de participação efetiva (direta e indiretamente) do povo nas diversas instâncias decisórias da República Federativa do Brasil dentro das balizas do Estado democrático (constitucional) de direito. Viu-se o ordenamento jurídico brasileiro permite em certas circunstâncias que as “moleiras” e os “moleiros” sejam privados de seus moinhos. Além disso, a existência de juízas e juízes, no caso brasileiro, via de regra, é formada por extratos sociais, étnicos, de gênero e de filiação religiosa bastantes específicos (hegemônicos).

Conforme já se disse, essas evidências não justificam a completa desconfiança em reação ao Judiciário brasileiro, embora uma generosa dose de desconfiança seja salutar para o exercício da democracia; mas, de fato, o povo precisa participar das decisões fundamentais sobre a vida em sociedade. Com a superação da ideia de que as visões do povo são sempre conflitantes com a constituição, percebe-se que o “moinho” capaz de projetar um horizonte inclusivo de efetiva participação social será a própria Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. *We the people: foundations*. v. 1. Harvard: Harvard University Press, 1991.
- ALMEIDA, Silvio; FALEIROS, Juliana Leme. O coronelismo de Victor Nunes Leal e a modernização conservadora: colocações iniciais. *Revista de Direito*, Viçosa, v. 12, n. 01, 2020, p. 01-26.
- ANDRIEUX, François. *Le meunier de Sans-souci* [Anecdote]. Paris : Bibliothèque Numérique Wikisource, [s.d.] (Livre électronique).
- ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. *Tópica e jurisprudência no direito comunitário: uma investigação dos fundamentos jurídico-científicos para a hermenêutica e a fundamentação da obrigatoriedade do direito*. Belo Horizonte: FUMARC, 2013.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros 2018*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>. Acesso em: 05 dez. 2018.
- CADÓ, Rafaela Oliveira Reis; MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 09, n. 02, jul./dez. 2018, p. 23-36.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 1998
- CARVALHO, Claudio Oliveira de; MACEDO JÚNIOR, Gilson Santiago. Ainda há juízes em Berlim?. *Justificando - mentes inquietas pensam direito*. São Paulo, [n.p.], 10 jan. 2017. Disponível em: <http://www.justificando>. Acesso em: 06 dez. 2018.
- CHUEIRI, Vera Karam de. Constituição radical: uma ideia uma prática. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, Curitiba, n. 58, 2013, p. 25-36.
- COELHO, Inocêncio Mártires; COSTA, Alexandre Araújo. *Teoria dialética do direito: a filosofia jurídica de Roberto Lyra Filho*. Brasília: Faculdade de direito - UnB, 2017.

- DAHL, Robert Alan. *Polyarchy: participation and opposition*. Yale: Yale University Press, 1971.
- DUARTE, Thais; LEMGRUBER, Julita; MUSUMECCI, Leonarda; RIBEIRO, Ludmila. *Ministério Público: guardião da democracia brasileira?*. Rio de Janeiro: CESEC, 2016.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer e Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2015, v. 1 (Pensamento humano).
- LAMBERT, Edouard. *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : la expérience américaine du controle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. 5. ed. Paris : Marciel Giard & Cie, 1921.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. O que é solipsismo judicial?. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília v. 22 n. 126, fev./maio 2020, p. 191-210.
- MONTESQUIEU. *L'esprit des lois*. Edition Edouard Laboulaye. Paris : Garnier Frères, 1875 (Œuvres complètes).
- NUNES, Daniel Capecchi. A imaginação constitucional brasileira e o mito da atuação contra-majoritária: conferências nacionais de políticas públicas e a concretização de direitos de minorias por Poderes eleitos. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 05, n. 01, 2019, p. 167-191.
- ROCHA, João Batista de Oliveira. O controle da constitucionalidade das leis na República Federal da Alemanha e no Brasil: um estudo de direito constitucional comparado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 17, n. 66, abr./jun. 1980, p. 75-98.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris : Union Générale d'Éditions, 1963.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Qu'est-ce que le Tiers Etat?*. Paris : Editions du Boucher, 2002.
- STRECK, Lenio. *Direito e literatura*. O moleiro de Sans Souci, de François Andrieux. YouTube, 20 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=UaqSCsYh07o>. Acesso em 10 dez. 2018.
- VIANNA, Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999 (Biblioteca básica brasileira).



A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO PROCESSO DECISÓRIO DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

POPULAR PARTICIPATION IN THE DECISION-MAKING PROCESS OF THE NATIONAL SUPPLEMENTARY HEALTH AGENCY

PABLO LEURQUIN* | RENATO MANACÉS**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a participação popular no processo decisório da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Para tanto, adota-se como metodologia a pesquisa bibliográfica realizada em parte da doutrina brasileira constitucional e administrativa, bem como a pesquisa documental de dados elaborados pelo IPEA e de relatórios extraídos do sítio eletrônico da ANS. Parte-se da hipótese de que há um déficit de legitimidade democrática no que tange à participação da sociedade na tomada de decisões de tal autarquia. A ancorou-se em autores que abordam o assunto sob uma perspectiva crítica, colocando em evidência os problemas de se considerar os meios participativos enquanto ferramentas formais. Assim, conclui-se apontando o paradoxo de um modelo que se pretende participativo, mas que, na verdade, acaba por ser tomado pelas operadoras dos planos de saúde.

Palavras-chave: Democracia Participativa; participação popular; teorias da regulação econômica; Agência Nacional de Saúde Suplementar.

ABSTRACT

This paper aims to analyze popular participation in the decision-making process of the National Supplementary Health Agency (ANS). To this end, the bibliographic research carried out in part of the Brazilian constitutional and administrative doctrine is adopted as methodology, as well as the documentary research of data prepared by IPEA and reports extracted from the ANS website. It starts from the hypothesis that there is a deficit of democratic legitimacy with regard to the participation of society in the decision making of such an autarchy. It was anchored in authors who approach the subject from a critical perspective, highlighting the problems of considering participatory media as formal tools. Thus, we conclude by pointing out the paradox of a model that is intended to be participatory, but which, in fact, ends up being taken over by health plan operators.

Keywords: Participatory Democracy; popular participation; theories of economic regulation; National Supplementary Health Agency.

* Doutor em Direito pela Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (Campus GV).

pabloleurquin@gmail.com

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora.

renatomanaces@hotmail.com

Recebido em 9-11-2020 | Aprovado em 23-12-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A REGULAÇÃO ECONÔMICA DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL; 1.1 A covid-19 e seus reflexos na regulação da saúde suplementar; 1.2 A ordem econômica constitucional e o fenômeno da regulação; 1.3 As agências reguladoras e as finalidades específicas da ANS; 2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA; 2.1 A repolitização da legitimidade no contexto democrático: um debate inerente à participação popular; 2.2 A participação popular e a teoria da democracia participativa-deliberativa; 2.3 A participação popular e o debate na doutrina administrativista; 3 OS SUJEITOS ATUANTES NO PROCESSO DECISÓRIO DA ANS E OS MEIOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR; 3.1 Os grupos de interesse participantes no processo decisório da ANS; 3.2 As audiências e consultas públicas: uma análise de suas estruturas e seus funcionamentos; 3.3 Os mecanismos de participação no contexto da ANS 3.4 O paradoxo da participação popular no contexto da ANS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O Brasil vivenciou um processo de adoção progressiva de instrumentos de regulação setorial, sobretudo, a partir da intensificação das privatizações e da reforma administrativa dos anos 1990. Por várias razões, esse fenômeno ainda suscita intenso debate acadêmico entre constitucionalistas e administrativistas. No presente estudo, a reflexão proposta parte do argumento segundo o qual o modelo de agências reguladoras submete os setores regulados a normas técnicas, que, por sua vez, são produzidas por um aparato burocrático composto de “especialistas”. Em outros termos, costuma-se afirmar que a regulação setorial é uma forma de intervenção na ordem econômica baseada em critérios “puramente” técnicos¹.

Existe, todavia, relevante discussão acerca do possível déficit democrático na elaboração das normas jurídicas por meio da regulação setorial. Em decorrência dessa estruturação estatal e da ordem democrática constitucional, os diplomas legais instituidores das agências trazem dispositivos que têm por escopo implementar meios para a participação dos interessados e da coletividade. Buscam, portanto, reafirmar a legitimidade da produção normativa das agências reguladoras. As audiências e consultas públicas são exemplos de formas participativas criadas. Contudo, tais mecanismos, em sua maioria, têm se apresentado como instrumentos meramente formais².

¹ Para uma análise mais detida da obra de autores que abordam essa ideia da regulação setorial pautada em critérios técnicos, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, p. 187-209, jan./mar. 2004, p. 190-191. JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, p. 301-332, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000220&pid=S1808-2432200900020001500015&lng=pt>. Acesso em: 07 mar. 2020, p. 14.

² Para entender melhor como o debate sobre meios participativos na regulação setorial surgiu no Brasil, regata-se a compreensão de Carlos Ragazzo sobre as ondas regulatórias brasileiras. A primeira relaciona-se ao processo de privatização de empresas públicas; a segunda trata da questão da legitimidade da regulação setorial; a terceira diz respeito à preocupação com os custos e benefícios das regulações editadas. Entre tais ondas, destaca-se a segunda, relacionada à legitimidade. Considerando o fato de os membros das agências não serem submetidos a

A partir dos desafios de universalização dos serviços públicos relacionados ao direito à saúde e à vida no Brasil, agravados pela pandemia de Covid-19, essas reflexões são especialmente relevantes no setor de saúde suplementar, regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Sendo assim, o objetivo do presente trabalho é analisar a participação popular no processo decisório da ANS. Com isso, busca-se refletir sobre a ANS e o déficit democrático de seus meios participativos. Em outras palavras, pretende-se investigar a ocorrência de (in)efetividade da participação popular no âmbito do processo decisório da ANS.

Para alcançar o referido objetivo, foi realizada pesquisa bibliográfica na doutrina brasileira constitucional e administrativa, bem como análise documental em dados elaborados pelo IPEA e em relatórios extraídos do sítio eletrônico da ANS. A partir da análise desses dados, este trabalho foi dividido em três seções.

Na primeira seção, perpassa-se por uma compreensão sobre o tema e suas relações com a ordem econômica posta na Constituição de 1988 e com o fenômeno da regulação. Pretende-se também abordar conceitualmente as agências reguladoras e apresentar as finalidades específicas da ANS.

Na segunda seção, estabelece-se o que se entende por participação popular, com o fito de ancorar a análise dos dados levantados. Baseia-se, assim, nos aportes de Paulo Bonavides sobre a teoria da democracia participativa³. Ademais, outros teóricos são utilizados de maneira complementar na elaboração dessa categoria, reforçando a gênese democrática contida na noção de participação popular.

Na terceira seção, busca-se esclarecer o modo pelo qual se concretizam os meios de participação popular no processo decisório da ANS. Para tanto, investiga-se quais são os sujeitos que participam de sua tomada de decisões, bem como o funcionamento da estrutura institucional da agência e dos seus mecanismos de participação. As audiências e consultas públicas serão estudadas para, em seguida, serem expostas suas insuficiências. Por fim, faz-se uma reflexão crítica sobre os grupos que exercem influência política e econômica no processo decisório da ANS: as operadoras dos planos de saúde.

eleições, são, portanto, instituídos mecanismos de participação direta no processo decisório das agências. De acordo com Paulo Mattos, esses mecanismos de controle democrático da atuação do Estado na economia brasileira podem garantir as condições adequadas de legitimidade de políticas públicas relacionadas às agências reguladoras. Todavia, ancorando-se em pesquisa do IPEA realizada por Igor Fonseca, Marília Silva e Raimar Rezende, ressaltam-se as insuficiências dos mecanismos de participação popular. Para uma análise aprofundada sobre as obras citadas, ver: LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 63-65. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Roppert. *Regulação jurídica, Racionalidade Econômica e Saneamento Básico*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 206. MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9., 2004, Madrid. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>.

Acesso em: 04 mar.2020, p. 4. FONSECA, I. F. da; OLIVEIRA, M. S.; REZENDE, R. R. *Diagnóstico e Avaliação das Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012.

³ A produção bibliográfica de Paulo Bonavides é vasta no que diz respeito ao tema da democracia participativa. Para uma análise dessa temática, ver: BONAVIDES, Paulo. Fundamentos e rumos da democracia participativa: soberania, legitimidade e unidade nacional. Aula Magna - XIX Conferência Nacional de Advogados. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. único, p. 663-677, 2006. BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo social e democracia participativa. In: Jairo Schäfer. (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, v. único, p. 17-33. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

1 A REGULAÇÃO ECONÔMICA DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

1.1 A covid-19 e seus reflexos na regulação da saúde suplementar

O contexto atual da pandemia do novo Coronavírus (Covid-19) reafirma a importância da reflexão sobre o sistema de saúde pública do Brasil. Ainda que a análise de tal conjuntura não estivesse prevista no projeto inicial deste trabalho, ela não poderia ser ignorada, visto que as constantes mutações sociais não podem fugir aos olhos do pesquisador de fenômenos jurídicos.

Os reflexos dessa crise sanitária alcançam as mais diversas áreas: da saúde, imediatamente, até as relações jurídicas constituídas. Assim, a regulação setorial também é afetada, tendo em vista que a definição das obrigações dos planos de saúde tem gerado um debate fundamental para compreender as complexidades da realidade que se impôs. A ANS, portanto, está em evidência nesse cenário e, assim, tem sido intensa sua produção normativa. Suas resoluções direcionam-se, por exemplo, à obrigatoriedade da realização, pelos planos de saúde, do exame para a identificação da Covid-19; flexibilização das regras para o registro das operadoras; autorização para a prática da telemedicina, dentre outros temas.

Contudo, há também pontos de tensão relacionados à atuação da ANS. Um exemplo é o fato dela não estar atuando com vigor na fiscalização das empresas do setor dos planos de saúde em relação aos abusos perpetrados num momento de crise e instabilidades⁴. Assim, a participação popular na tomada de decisões da ANS, mas também a investigação sobre o seu grau de efetividade, ganham maior relevância⁵.

Refletir sobre o sistema de saúde pública do Brasil exige uma compreensão sobre as diversas instituições que atuam no setor. A ANS chama atenção por visar à garantia, ainda que em caráter suplementar, de um direito que se confunde com a própria noção de dignidade da pessoa humana (art. 1º, I, CRFB/88) e com o direito à vida (art. 5º, CRFB/88). Trata-se do direito à saúde, cuja previsão constitucional lhe confere a posição de direito social fundamental (art. 6º, CRFB/1988).

A magnitude do direito à saúde leva à criação de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção de doenças e à promoção da qualidade da saúde pública, assim como ao fornecimento de prestações materiais por parte do Estado (medicamentos, procedimentos cirúrgicos etc)⁶. Tudo isso na persecução de sua melhor operacionalização com o objetivo de bem atender à coletividade. Nesse sentido, há na Constituição de 1988 uma seção específica para tal tema (art. 196 e seguintes), na qual é sistematizado todo o sistema único de saúde – SUS, da mesma forma que as possibilidades de atuação da iniciativa privada nele,

⁴ Para entender as tensões entre consumidores e planos de saúde no contexto da Covid-19, ver: SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Como proteger o consumidor quanto aos bens essenciais na Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/direito-civil-atual-proteger-consumidor-quanto-aos-bens-essenciais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

⁵ A participação popular em processos decisórios que envolvam políticas públicas deve ganhar atenção ainda maior no contexto de uma pandemia que exige isolamento social. Ao mesmo tempo em que o Estado não pode “parar”, a sociedade não pode ser prejudicada e ter seus interesses afetados por conta dessa privação. Assim, entende-se que os meios tecnológicos ganham especial relevância e devem ser aprimorados para uma adequada participação popular num período de crise como o atual.

⁶ CANOTILHO, J.J., G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; LEONCY, L. F. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. 2018. Editora Saraiva, p. 1.050.

complementando-o⁷. É importante frisar que os termos saúde complementar e saúde suplementar não são sinônimos. De acordo com Francisco Nunes:

A assistência complementar se dá mediante a atividade de instituições privadas que participam do SUS de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio (...). Por outro lado, a assistência suplementar atua através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde suplementar, sendo que, diferente da saúde complementar, a saúde suplementar não possui uma vinculação direta com os princípios e diretrizes do SUS, motivo pelo qual, a princípio, a regulamentação e tutela dos interesses do setor não fazem parte da alçada de competência dos Conselhos e Conferências de Saúde⁸.

A despeito do papel de controle da ANS ser direcionado às operadoras de planos de saúde – atuantes em caráter suplementar –, a realidade do Sistema Único de Saúde (SUS), em que empresas privadas arregimentam maiores recursos para si, acaba por conferir presença significativa para tais empresas. Tanto é que, atualmente, cerca de 25% da população brasileira está vinculada aos serviços prestados por este setor⁹.

Assim, a compreensão das insuficiências que afetam a efetividade do SUS e o inserem num “Estado de Coisas Inconstitucional”¹⁰, perpassa pela constatação do poderio político e econômico de setores privados interessados em tal ramo, assim como pelo fato de que a saúde não tem sido prioridade nos orçamentos públicos¹¹. Acaba por ocorrer, em vista disso,

⁷ A partir dos mandamentos da Constituição de 1988, notadamente na seção que trata do direito à saúde (arts. 196 e seguintes), bem como mediante a regulação dada pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, foi instituído o Sistema Único de Saúde – SUS. Ele passou a oferecer a todos os cidadãos brasileiros acesso integral, universal e gratuito a serviços de saúde. Conforme seu site institucional: “A gestão das ações e dos serviços de saúde deve ser solidária e participativa entre os três entes da Federação: a União, os Estados e os municípios. A rede que compõe o SUS é ampla e abrange tanto ações quanto os serviços de saúde. Engloba a atenção primária, média e alta complexidades, os serviços urgência e emergência, a atenção hospitalar, as ações e serviços das vigilâncias epidemiológica, sanitária e ambiental e assistência farmacêutica”. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/sistema-unico-de-saude>>. Acesso em: 10 abr. 2020.

⁸ NUNES, Francisco Pizzette. *Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado*. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011, p. 156.

⁹ SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5738, p. 357.

¹⁰ Importante registrar que a ideia de um Estado de Coisas Inconstitucional surgiu na Corte Constitucional da Colômbia, na década de 1990. Entretanto, no Brasil, o seu surgimento decorre da ADPF nº 347, julgada no STF. O debate brasileiro iniciou com a discussão sobre o sistema prisional brasileiro e as violações a direitos fundamentais dos encarcerados. Para uma análise específica desta temática no campo das violações ao direito à saúde, ver: PINTO, Élica Graziane. *Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde*. Rio de Janeiro: CEE-Fiocruz; 2017. Disponível em: <http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo_Elica_Graziane.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹¹ Sobre o estado de coisas inconstitucionais no SUS, Élica Pinto aponta que: “no caso da política pública de saúde, vemos omissões e restrições interpretativas, sobretudo, no piso federal em saúde e também por meio de fraudes contábeis e déficits de aplicação em alguns Estados (...) A sobrecarga de custeio tem sido suportada, em larga escala, pelos municípios e, indiretamente, pelos próprios cidadãos que convivem com a precarização ope-

uma subversão da lógica posta no texto constitucional. Assim, o protagonismo dos planos de saúde se dilata, conforme o percentual acima citado.

1.2 A ordem econômica constitucional e o fenômeno da regulação

A abordagem de Gilberto Bercovici sobre a Constituição Econômica auxilia na construção teórica a partir da qual o objeto deste estudo será analisado. O autor defende que a Constituição Econômica de 1988 reconhece que a estrutura econômica posta se revela problemática. Por essa razão, a Constituição estabelece uma nova ordem econômica; alterando aquela outrora existente, rejeitando também o mito da autorregulação do mercado. Portanto, ela se insere no contexto de outras Constituições Econômicas do século XX, que buscaram a configuração política, pelo Estado, da ordem econômica. Desse modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente¹².

Os postulados da Constituição de 1988 estabelecem uma nova ordem econômica na qual o Estado tem papel fundamental, sobretudo, no que diz respeito à consolidação de uma ordem pública da economia de mercado. Diversas técnicas de ação do Estado na economia foram estabelecidas na Constituição Econômica de 1988. De acordo com art. 173 da Constituição de 1988, por exemplo, o Estado atuará enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica. Percebe-se, portanto, que a técnica da regulação setorial foi prevista no próprio texto constitucional, conforme se percebe no artigo supramencionado, mas também em outros artigos.

Assim, advém da Constituição de 1988 o fundamento para a criação das agências reguladoras brasileiras¹³. Elas são um dos instrumentos possíveis para a harmonização da relação entre Estado e economia no que diz respeito às atividades diversas prestadas tanto pelo próprio Estado, como no caso das empresas públicas, quanto pela iniciativa privada. A título de exemplo, registra-se a regulação de ofícios que geralmente possuem relevância social, como o setor de saúde suplementar, da mesma maneira que a regulação de serviços essenciais prestados por particulares.

racional e financeira do SUS (...) Trata-se de uma verdadeira guerra fiscal de despesas que frustra – concomitantemente – duas cláusulas pétreas: o pacto federativo e o próprio direito à saúde”. PINTO, Élica Graziane. Dia mundial da saúde evidencia estado de coisas inconstitucional no SUS. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/contas-vista-dia-mundial-saude-estado-coisas-inconstitucional-sus>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

¹² BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33 e 34.

¹³ Há importante debate sobre quando surgiu a regulação econômica no Brasil. A disputa gira em torno do argumento segundo o qual a regulação econômica começou na década de 1990. Entretanto, antes mesmo da Constituição de 1988, já havia sido criada uma série de órgãos e entidades reguladoras. Para uma análise sobre a origem da regulação econômica no Brasil, ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense, p. 272.

A regulação¹⁴ visa compatibilizar, como o próprio texto constitucional preconiza, ditames da justiça social e princípios, tais como soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor, dentre outros. Ancorado nesses fundamentos, o conceito de regulação costuma ser sistematizado a partir de três grandes vetores, sendo eles a regulação de monopólios, controlando preços e qualidade; a regulação para a competição, assegurando a livre concorrência; e a regulação de serviços públicos, objetivando sua universalização, qualidade e preço justo¹⁵.

O grau de relevância das agências reguladoras subiu de patamar na década de 1990 com a reforma administrativa promovida pelo Governo Federal. Além disso, esse fenômeno foi impulsionado pela crescente desregulamentação efetivada por intermédio do Programa Nacional de Desestatização e pelas consequentes privatizações de empresas estatais. A Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, posteriormente revogada pela Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997, foi o marco legislativo de tal processo que significou o fortalecimento da economia de mercado no Brasil¹⁶.

Desse modo, o que se viu entre o fim dos anos 1990 e início dos anos 2000 foi uma intensa elaboração de leis criadoras de agências reguladoras para distintos setores¹⁷. Com essas mudanças na Administração Pública veio intenso debate sobre o déficit democrático dessas normas jurídicas de regulação setorial, conforme já mencionado. Corroboram desse entendimento Natasha Salinas e Fernanda Martins. Essas autoras defendem que o processo de delegação implica a transferência de poderes de agentes políticos (eleitos) para burocratas (não eleitos) que passam a decidir, isoladamente, questões fundamentais sobre o curso das políticas públicas. Os burocratas, ao não se restringirem a cumprir ordens dos representantes do povo politicamente eleitos e de seus mandatários, definem, por si próprios, o conteúdo das normas que deverão aplicar. Diferentemente, portanto, dos agentes políticos, os burocratas acumulam poderes legislativos e executivos, na medida em que elaboram e aplicam, em menor ou maior grau, as normas a que deverão se sujeitar¹⁸.

¹⁴ É importante frisar que existe um relevante disputa sobre o conteúdo da expressão “regulação”. Essa disputa remete à uma tensão entre tradições jurídicas de países distintos. Entende-se, para este trabalho, que regulação econômica é conjunto de normas que adequam a atividade econômica à ordem pública. Trata-se de um gênero do qual a regulação setorial e a regulação concorrencial são espécies. Para uma análise sobre o tema, ver: LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020, p. 331-339.

¹⁵ LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 58. Ver também: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense, p. 27.

¹⁶ LEURQUIN, P.; LARA, F. T. de R. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 141-176, jul. 2016, p. 160.

¹⁷ São exemplos resultantes da criação de agências reguladoras no contexto das privatizações: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Lei nº 9.427/96; Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Lei nº 9.472/97; Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), Lei nº 9.478/97; Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Lei nº 9.782/99; Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), Lei nº 9.984/00; Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), Lei nº 10.233/01; Agência Nacional do Cinema (ANCINE), Lei nº 10.454/02; Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), Lei nº 11.182/05.

¹⁸ SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018, p. 346.

1.3 as agências reguladoras e as finalidades específicas da agência nacional de saúde suplementar

De acordo com Alexandre Santos de Aragão, as agências reguladoras são conceituadas como autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração Pública centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum*¹⁹.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 - regulamentada pelo Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000 -, possui a competência de regular, mediante resoluções, os planos de saúde privados tomando por base as diretrizes plasmadas na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e as políticas públicas traçadas pelo Conselho Nacional de Saúde Suplementar (CONSU).

Basicamente, sua atuação se resume à regulação do mercado de planos de saúde. Ou seja, a ANS tem por competência a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. Portanto, cumpre à mesma, a regulação das operadoras setoriais, o que afeta as relações entre prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no Brasil (art. 3º, Lei 9.961/00).

Destaca-se ainda, conforme leciona o autor acima mencionado, que a lei da ANS representa um exemplo de intervenção estatal sobre a atividade econômica privada dos planos de saúde²⁰. Ou seja, a ANS não regula os serviços públicos prestados diretamente pelo Estado.

2 A PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTEXTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

2.1 a repolitização da legitimidade no contexto democrático: um debate inerente à participação popular

A Constituição de 1988 estabelece um sentido jurídico-político que visa à consolidação do Estado Democrático de Direito pautado na soberania popular. Tal noção é irradiada entre os diversos setores estatais. As legislações infraconstitucionais buscam normatizar, então, os meios pelos quais a legitimidade popular deve ser assegurada. No caso das agências reguladoras não é diferente. Há uma preocupação em assegurar a participação popular no seio de seus processos decisórios.

A teoria da democracia participativa formulada por Paulo Bonavides oferece o substrato teórico pelo qual se constrói a ideia de participação popular aqui adotada. Sem, contudo, esgotá-la, apresentar-se-á elementos de sua obra que convergem para a compreensão do objeto do presente trabalho.

Na visão desse autor, há um princípio que norteia as regras básicas de governo e de organização estrutural do ordenamento jurídico, sendo fonte de todo o poder legitimador da

¹⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense, p. 281.

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense, p. 290.

autoridade: trata-se do princípio da soberania popular. Nele, ocorre a encarnação do princípio do governo democrático e soberano, cujo sujeito e destinatário na concretude do sistema é o cidadão. Para Paulo Bonavides, o princípio da soberania popular funciona como uma carta de navegação da cidadania rumo às conquistas democráticas para esta e para as futuras gerações²¹.

Todavia, o autor defende que tal princípio não pode se concretizar enquanto a legitimidade dos órgãos do legislativo e do executivo se encontrar despolitizada, neutralizada. Paulo Bonavides, sob uma interpretação crítica do modo em que se encontra a legitimidade, compreende que é urgente a necessidade dela ser introduzida de uma nova forma. Nesta, a base de sua composição é a cidadania; elevando o próprio cidadão a todas as instâncias do poder, com atuação ativa por expressão da soberania. Sua participação deve ser, nesse sentido, direta. E isso inclui a colocação de freios à conduta e à política de governos, que ele mesmo, enquanto povo participa dos momentos de planejamento, sanção e execução.

Assim, pode ser alcançada uma repolitização da legitimidade. Nas palavras do autor:

Fora da repolitização da legitimidade, criadora de uma neocidadania governante, não há democracia participativa, nem lealdade política, nem soberania dos postulados constitucionais.

Todo o arcabouço jurídico-político do regime pende da realização de valores em que a identidade do povo, para ser legítima, é a identidade do cidadão – e cidadão é quem faz a vontade geral e concretiza o contrato social. Além dessa averiguação não há povo nem cidadania²².

A democracia participativa está radicada nesses pressupostos. Tal forma de Estado, o democrático-participativo, eleva o povo, o cidadão, de patamar. Em consonância com Paulo Bonavides, o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo. Em última instância, é a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.

Nessa perspectiva, defende o autor, em resumo, que a democracia participativa busca tornar soberano o cidadão. Paulo Bonavides o coloca como titular efetivo de um poder invariavelmente superior, supremo e decisivo. O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o próprio povo, a soberania, a nação, o governo. Funciona como uma instância de poder com força tamanha para romper a sequência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular. Nas palavras do autor:

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 10-11.

²² BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 19.

Nisto consiste a essência e o espírito da nova legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima. As derradeiras instâncias decisórias hão de permanecer ali sempre vinculadas à emancipação direta da vontade popular²³.

Essa perspectiva, portanto, dialoga com a noção aqui buscada para definir o que deve ser uma participação popular. Ela busca a maior emancipação possível ao cidadão nos processos de deliberação que envolve o interesse público²⁴. Só assim se alcança a soberania; e por consequência, concretiza-se a democracia.

2.2 a participação popular e a teoria da democracia participativa-deliberativa

De maneira complementar, há uma segunda perspectiva teórica que serve de suporte ao presente trabalho. Trata-se da aplicação da noção de democracia participativa-deliberativa no âmbito das agências reguladoras, conforme defendida por Maria Tereza Dias, Helena Silveira e Marcela Ribeiro²⁵.

Na visão dessas autoras, o modelo meramente representativo de democracia encontra-se ultrapassado. Então, a proposta delas é pautada em uma democracia participativa que se concretize por intermédio da deliberação. Ou seja, deve-se questionar a forma de participação no processo político. Não basta, entretanto, haver eleições regulamentadas, conforme defendido pelos chamados por elas de “liberais hegemônicos”. Nem mesmo o conceito de participação, seguem as autoras, deve se restringir a opiniões da maioria sem a observância de espaços adequados e procedimentos para sua realização.

Além disso, em um processo democrático, as razões devem ser discutidas, e os participantes inseridos no contexto de liberdade e igualdade, devem influenciar permanentemente o processo de tomada de decisões. Isto é, por meio da deliberação, se expande os marcos

²³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 36.

²⁴ No presente trabalho, adota-se o conceito de interesse público construído por Celso Antônio Bandeira de Mello. Entende-se, portanto, que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelos simples fato de o serem”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 62.

²⁵ Maria Tereza Dias desenvolve vários estudos na área do Direito Administrativo em correlação com a importância da participação popular na Administração Pública dentro do contexto da democracia participativa. Para uma análise das obras da autora direcionadas a essa temática, ver: DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G.; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39817/95995>>. Acesso em: 05 mar. 2020. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Popular participation in the Municipal Housing Council of Belo Horizonte, Minas Gerais, Brazil. In: XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie, 2015. *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. v. 1. p. 446-455. DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao Direito Administrativo da cidadania e da inclusão social. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, v. 1, p. 465-477. DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. v. 1. 535p.

democráticos para além da representação e uma das formas de fomentá-la advém da democracia participativa.

De acordo com Maria Tereza Dias, Helena Silveira e Marcela Ribeiro, busca-se, então, concretizar uma proposta constitucional de democracia deliberativa fomentada pela ampla participação. A legitimidade deverá decorrer, portanto, do debate das agências reguladoras com o setor regulado e a sociedade civil, ou seja, todos aqueles interessados ou afetados pelas normas produzidas na ANS²⁶.

2.3 A participação popular e o debate na doutrina administrativista

Aos conceitos teóricos mencionados anteriormente, faz-se necessário acrescentar os entendimentos de outros administrativistas que também sustentam a legitimidade das agências reguladoras a partir do fortalecimento da democracia participativa, ou seja, visando assegurar efetiva participação popular. Ressalta-se que, no presente trabalho, a ideia de legitimidade defendida é a que constrói Paulo Bonavides em sua *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. É uma legitimidade que tem na soberania popular o seu pressuposto. Há, nesse sentido, uma atração da sociedade para participar concretamente das instâncias decisórias estatais²⁷.

Destaca-se que Paulo Mattos desenvolve raciocínio acerca do que ele denomina de “atores relevantes”. Na visão do autor, é fundamental o maior número possível de atividades nas quais estejam inseridos os atores relevantes, isto é, aqueles grupos que vão além dos representantes das empresas reguladas. Geralmente, compõem este grupo as associações não governamentais de defesas de interesses difusos, tais como grupos de proteção ao consumidor ou a “cidadãos desvantajados” (população de baixa renda, portadores de deficiência física etc); cidadãos engajados em debates públicos; políticos que representam seus partidos ou grupos de pressão; sindicatos; associações profissionais; advogados ou outros profissionais liberais engajados, jornalistas, publicitários etc²⁸. Dessa maneira, o referido conceito se aproxima à ideia de participação popular sustentada neste trabalho.

No mesmo sentido, defende Marçal Justen Filho que se deve garantir a defesa da participação popular no âmbito da tomada de decisões das agências reguladoras mediante a intervenção externa, da sociedade. Nessa perspectiva, é fundamental que a atividade decisória

²⁶ DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G.; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39817/95995>>. Acesso em: 05 mar. 2020, p. 746-747.

²⁷ Sobre a noção de legitimidade elaborada por Paulo Bonavides, nas palavras do autor: “urge introduzir pois o mais cedo possível a nova legitimidade, cuja base recomposta é, novamente, a cidadania, mas a cidadania redimida, sem os percalços que lhe inibem a ação soberana, sem a perversão representativa, sem o falseamento da vontade, sem as imperfeições conducentes às infidelidades do mandato e aos abusos da representação”. BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 18.

²⁸ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9., 2004, Madrid. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>. Acesso em: 04 mar.2020, p. 6.

da agência incorpore a participação popular, mesmo quando não haja convergência plena com as sugestões e propostas apresentadas. Incorporá-la é reconhecer como relevante a intervenção externa, acolhendo-a ou justificando sua rejeição²⁹.

Para o autor, não se deve admitir o fenômeno denominado de participação externa “cosmética”. A expressão indica a situação em que a agência predetermina sua decisão e desencadeia uma série de formalidades, inclusive com audiências públicas destinadas apenas a dar uma aparência de democracia à decisão³⁰. Ou seja, ouvem-se os particulares e os segmentos interessados, mas se adota decisão desvinculada de todas as contribuições. Isso significa que a agência reguladora tem o dever de justificar suas decisões regulatórias, inclusive, apresentando os fundamentos pelos quais reputou inadequado acolher as colaborações, manifestações e propostas formuladas pela sociedade³¹.

Em vista do exposto, pode-se entender a participação popular como sendo a efetiva atuação, o que abrange a exposição de distintos interesses e perspectivas, daqueles que mais são afetados pelas decisões elaboradas no âmbito da ANS: os usuários dos planos de saúde, individualmente, e seus representantes, como os órgãos de defesa dos consumidores. Assim, somente com participação verdadeiramente popular é garantida, em última instância, a soberania popular na tomada de decisão das agências reguladoras.

Com essa delimitação teórica e conceitual, a análise de como tem se dado a participação popular na tomada de decisões na esfera da ANS pode avançar. Em decorrência disso, estabelecer sua extensão e desafios. Isso porque os grupos que majoritariamente participam dos processos decisórios da ANS, tendo em vista os postulados aqui apresentados, não são representantes de toda a sociedade. Não asseguram, portanto, soberania popular na agência em análise, o que torna os mecanismos de participação em instrumentos meramente formais.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000220&pid=S1808-2432200900020001500015&lng=pt>. Acesso em: 07 mar. 2020, p. 20.

³⁰ Sobre o tema das audiências públicas, existem estudos que tomam por base um enfoque crítico quanto ao déficit de legitimidade democrática inerente a elas. Ainda que voltado à utilização deste meio de participação social em outra esfera de Poder, qual seja, o Judiciário, ressalta-se estudo de Mário César Andrade. Na ocasião, ele aborda o paradoxo entre discurso e prática no que concerne à realização de audiências públicas no processo decisório de questões relevantes no STF e tidas com cultural e/ou cientificamente controversas. Para o autor, os discursos dos ministros vão ao sentido de qualificar as audiências públicas como instrumentos de pluralização do juízo de constitucionalidade e de legitimação democrática das decisões da jurisdição constitucional. Todavia, na prática, percebe-se a restrição das audiências à oitiva de especialistas de modo a suprir o desconhecimento técnico dos ministros. Assim, conclui o autor “que a pretensão democrática e pluralizadora atribuída pela doutrina jurídica às audiências públicas no STF, e alimentada pelos próprios ministros do Tribunal, não tem se concretizado na forma como essas audiências têm sido realizadas”. Para uma análise aprofundada sobre a temática, ver: ANDRADE, Mário César. *Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso democrático e prática tecnocrática*. In: *Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2016. Separação dos poderes, democracia e constitucionalismo*. v. 1. p. 197-209.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, p. 301-332, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000220&pid=S1808-2432200900020001500015&lng=pt>. Acesso em: 07 mar. 2020, p. 20.

3 OS SUJEITOS ATUANTES NO PROCESSO DECISÓRIO DA ANS E OS MEIOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

3.1 Os grupos de interesse participantes no processo decisório da ANS

Há uma multiplicidade de interesses ligados ao setor da saúde suplementar. Estes abrangem as operadoras dos planos de saúde, consumidores e o interesse público em geral. Assim, vários de atores são aptos a participarem do processo decisório no âmbito da ANS.

Os seguintes sujeitos podem ser elencados: operadoras de serviço de saúde suplementar³²; prestadores de serviço, enquanto pessoas físicas (participam da tomada de decisões da ANS por intermédio de suas entidades representativas, como, por exemplo, as associações médicas) ou jurídicas (hospitais que atuam individualmente ou representados); entidades consumeristas, representativas dos usuários dos planos de saúde; atores governamentais (Tribunais de Contas e Ministério Público, por exemplo); órgãos intersetoriais (geralmente compostos por representantes do governo, empresas e sociedade civil); indivíduos interessados, tais como universidades, organizações religiosas, institutos culturais, dentre outros.

Dos grupos citados, participam em maioria na tomada de decisões da ANS, os agentes econômicos regulados (operadoras), com o percentual de 49,63%. Agentes econômicos não regulados (prestadores) atingem 21,32%. Completa a totalidade os indivíduos interessados, 10,29%; as entidades consumeristas, 4,78%; atores governamentais, 3,31%; conselhos de saúde, 0,37%; outros, 5,89%; e não identificados, 4,41%³³.

Diante de tais dados, percebe-se uma participação majoritária e seletiva de setores específicos, visto que há uma discrepância significativa entre a presença dos agentes econômicos em detrimento de entidades consumeristas e indivíduos interessados, ou mesmo daqueles usuários dos serviços prestados pelos planos de saúde.

³² As operadoras de serviço de saúde suplementar são os agentes econômicos diretamente regulados pela ANS. Organizam-se sob a forma de cooperativas médicas, empresas de medicina de grupo, seguradoras, autogestoras, entidades filantrópicas e administradoras de benefícios. As cooperativas de saúde, empresas de medicina de grupo e seguradoras de saúde dominam o mercado de saúde suplementar. Destaca-se a Unimed, que se organiza em unidades municipais, como a maior cooperativa médica do Brasil. SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018, p. 357.

³³ Os dados apresentados neste trabalho acerca dos sujeitos participantes no processo decisório da ANS foram extraídos do banco de dados criado e sistematizado por Natasha Salinas e Fernanda Martins através da coleta de informações do site da ANS no ano de 2018. Tais informações podem ser acessadas publicamente nas seguintes páginas: <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/audiencias-publicas> e <http://www.ans.gov.br/participacao-da-sociedade/consultas-e-participacoes-publicas>. Para uma análise completa dos gráficos e tabelas desenvolvidos a partir dos dados fornecidos pela ANS, ver: SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018 p. 363.

3.2 As audiências e consultas públicas: uma análise de suas estruturas e seus funcionamentos

As agências reguladoras, de um modo geral, trazem nas leis que as criam, ou em normas internas (resoluções normativas), meios que buscam assegurar a participação popular no processo de tomada de decisões. Tratam-se, majoritariamente, das audiências e consultas públicas. Ainda, existem em algumas destas autarquias as câmaras técnicas³⁴.

A audiência pública é um mecanismo participativo já difundido no âmbito da administração federal. Estudos foram elaborados sobre esse instituto visando investigar o seu potencial de efetividade, formas de sua realização, assim como sugestões para o seu aprimoramento. Dentre os mesmos, está o relatório de pesquisa realizado pelo IPEA no ano de 2013. Ele delimitou o conceito desse instrumento de participação popular mediante algumas características, dentre as quais se cita o seu caráter consultivo; pontual; presencial; coletivo; o fato de pressupor manifestação oral dos participantes; implicação de debate entre os atores envolvidos; ser aberta a todo público interessado; e, por fim, conter regras específicas para o seu funcionamento, variando de acordo com a instituição organizadora³⁵.

Já a consulta pública diz respeito a um mecanismo de participação da sociedade civil no processo decisório das agências reguladoras por escrito, via sítio eletrônico. Nessa situação, conforme aponta Natasha Salinas e Fernanda Martins, a consulta à população deve observar certos ritos e procedimentos que podem ser estabelecidos em uma lei geral aplicada transversalmente a todas as agências reguladoras (modelo norte-americano) quanto podem ser tratados de forma específica, por meio da legislação que rege uma determinada agência (modelo brasileiro)³⁶.

No caso da ANS, a Resolução Normativa nº 242, editada em 07 de dezembro de 2010 regulamenta a realização das audiências públicas e das consultas públicas. Em seu artigo 5º dispõe que as consultas públicas serão formalizadas por meio de publicação no Diário Oficial da União e divulgadas no sítio da própria autarquia³⁷. Seu período de duração, via de regra, tem início 07 dias após a publicação no DOU e tem duração de, no mínimo, 30 dias, podendo ser prorrogado a critério da Diretoria Colegiada da ANS (art. 5º, §2º, RN nº 242/10).

³⁴ As câmaras técnicas, conforme disposto na RN nº 242/10 em seu artigo 17, possuem o intuito de ouvir e colher subsídios de determinados órgãos, entidades, pessoas naturais ou jurídicas, previamente convidados, no processo decisório da ANS em matérias consideradas relevantes, e não promover a inserção da sociedade civil propriamente dita. Assim, não serão objeto de estudo no presente trabalho, direcionado à participação popular na tomada de decisões da agência reguladora em comento.

³⁵ IPEA. Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. *Relatório de Pesquisa*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7541?mode=full>>. Acesso em: 19 fev. 2020, p. 14.

³⁶ SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018, p. 348.

³⁷ BRASIL. *Agência Nacional de Saúde Suplementar*. Resolução Normativa n. 242, de 7 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTYxNg==>>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

Ademais, decorrido o prazo para o encaminhamento das sugestões e contribuições, deverá ser divulgado no sítio da ANS um Relatório de Consulta Pública (RCP), contendo número de sugestões e contribuições recebidas com os respectivos dados estatísticos, consolidação das principais sugestões e contribuições, a manifestação motivada sobre seu aceite ou não, bem como a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à determinada proposta de ato normativo (art. 8º, RN nº 242/10).

A realização das audiências públicas, por sua vez, se dá conforme regulamentado pelos artigos 9º e seguintes da RN nº 242/10, por deliberação da Diretoria Colegiada naqueles casos de matérias consideradas relevantes. Ela pode ocorrer tanto presencialmente, quanto em meio virtual, onde não haverá limite de vagas ou obrigatoriedade de prévia inscrição.

Após a realização da audiência pública, deverá a área técnica responsável pela condução do processo divulgar no sítio da ANS um Relatório da Audiência Pública (RAP), no qual deverá conter ata do evento, consolidação das principais sugestões e contribuições dos participantes juntamente da manifestação motivada sobre o seu acatamento ou rejeição, a identificação das sugestões e contribuições incorporadas ao processo decisório da ANS, assim como dados estatísticos relativos à participação naquela determinada audiência (art. 16, RN nº 242/10).

3.3 Os mecanismos de participação no contexto da ANS

A partir de uma análise dos diplomas normativos criadores das agências reguladoras e das suas resoluções normativas, é possível identificar o tratamento jurídico da participação popular no âmbito da regulação setorial.

Não são todas as agências reguladoras que fixam a obrigatoriedade da existência de mecanismos assecuratórios da participação da sociedade em seus processos decisórios. Todavia, a imposição para a realização dos meios participativos está presente na maioria das leis referentes às agências. Nesse grupo, encontram-se a ANAC, a ANATEL, a ANEEL, a ANTAQ, a ANTT e a ANP. São facultativos os meios de participação popular na ANA, na ANCINE, na AN-VISA e na ANS.

A ANS se enquadra dentre as agências reguladoras que não fixam como obrigatória a realização de audiências ou consultas públicas em seu processo decisório. O fato de a ocorrência dos mecanismos de participação popular ficar a cargo de deliberação da diretoria colegiada, para as matérias consideradas por ela como relevantes para o setor, pode acarretar em uma conduta arbitrária. Dessa forma, percebe-se o afastamento do ideal de democracia participativa no âmbito interno de regulação da ANS e demais agências reguladoras que operam na mesma lógica.

Cumprido destacar que, ainda que houvesse a obrigatoriedade legal para a realização dos meios assecuratórios da participação popular no processo decisório da ANS, isso não significaria que seria possível garantir a efetiva participação popular. Isso porque se deve levar em conta variados fatores, como, por exemplo, a eficácia dos mecanismos adotados e a discussão sobre o modo como eles têm sido difundidos, ou o fato de haver uma liberalidade dos interessados para participar ou não deles, o que também poderia contribuir para a sua baixa efetividade.

Contudo, a previsão legal deve ser o ponto de partida para a busca de uma participação popular concreta na ANS. Atos normativos que tornam obrigatória a realização dos mecanismos de participação da sociedade, notadamente, em processos decisórios envolvendo o interesse público, tendem a contribuir para uma maior transparência. Em decorrência disso, aumentam seu potencial de efetividade. De acordo com a pesquisa realizada pelo IPEA:

O mapeamento realizado sobre a utilização de audiências públicas no âmbito do governo federal evidenciou que grande parte delas ocorre porque há um ato normativo que torna sua realização obrigatória. Em um grande número de casos, consequentemente, previsões em leis, decretos, resoluções, instruções normativas ou portarias determinam, mesmo que em parte, como as audiências devem ser realizadas, tendo impactos diversos no potencial de efetividade da participação. Nesse sentido, as previsões normativas podem contribuir para aumentar a transparência do processo participativo, ao garantirem o acesso aos documentos relevantes e demais informações importantes e ao apresentarem de forma clara prazos e regras para a manifestação. Tais atos normativos também podem aumentar o potencial de efetividade da audiência, ao estipularem uma metodologia a ser utilizada que contribua para uma maior participação e permita a sistematização das contribuições, e ao exigirem uma devolutiva do órgão governamental para a sociedade que explicita quais contribuições foram aceitas, quais não e por quê³⁸.

Nada obstante, a mera previsão legislativa sem o devido aperfeiçoamento dos mecanismos de participação popular não tem servido para concretizar o interesse público na sua completude. Além disso, questiona-se o potencial de efetividade dos meios adotados de participação popular no âmbito do processo decisório da ANS nos moldes atualmente estabelecidos, ainda que superada a discussão acerca de sua obrigatoriedade de realização ou não.

A título de exemplo, pesquisa realizada por Maria Tereza Dias, Helena Silveira e Marcela Ribeiro se deteve sobre a realização das consultas públicas. Ressalta-se que, ao analisar as consultas públicas disponibilizadas pela ANS de 2001 a 2017, a conclusão das autoras foi de que, em praticamente todas as consultas, a autarquia apenas disponibiliza uma síntese das principais contribuições, mas sem a devida justificativa sobre seu acolhimento ou rejeição.

Outro ponto que afeta a efetividade das consultas públicas feitas pela ANS diz respeito ao fato de o resultado delas serem ignorados no momento de elaboração das resoluções normativas a serem aplicadas no setor da saúde suplementar. Dessa forma, a legitimidade democrática da atividade normativa da ANS seria afetada, na medida em que as contribuições da sociedade civil não geram impactos, transformando o processo de consultas, quando eles ocorrem, em mera ritualística formal. As autoras concluem:

Nota-se que a maioria das RN's estudadas levam até três meses para serem publicadas e, conforme dados levantados, esse prazo independe da quantidade de contribuições recebidas, o que teoricamente, vai contra à lógica de que as consultas que recebessem maior número de contribuições, hipoteticamente, deveriam levar

³⁸ IPEA. Audiências Públicas do Poder Executivo Federal: Fatores de Efetividade. *Texto para Discussão*. Brasília, setembro de 2013. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2035/1/TD_1873.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020, p. 19.

tempo maior de processamento, quando comparadas às consultas cujas contribuições são em número inferior³⁹.

Os argumentos expostos não pretendem reforçar o entendimento de que toda e qualquer tomada de decisão da ANS deva ser balizada a partir dos resultados da participação popular. Afinal de contas, essa premissa poderia afetar até mesmo a eficiência da regulação setorial, tomada pela morosidade de seu processo decisório.

Todavia, o questionamento sobre como e quando ocorrem os meios de participação popular e, principalmente, a sua materialidade pode ser um caminho para se averiguar a (in)existência de efetiva participação popular no processo decisório da ANS. Em síntese, não se pode esquecer que a atividade normativa de tal agência regula a conduta dos planos de saúde; o que em muito impacta os serviços prestados aos seus usuários.

3.4 O paradoxo da participação popular no processo decisório da ANS

A ideia de democracia participativa permite colocar em perspectiva os interesses politicamente organizados dos grupos econômicos que representam os planos de saúde, sobretudo, no seu exercício de influência na normatização jurídica que incide no setor da saúde suplementar. Com Paulo Bonavides, é possível compreender a potência e desafios de uma participação verdadeiramente popular na tomada de decisão pelo próprio Estado brasileiro. Ancorado neste autor, faz-se também uma crítica ao poder de influência dos grupos econômicos mencionados, notadamente, no processo de formulação normativa da Administração Pública, por meio da regulação setorial.

É com o Direito Constitucional da democracia participativa que, para o autor, poder-se-á revisitar e consolidar o conceito de soberania, tanto na dimensão teórico-política, quanto na dimensão jurídico-aplicada. Ou seja, é a partir da repolitização da legitimidade que será viável assegurar a liberdade dos povos. Dessa maneira, segundo Paulo Bonavides, será possível se contrapor ao esvaziamento do conteúdo jurídico-político da ação da Administração Pública, promovido pela visão neoliberal da relação entre o Estado, sociedade e mercado⁴⁰.

Todavia, a situação posta evidencia uma realidade na qual a legitimidade encontra-se formalizada, na qual os meios de participação popular têm determinados grupos econômicos como protagonistas. Nessa perspectiva, aponta Paulo Bonavides que:

A legitimidade formal, despolitizada, posta em bases procedimentais, desmembrada de seus conteúdos valorativos, se encaixa bem nos desígnios subjacentes aos interesses neoliberais, por servi-lhes de couraça, de antemuro, de escudo às suas posições contra-ideológicas, de suposta e falsa neutralidade⁴¹.

³⁹ DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39817/95995>>. Acesso em: 05 mar. 2020, p. 759.

⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 33-34.

⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 34.

As audiências públicas e as consultas públicas, tidas como o lugar adequado à participação dos mais distintos setores interessados na atividade decisória da ANS, atendem, na verdade, a um grupo privilegiado. Ele é formado pelas operadoras de planos de saúde, bem como prestadores de serviços. Os dados anteriormente apresentados a respeito dos sujeitos que atuam, em maior ou menor número, na tomada de decisões dessa autarquia indicam tal constatação.

Assim, constata-se um paradoxo. As premissas estabelecidas na lei da ANS e na Constituição de 1988 preveem técnicas de participação popular na tomada de decisão da agência reguladora. Entretanto, a experiência de democracia participativa do referido órgão revela que os grupos econômicos que representam os interesses dos planos de saúde prevalecem perante os demais. Dessa maneira, é possível constatar uma espécie de lógica formalista que acaba por excluir outros interesses que efetivamente assegurariam a legitimidade democrática na regulação setorial⁴². Em síntese, o poderio econômico acaba por ser um meio de fortalecimento político e vice-versa, influenciando a produção normativa da Administração Pública concernente à regulação setorial.

É nesse sentido que Paulo Mattos afirma a existência de um jogo de relações políticas internas ao Estado que não é estático. Para ele, não se pode ver como algo negativo as disputas políticas nos canais de circulação de poder internos à burocracia estatal. Entretanto, esses canais (no presente trabalho eles podem ser traduzidos como os meios de participação popular), por serem, em termos de efetividade, pouco públicos e pouco institucionalizados democraticamente, fazem com que apenas determinados atores tenham acesso ao jogo de barganha político que está na base da ação regulatória do Estado.

O autor mencionado frisa, baseando-se também em outros estudiosos, a existência de de “anéis burocráticos” ou “alianças” do Estado⁴³. De acordo com as palavras de Paulo Mattos:

Nesse contexto, tal modelo de Estado regulador se constitui no Brasil com déficits de legitimidade democrática. São poucos os grupos de interesse que têm acesso aos processos decisórios em matéria de políticas públicas e são poucos os mecanismos institucionalizados de controle democrático das decisões tomadas. Os déficits de legitimidade se apresentam, assim, tanto no que diz respeito às formas de controle no plano da separação de poderes, como no plano das relações entre Estado e sociedade civil⁴⁴.

⁴² FONSECA, I. F. da; AVELINO, D. P. Governança Participativa: a necessidade de ir além do discurso. *Boletim de Análise Político-Institucional (BAPI)*, n. 19, p. 43-48, dez. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8968>>. Acesso em: 06 mar. 2020, p. 45.

⁴³ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9., 2004, Madrid. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020, p. 2.

⁴⁴ MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9., 2004, Madrid. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2020, p. 2.

Há uma corrente teórica norte-americana que investiga a cooptação das agências reguladoras pelas empresas reguladas. Trata-se da teoria da captura. A sua premissa é de que a regulação sempre ocorrerá em favor da empresa regulada⁴⁵. Ressalta-se que o objetivo do presente trabalho não é esgotar esse resgate teórico. Além disso, sua utilização carece de algumas ressalvas: em primeiro lugar por ser uma teoria que se desenvolveu a partir do contexto regulatório engendrado nos Estados Unidos; segundo porque em seu próprio país de origem sofreu críticas por ser uma interpretação tida como superficial do processo de captura⁴⁶.

A despeito de suas controvérsias e insuficiências, ela permite lançar um olhar crítico à relação próxima entre agência e empresas reguladas, pois esta evidenciaria um maior distanciamento da expressão dos interesses dos cidadãos usuários dos planos de saúde. Assim, alguns apontamentos da teoria da captura permitem o questionamento acerca da existência da instrumentalização das ferramentas de participação popular, que estariam sendo utilizadas apenas para consolidar os interesses das operadoras de plano de saúde.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão, com base nessa teoria, ressalta que as agências reguladoras acabam por ficar livres à influência econômica dos poderosos interesses regulados. Tal fenômeno é posto como um dos maiores riscos das agências reguladoras. Estas, portanto, acabam por desviar seu objetivo de proteção ao público, o que significaria uma defesa e proteção para os empresários do setor e, simultaneamente, a introdução ou elevação de barreiras de entrada para os que estão de fora⁴⁷.

Em última instância, a existência de influências políticas mais fortes de um determinado grupo econômico pode inviabilizar o alcance democrático dos mecanismos de participação popular. Dessa forma, as decisões das agências reguladoras, como nos casos analisados da ANS, acabam obedecendo uma lógica puramente formal de democracia participativa.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões expostas sobre a participação popular no processo decisório da ANS apresentam algumas contribuições que merecem destaque. Ressalta-se que, a partir dos resultados alcançados, é possível avançar no debate sobre os meios participativos conferidos à sociedade de uma forma geral no contexto de um Estado Democrático de Direito. E, assim, abrir novos caminhos para discussão do tema, primando pelo aperfeiçoamento da participação popular nas instâncias decisórias da Administração Pública.

⁴⁵ LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31.

⁴⁶ FIANI, Ronaldo. *Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: UFRJ; IE, 1988. (Texto para discussão). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020, p. 21.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense, p. 400-401.

A regulação do setor de saúde suplementar em um período de crise provocada pela Covid-19 contribuiu para aumentar a relevância do presente trabalho. Nesse sentido, o estudo deste setor enquanto partícipe do sistema de saúde pública é basilar na compreensão do tema. Ademais, o entendimento da ordem econômica constitucional de 1988 como programática e dirigente fixa as premissas da regulação setorial fundada na Constituição. Dessa forma, é impossível pensar em um modelo de regulação que seja tomado por decisões puramente técnicas e burocráticas, estando este afastado da influência da participação popular.

Nesse contexto, frisa-se que a apresentação de noções sobre o conceito de participação popular tem importância fundamental na caracterização daquela que deve ser uma participação concreta de toda a sociedade no processo de tomada de decisões da ANS, assim como em outras agências reguladoras. A democracia participativa, portanto, é assegurada desde que os meios participativos consigam abranger os distintos estratos da sociedade. Isto é, os grupos e indivíduos que são interessados e afetados de alguma forma pela regulação da saúde suplementar.

A análise sobre os sujeitos que participam em maior número do processo decisório da ANS, bem como a compreensão do funcionamento dos mecanismos de participação popular, permite confirmar as preocupações com o déficit democrático na tomada de decisões da referida autarquia. Há, nessa perspectiva, uma contradição evidente. Um modelo que se pretende participativo, na verdade, é dominado por um grupo específico: o das empresas que operam os planos de saúde. Por consequência, os meios de participação popular acabam por se tornar mecanismos meramente formais.

Por fim, a conclusão que aqui se pode chegar, mais como um ponto de partida do que de chegada, é que existem insuficiências em tal modelo participativo. Estes se transformam em desafios no âmbito da regulação setorial concernentes à busca por uma participação popular concreta, de modo a se manter no caminho dos postulados de um Estado que se pretende Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mário César. Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso democrático e prática tecnocrática. In: *Anais do II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, 2016. Separação dos poderes, democracia e constitucionalismo*. v. 1. p. 197-209.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3ª ed. 2013. Rio de Janeiro: Forense.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Fundamentos e rumos da democracia participativa: soberania, legitimidade e unidade nacional. Aula Magna - XIX Conferência Nacional de Advogados. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. único, p. 663-677, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo social e democracia participativa. In: Jairo Schäfer. (Org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. 1ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, v. único, p. 17-33.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, J.J., G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W.; STRECK, L. L.; LEONCY, L. F. *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. 2018. Editora Saraivajur.

DIAS, M. T. F.; SILVEIRA, H. C. G.; RIBEIRO, M. P. O déficit de legitimidade democrática na atividade normativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar por meio de consultas públicas (2001-2017). *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 38.2, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/39817/95995>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Popular participation in the Municipal Housing Council of Belo Horizonte, Minas Gerais, Brazil. In: XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the Internationale Vereinigung für Rechts und Sozialphilosophie, 2015. *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies*. v. 1. p. 446-455.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Rumo ao Direito Administrativo da cidadania e da inclusão social. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, v. 1, p. 465-477.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro setor e Estado - legitimidade e regulação: por um novo marco jurídico*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. v. 1. 535p.

FIANI, Ronaldo. *Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras*. Rio de Janeiro: UFRJ; IE, 1988. (Texto para discussão). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/grc/pdfs/teoria_da_regulacao_economica.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2020.

FONSECA, I. F. da; OLIVEIRA, M. S.; REZENDE, R. R. *Diagnóstico e Avaliação das Audiências Públicas no Âmbito do Governo Federal*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2012.

FONSECA, I. F. da; AVELINO, D. P. Governança Participativa: a necessidade de ir além do discurso. *Boletim de Análise Político-Institucional (BAPI)*, n. 19, p. 43-48, dez. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/8968>>. Acesso em: 06 mar. 2020.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, Fórum, ano 2, n. 4, p. 187-209, jan./mar. 2004.

IPEA. Audiências Públicas do Poder Executivo Federal: Fatores de Efetividade. *Texto para Discussão*. Brasília, setembro de 2013. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2035/1/TD_1873.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

IPEA. Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. *Relatório de Pesquisa*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7541?mode=full>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Agências Reguladoras e Democracia: existe um déficit democrático na “regulação independente”? In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*, Rio de Janeiro: Forense, p. 301-332, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000220&pid=S1808-2432200900020001500015&lng=pt>. Acesso em: 07 mar. 2020.

LEURQUIN, Pablo. *A regulação da aviação civil no Brasil: desenvolvimento econômico, integração regional e inter-regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LEURQUIN, P.; LARA, F. T. de R. A regulação autônoma no Brasil: um diálogo com a experiência francesa. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 2, p. 141-176, jul. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n2p146. ISSN: 2178-8189.

LEURQUIN, Pablo. *Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia*. 2018. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, 9., 2004, Madrid*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/imagens/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf>. Acesso em: 04 mar.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32ª edição, revista, atualizada até a Emenda Constitucional 84, de 2.12.2014. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NUNES, Francisco Pizzette. *Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado*. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abril, 2011.

PINTO, Élica Graziane. *Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde*. Rio de Janeiro: CEE-Fiocruz; 2017. Disponível em: <http://www.cee.fiocruz.br/sites/default/files/Artigo_Elica_Graziane.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

PINTO, Élica Graziane. Dia mundial da saúde evidencia estado de coisas inconstitucional no SUS. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-07/contas-vista-dia-mundial-saude-estado-coisas-inconstitucional-sus>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

SALINAS, N. S. G.; MARTINS, F. Os Mecanismos de Participação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). In: Dossiê Especial: Políticas Públicas e o Direito à Saúde no Brasil. *Rev. Bras. Polít. Públicas*, Brasília, v.8, nº 3, p. 342-368, dez. 2018. DOI: 10.5102/rbpp.v8i3.5738. ISSN: 2236-1677.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Como proteger o consumidor quanto aos bens essenciais na Covid-19. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/direito-civil-atual-protoger-consumidor-quanto-aos-bens-essenciais-covid-19>>. Acesso em: 14 abr. 2020.



PROTAGONISMO JUVENIL: REFLEXÕES JURÍDICO-FILOSÓFICAS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DAS JUVENTUDES NO AGIR POLÍTICO CONTEMPORÂNEO

YOUTH PROTAGONISM: LEGAL-PHILOSOPHICAL REFLECTIONS ON PARTICIPATION OF YOUTH IN CONTEMPORARY POLITICAL ACTION

CRISTIANO LANGE DOS SANTOS*

RESUMO

O objetivo é refletir sobre a concepção que envolve o protagonismo juvenil, a participação e o agir das juventudes no campo da política. O problema é examinar o descompasso entre os conteúdos jurídicos dispostos no Estatuto da Juventude que garantem a participação dos jovens - em sua dimensão de protagonismo - e a sua efetiva aplicação no campo da política. A hipótese é que há um distanciamento entre as normas previstas no Estatuto da Juventude, que garantem os jovens como sujeitos de direitos e a sua inserção nos espaços políticos de participação, para considerá-los como protagonistas qualificados em assumir uma ação, com caráter emancipatório no campo da política. O método de procedimento é monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se que o protagonismo juvenil se limitou a exercer uma dimensão pedagógica, vinculada ao âmbito escolar, incapaz de afirmar os jovens, enquanto sujeitos de direitos, capazes de fortalecer a cidadania e politização nos processos de participação política.

Palavras-chave: Direito; juventude; participação; política.

ABSTRACT

The objective is to reflect on the conception that involves youth engagement, participation and action of youths in the field of politics. The problem is to examine the misstep between the legal system set out in the Statute for Youth that ensure the participation of young people - in their dimension of engagement - and their effective application in the field of politics. The hypothesis is that there is a distance between the norms provided for in the Statute for Youth, which guarantee young people as subjects of rights and their insertion in the political spaces of participation, to consider them as protagonists capable of assuming an action with an emancipatory character in the field of politics. The procedure method is monographic, with bibliographic and documentary research techniques. It is concluded that youth engagement was limited to exercising a pedagogical dimension, correlated to the school environment, unable to affirm young people as subjects of rights, capable of strengthening citizenship and politicization in the processes of political participation.

Keywords: Law; youth; participation; politic.

* Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.
Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade Luterana do Brasil. Advogado.
cristiano.advg@gmail.com

Recebido em 31-8-2020 | Aprovado em 23-10-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 JUVENTUDE E PROTAGONISMO: CONCEPÇÕES E SUA COMPREENSÃO; 2 DIREITOS DE JUVENTUDE E PROTAGONISMO: DISPOSITIVOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 3 PROTAGONISMO JUVENIL: A PARTICIPAÇÃO JUVENIL SEM AÇÃO NEM PALAVRA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é fazer uma reflexão sobre a concepção normativa que envolve a participação, protagonismo juvenil e o agir das juventudes no campo da política.

O problema definido para o artigo é examinar o descompasso entre os conteúdos jurídicos dispostos no Estatuto da Juventude que garantem a participação dos jovens - em sua dimensão de protagonismo - e a sua efetiva aplicação no campo da política.

A aprovação da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 que dispôs, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), garantiu o reconhecimento de crianças, adolescentes e jovens como passíveis de atenção por políticas públicas.

Essa dimensão progressista relaciona-se com a perspectiva da ideia do protagonismo juvenil, que remete a um conceito que vem sendo veiculado como palavra de ordem dentro de um discurso pautado pela participação social dos jovens nas últimas décadas no Brasil.

Se por um lado, o uso do termo tem se apresentado como a capacidade do jovem em situação de risco de vulnerabilidade ser protagonista no desenvolvimento do país e ser inserido nos processos de inclusão social. Por outro, o protagonismo limitou-se a exercer um papel pedagógico, sem apresentar-se como elemento delineador de afirmação das juventudes, enquanto sujeito de direitos, capazes de fortalecer a cidadania, a politização e a liberdade nos processos de participação política.

Dessa maneira, o conceito apresenta diversos modos de compreensão, e é utilizado de forma direcionada, dependendo do processo de abordagem e do contexto, em que os jovens estão inseridos, para supor a sua inclusão social e política.

Porém, é necessário ressaltar que a participação dos jovens nos processos políticos é seletiva, com base nos critérios socioeconômicos, na medida em que, a desigualdade social impõe um recorte entre as diversas categorias das juventudes, nas quais, as juventudes empobrecidas e periféricas continuam como projetos pedagógicos, enquanto a juventude mais abastada pode ser considerada sujeito de direitos.

Vale dizer que a crise de representatividade política, expressa, pelo alto índice de abstenção eleitoral; apatia política; desinteresse pelas questões coletivas; desmoralização da política e dos políticos; desconfiança em relação às instituições públicas e, a emergência dos protestos antissistema, são apenas alguns dos elementos que reduzem o significado da política, no contexto contemporâneo, especialmente para os jovens.

Ainda assim, as juventudes encontram outros modos de se afirmar, como sujeito de direitos para além do voto e expressar seu descontentamento e sua capacidade de participação na vida política. Eles trazem novas formas de compreender a realidade com saberes e experiências inovadoras.

A hipótese que sustenta a investigação é a de que há um distanciamento entre as normas previstas no Estatuto da Juventude, que garantem os jovens como sujeitos de direitos e a sua inserção nos espaços políticos de participação, para considerá-los como protagonistas capazes de assumir uma ação, com caráter emancipatório, no campo da política.

De acordo com essa perspectiva, o artigo faz parte de uma investigação centrada, sobre a dinâmica política das juventudes¹, com o fim de compreender questões, em como são inseridos, participam e influenciam os processos políticos.

Para tanto, no presente artigo, faz-se uso da técnica de pesquisa documental e bibliográfica, mediante o exame e interpretação das contribuições teóricas trazidas por Hannah Arendt sobre a importância e o significado da política na contemporaneidade. A metodologia de análise utilizada é teórica, na perspectiva interpretativo-jurídica, em que coteja, partindo dos elementos normativos encontrados na pesquisa documental, oriundos dos dispositivos do Estatuto da Juventude, com os conceitos políticos *arendtianos* extraídos desta pesquisa bibliográfica.

O artigo está organizado em três momentos: no primeiro, apresenta-se a conceituação, do que significa ser jovem e a construção do significado do protagonismo juvenil, desde a perspectiva escolar, até sua inserção no ordenamento jurídico; no segundo desenvolve-se o processo histórico de construção normativa dos jovens, como sujeitos de direitos e sua dimensão participativa na Emenda Constitucional 65, de 13 de julho de 2010, e no Estatuto da Juventude; no terceiro, a partir das premissas teóricas de filosofia política, contidas no pensamento de Hannah Arendt, problematizam-se os conceitos dispostos nos ordenamentos jurídicos, acerca da participação com ênfase no protagonismo.

1 JUVENTUDE E PROTAGONISMO: CONCEPÇÕES E SUA COMPREENSÃO

O uso do conceito de juventude é marcado pela premissa da diversidade. Nesse aspecto, diferentes perspectivas de estudo sobre a juventude partem do esforço de entendê-las, de acordo, com seu contexto histórico, analisando de que forma a estrutura social vivenciada pelos jovens possibilita que, suas singularidades ou especificidades, em que são enfrentadas no espaço-tempo sejam reveladas em sua vivência.

O conceito juventude marca também uma postura política, de entendimento do sujeito individual, como um sujeito coletivo, no processo de individuação capaz de permitir construções em contextos de possibilidades e de impossibilidades, nos quais são marcados por seu

¹ A juventude é um público heterogêneo e eminentemente complexo, razão pela qual é preciso compreender quais seus desejos, problemas e dilemas, a fim de se desenhar políticas públicas capazes de permitir dialogar com suas linguagens e reduzir os impactos que lhes afetam. Diante dessa questão terminológica, este artigo, sempre que possível, denominará “as juventudes”, utilizando-se do plural, com o fim de reafirmar a diversidade e a multiplicidade que os jovens expressam.

momento histórico e por sua origem social, como sujeito dotado de sentimentos positivos e negativos, de vulnerabilidades e potencialidades, de decisões e indecisões.

A juventude é uma construção cultural relativa no tempo e no espaço, imaginada para suprir a escassez de mão de obra adulta na Revolução Industrial.

Nesse sentido, para Feixa:

Tras la segunda guerra mundial pareció imponerse en Occidente el modelo conformista de la juventud, el ideal de la adolescencia como período libre de responsabilidades, politicamente pasivo y dócil, que generaciones de educadores habían intentado imponer. En Alemania se hablaba de generación escéptica, en Italia de gioventú bruciata, en Francia de existencialismo, para referirse a las actitudes de evasión que arrastraban las secuelas de la guerra y el desencanto.²

Nesse aspecto é possível caracterizar a juventude como pessoas em processo de desenvolvimento – de transição – da infância para adolescência, capaz de protagonizar a transformação da subjetividade individual em realidade objetiva, concreta e social.

Desse modo, o termo protagonismo tem sido utilizado como sinônimo de participação ativa, ou seja, com uma posição mais destacada e qualificada, por parte dos jovens, nos distintos processos democráticos, especialmente no âmbito educacional, a partir da década de 1990.

A expressão protagonismo, de certa forma, revela a complexidade da sua conceituação e utilização, o que tem gerado algumas discussões, acerca da sua utilização na academia, que não a aceitou vindo a problematizá-la nas legislações, sobretudo aquelas em que constaram as reformas escolares e nos movimentos do terceiro setor que a massificaram reproduzindo indiscriminadamente nas suas cartilhas sociais.

A complexidade do conceito do protagonismo juvenil permite uma interpretação ampliada que pode ser associada a outros conceitos que se aproximam: participação, responsabilidade social, identidade, autonomia e cidadania.

O uso do conceito protagonismo tem se apresentado de forma dúbia para expressar a capacidade do jovem, em ser protagonista – ator principal – ou quem combate na primeira fila, ocupando o lugar principal como personagem mais notável no desenvolvimento do país, do espaço, no qual está relacionado e, em seu próprio interesse³.

Significa dizer que, o jovem passa de uma posição passiva, para uma posição de destaque, em termos participativos vindos a se apresentar, primeiramente, no âmbito escolar e, a partir dessa experiência, passa a lhe acompanhar pelo restante da vida. Para Costa e Vieira essa prática está relacionada diretamente ao jovem e se denomina de “moderna cidadania”⁴, pois incentiva a construção dos seus desejos e anseios no campo político-social de cada jovem, de maneira individual.

² FEIXA, Carles. *De jóvenes, bandas y tribus*. Antropología de la juventud. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1999, p 41.

³ SOUZA, Regina Magalhães de. Protagonismo juvenil: o discurso da juventude sem voz. *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*. Volume 1, 2009, p. 02.

⁴ COSTA, Antônio Carlos Gomes da; VIEIRA, Maria Adenil. *Protagonismo juvenil: adolescência, educação e participação democrática*. São Paulo, SP: FTD, 2006.

Souza⁵ problematiza o sentido da concepção protagonismo tal como apresentada, entendendo-a como: “um exercício limitado que não contribui para a emancipação plena do jovem, como forma de expressão legítima de reivindicação de direitos, mas como uma prática mercadológica, que reforça um processo de despolitização, uma vez que propõe a “ação” individual na esfera do mercado”.

Essa nova “forma de política” esconde uma concepção com fundamento liberal, que surge na onda do terceiro setor, na década de 1990, com o fim de desresponsabilizar o Poder Público na formulação, implementação e execução de políticas públicas de juventude.

Para Ferretti, Zibas e Tartuce o conceito de protagonismo juvenil apresenta diversos modos de compreensão e interpretações, dependendo das formas de abordagem e do contexto, no qual os jovens estão inseridos⁶.

Logo, para Ferretti, Zibas e Tartuce, o protagonismo é “reconhecidamente um conceito fluído e multifacetado, carregado de significado pedagógico e político, tornando-o um potencial catalisador de conflitos e um objeto fértil para estudos”⁷.

O protagonismo juvenil, segundo Costa apresenta alguns fundamentos essenciais, cujo elemento principal se encontra no fator emancipacionista e desenvolvimentista dos jovens.

O termo Protagonismo Juvenil, enquanto modalidade de ação é a criação de espaços e condições capazes de possibilitar aos jovens envolverem-se em atividades direcionadas à solução de problemas reais, atuando como fonte de iniciativa, liberdade e compromisso. [...] O cerne do protagonismo, portanto, é a participação ativa e construtiva do jovem na vida da escola, da comunidade ou da sociedade mais ampla. (COSTA, 2001, p.179).

O protagonismo é apresentando com base na etimologia do grego *protagnistés*, que se refere à *protos*, enquanto ator principal no teatro, ou que ocupa o papel central num acontecimento e *agonistes*, que significa lutador, competidor, contendor⁸.

Cabe destacar que a proposta inicial de protagonismo envolvia especificamente o âmbito escolar, inserindo o jovem no processo de gestão educacional, ajudando-o a construir sua autonomia, emancipação e permitir a interação em situações que exigiriam seu posicionamento individual e político.

Nesse sentido, é imperativo dizer que, no âmbito da educação, a noção de protagonismo juvenil tem sido construída desde a década de 1990, sendo até mesmo promovida pelo governo federal, como elemento importante na reforma curricular, ao propor um espaço pedagógico atraente e desafiador ao jovem, com o fim de favorecer seu progresso intelectual, social e afetivo.

⁵ SOUZA, op. cit., p. 05.

⁶ FERRETTI, Celso J.; ZIBAS, Dagmar M. L.; TARTUCE, Gisela Lobo B. P. Protagonismo Juvenil na Literatura Especializada e na Reforma do Ensino Médio. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 34, n.122, maio/ago. 2004, p. 411-423.

⁷ Ibid, p. 412.

⁸ DE TOMMASI, Livia. Tubarões e peixinhos: histórias de jovens protagonistas. *Educ. Pesqui*, São Paulo, v. 40, n. 2, p. 533-548, abr./jun., 2014.

E de fato, tal elemento foi previsto nas Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Médio (DCNEM), constituindo-se como prática essencial no ensino médio que incide, direta ou indiretamente, sobre as juventudes escolares para construir a cidadania⁹.

No entanto, pode-se de dizer que o projeto de protagonismo juvenil, tal como apresentado por Costa (1999), tinha um significado mais protetivo, na medida em que, abrangia o ambiente escolar, em que é um espaço controlado e, envolvia o desenvolvimento pedagógico do jovem, no qual, estava inserido, diferente do sentido de participação social, que impõe a autonomia.

Tratava-se de uma estratégia pedagógica a ser desenvolvida, em ambiente escolar, entretanto, ele foi ampliando seus horizontes¹⁰. Nesse sentido, o exercício do protagonismo, compreenderia, a princípio, o jovem como um ator social, que participa de espaços de interlocução política ou que os demanda, com vistas à transformação social, a partir da própria experiência de vida dos saberes por ele vivenciado.

Houve um processo de efetivação do discurso do protagonismo juvenil, ao longo da década de 1990, sendo reproduzido constantemente como emergente e, vindo, posteriormente, a se firmar como prática nos textos do terceiro setor, especialmente as organizações ligadas diretamente a empresas.

Segundo Souza¹¹:

No Brasil, a organização pioneira no uso e principal responsável pela consolidação do enunciado protagonismo juvenil foi a Fundação Odebrecht, imediatamente seguida pelo Instituto Ayrton Senna e pelo Instituto Internacional para o Desenvolvimento da Cidadania (IIDAC). Em março/abril de 1996, periódico editado pela Fundação Odebrecht trazia o artigo intitulado Protagonismo juvenil: projetos estimulam adolescentes a atuarem como agentes de ações voltadas para a comunidade (ODEBRECHT INFORMA, 1996, p. 25- 26). Os projetos destinados à juventude já haviam sido objeto do periódico, mas é bastante provável que a edição de março/abril de 1996 tenha sido a primeira em que o protagonismo juvenil foi identificado como o mote das atividades da Fundação Odebrecht. Entre os anos de 1997 e 1998, o enunciado protagonismo juvenil ainda estava se firmando como designativo de um discurso, aparecendo aqui e acolá.

A proposta consistia em desenvolver “projetos sociais” direcionados especificamente à juventude em situação de vulnerabilidade, notadamente negros, pobres e regiões urbanas periféricas com o objetivo de “inserir-los na sociedade”, “capacitá-los”, “capacitá-los para o trabalho e para a cidadania”.

⁹ No texto das Diretrizes Nacionais para o Ensino Médio (DCNEM), a expressão protagonismo foi expressa nos artigos 3º, 7º e 10, assim como subentendida em outros dispositivos que expressam a participação na comunidade, o exercício da autonomia, a responsabilidade, a participação do jovem, e o exercício pleno da cidadania.

¹⁰ Pode ser citada a Revista *Protagonismo Juvenil em Revista (ano 01, edição 01, de 2013)* da Secretaria Estadual de Educação de Mato Grosso, como exemplo de ação governamental para promover o protagonismo enquanto participação pedagógica no espaço escolar. Além dessa, há inúmeros outros exemplos que estimulam o protagonismo juvenil nas mais distintas esferas e ambientes.

¹¹ SOUZA, op. cit., p. 04.

Significa dizer, de outra forma, que o discurso do protagonismo foi - e tem sido - muitas vezes, utilizado como uma forma de construção de sujeitos individuais que alcançam a cidadania, por meio da prestação de serviços gratuitos à coletividade e por trabalhos voluntários, direcionados a jovens empobrecidos e periféricos. Entretanto, não se consegue efetivamente construir sujeitos autônomos e conscientes do potencial de transformação político que carregam consigo.

Observa-se, portanto, a distinção do conceito do protagonismo, marcado de acordo com a condição socioeconômica, identidade e localização geográfica, na qual o jovem está inserido, na medida em que, a experiência que se exprime é a da sua realidade social. Essa concepção encontra-se caracterizada pelo efeito pedagógico que ela impõe, sobre a dimensão *protagônica* dos jovens no âmbito escolar.

2 DIREITOS DE JUVENTUDE E PROTAGONISMO: DISPOSITIVOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Destaque-se que o reconhecimento dos jovens como sujeito de direitos é o núcleo central para garantir a exigibilidade dos processos de participação social e política como fundamento legítimo para que a dimensão do protagonismo seja concretizada na prática.

Em termos normativos, é imperativo mencionar a promulgação da Constituição Federal de 1988 como um marco referencial, uma vez que, previu a mudança de paradigma da situação irregular para a teoria da proteção integral, assegurando o adolescente como sujeito de direitos e não mais como “menores” vinculados aos estigmas negativos de tutela do Estado.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 alterou o sistema anterior, ao garantir uma nova abordagem sobre a criança e o adolescente. Do mesmo modo, a promulgação da Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) superou a doutrina jurídica da situação irregular, que produziu uma visão estigmatizada da infância, aprisionando conceitos jurídicos e limitando-os a concepções de controle social, vigilância e repressão do Estado.

Para Custódio¹², muito embora, o modelo normativo da situação jurídica irregular tenha sido superado, seus resquícios autoritários continuam a persistir. Basta citar o exemplo trazido pelo autor, quanto à linguagem, ao utilizar-se indiscriminadamente os termos “menor infrator” e “adolescente infrator”.

Com a inclusão da teoria da proteção integral na Constituição Federal de 1988, houve um redimensionamento das estruturas estatais, na tentativa de superação das práticas assistencialistas, de modo a romper com políticas emergenciais e segmentadas à crianças e adolescentes.

Adotou-se outro paradigma, respeitador dos direitos e garantias individuais, orientando-se à proteção das crianças e adolescentes, que se refere a teoria da proteção integral para lhes garantir autonomia e liberdade.

¹² CUSTODIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. *Revista da UNISC*, v.29, 2008.

Nessa esteira de reconhecimento normativo do (ECA), em que reafirma a capacidade jurídica de crianças, adolescentes e jovens em participar, como sujeito de direitos, dos processos de tomada de decisões que envolvam seus interesses. Do mesmo modo, prevê o direito à autonomia em correspondência simétrica com os adultos para garantir seus direitos.

A autonomia é, portanto, um elemento central na estrutura normativa do (ECA). Nesse sentido, de acordo com Reichert e Wagner¹³ autonomia “é a capacidade de o sujeito decidir e agir por si próprio, com o pressuposto, de que o desenvolvimento e a aquisição desta habilidade sofrem a influência do contexto, em que o jovem se desenvolve”.

Gohn¹⁴ constrói sua compreensão, alicerçado a luta político-social, entendendo que a “autonomia se obtém quando se adquire a capacidade de ser um sujeito histórico, que sabe ler e reinterpretar o mundo; quando se adquire uma linguagem que possibilita ao sujeito participar de fato, compreender e se expressar por conta própria”.

Importa dizer, contudo, que o grau de autonomia que os jovens podem ter depende muito de suas experiências, vivências e conhecimento sobre si, sua realidade e sua interação com o meio social.

Muito embora o (ECA) não utilize o termo “protagonismo juvenil”, tal como expressa em seu texto normativo, ele se aproxima, em muito da sua compreensão, pois caracteriza a concepção da garantia de que as crianças, adolescentes e jovens, em um regime democrático são efetivamente sujeitos de direitos, capazes de participar em condições de igualdade com os adultos.

A Emenda Constitucional n. 65, de 13 de julho de 2010, consolidou a juventude como um foco de prioridade absoluta na produção de políticas públicas, ao incluir o termo “jovem” no artigo 227 da Constituição Federal representando, no aspecto do marco normativo, um avanço considerável, em termos de garantias e políticas públicas, para dispor sobre a necessidade de formulação do Estatuto da Juventude (EJ) e do Plano Nacional da Juventude (PNJ)¹⁵.

De tal modo, a inclusão da categoria “jovem” com *status* constitucional, assegurou a potencialidade máxima, em termos de efetividade jurídica normativa, de forma a reordenar todo o sistema de garantias com vistas a realizar e efetivar tais preceitos, de proteção e estruturação de políticas de juventude.

Logo, a teoria da proteção integral abrangeu a juventude, o que lhe garantiu receber prioridade absoluta, no que tange à formulação e implementação de políticas públicas específicas.

Em decorrência disso, a promulgação da Lei n. 12.852, de 05 de agosto de 2013, a qual se denominou Estatuto da Juventude, ao reparar o esquecimento com a categoria dos jovens,

¹³ REICHERT, Claudete Bonato; WAGNER, Adriana. Considerações sobre a Autonomia na contemporaneidade. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v.7 n.3, Rio de Janeiro, dez. 2007, p. 49.

¹⁴ GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2008, p. 33.

¹⁵ A Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010 foi o resultado de intensa mobilização juvenil, organizações e instituições que já trabalhavam com a juventude ao longo das últimas duas décadas para inserir os jovens como objeto de proteção constitucional. Foram realizadas diversas Audiências Públicas, debates, além de Conferências Municipais e Estaduais que culminaram, até aquele momento, na realização de três Conferências Nacionais, no ano de 2008, 2011 e 2015 todas em Brasília.

também significou dispor com ênfase sobre direitos, princípios e diretrizes de políticas públicas específicas direcionadas a essa faixa etária.

O Estatuto da Juventude trouxe inúmeras diretrizes gerais para a formulação de políticas públicas voltadas ao jovem, a fim de instituir uma rede de proteção social e determinar a criação de Conselhos de Direitos sobre a temática¹⁶.

O Estatuto da Juventude é composto por 48 artigos e está dividido em dois títulos, o primeiro dispõe sobre os direitos e as políticas públicas de juventude (artigo 1º a 38) e o segundo enuncia o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE) (artigos 39 a 48)¹⁷.

Muitos dos direitos assegurados representam concessões genéricas, recaindo na ineficácia da lei e sem qualquer efeito prático, isso porque o Estatuto da Juventude está ancorado no sistema programático, sem capacidade de implementação imediata dos direitos nela assegurados, o que posterga seus efeitos jurídicos e recai na inaplicabilidade dos seus preceitos.

Embora se trate de uma legislação que reconheça alguns dos “novos” direitos de juventude – que foram negligenciados até então – ela trouxe poucas inovações, acerca da exigência de formulação de políticas públicas voltadas aos jovens.

Os dispositivos que asseguram direitos, como o direito à educação (artigo 7º), direito à profissionalização, ao trabalho e à renda (artigo 14), direito à diversidade e à igualdade (artigo 17), direito à saúde (artigo 19), direito à cultura (artigo 21), direito à comunicação e à liberdade de expressão (artigo 26), direito ao lazer (artigo 28), direito ao território e à mobilidade (artigo 31), direito à sustentabilidade e ao meio ambiente (artigo 34) e o direito à segurança pública e o acesso à justiça (artigo 37), tal como dispostos, são incapazes de modificar a realidade social de milhares de jovens brasileiros.

Além disso, o Estatuto da Juventude estabeleceu alguns princípios estruturantes que se apresentam como valores axiológicos e orientadores na aplicação da lei, tendo a participação, como um elemento central desse mecanismo.

Trata-se do arcabouço principiológico que estrutura o sistema normativo do Estatuto da Juventude, ao irradiar seus preceitos ao ordenamento jurídico, integrando-os aos demais direitos assegurados. A não observância dos princípios estabelecidos no artigo 2º pode comprometer o significado e o próprio reconhecimento dos direitos de juventude, razão pela qual, sua aplicação tem caráter impositivo de aplicação.

¹⁶ O Estatuto da Juventude é resultado do Projeto de Lei 4.529/2004, de autoria do deputado Benjamin Maranhão (PMDB) e protocolado em 25 de novembro de 2004, na Câmara dos Deputados pela Comissão Especial de Políticas Públicas para Juventude. O projeto, no decorrer do trâmite legislativo, sofreu diversas modificações, especialmente a partir do Substitutivo apresentado pela Dep. Manuela D’Ávila (PCdoB/RS), que condensou nove projetos de lei, apresentados com temática semelhante, durante o período que transcorreu entre a elaboração e a instalação da Comissão Especial para analisar o projeto. O projeto foi objeto de diversas audiências públicas, assim como foi objeto de discussão virtual no Portal *e-Democracia*, da Câmara dos Deputados. Tramitou por seis anos na Câmara dos Deputados, vindo a ser aprovado em plenário no dia 23 de novembro de 2011 e encaminhado à câmara revisora, com a numeração de Projeto de Lei Complementar (PLC) 098/2011, sendo aprovado no plenário do Senado Federal em 16 de abril de 2013. É registrar que a redação final do texto aprovado é, em termos de garantias, muito inferior se comparada à proposta original, o que enfraqueceu os direitos da juventude.

¹⁷ O Sinajuve foi regulamentado pelo Decreto n. 9.306 de 15 de março de 2018 e alterado mais recentemente pelo Decreto n. 10.226 de 05 de fevereiro de 2020, a fim de simplificar a adesão dos demais entes federados ao sistema, haja vista a falta de interesse dos demais entes federados em participar do sistema.

Esses princípios têm eficácia plena no ordenamento jurídico e devem ser aplicados em defesa dos direitos de juventude. Além disso, é importante registrar a ressalva prevista no §1º do artigo 3º do Decreto 9.306, de 15 de março de 2018, sobre a observância dos princípios nas ações realizadas pelo governo federal.

O princípio da promoção da autonomia e emancipação, previsto no inciso I do artigo 2º, pressupõe a capacidade de permitir aos jovens construir sua identidade cultural, fazer suas próprias escolhas, práticas, como forma de independência do universo adulto. Nesse sentido, cabe ao Estado, à sociedade e à família, conjunta ou individualmente, estabelecer formas de permitir aos jovens ter novas experiências, capazes de torná-los autônomos e confiantes, preparando-lhes para a vida adulta.

É importante ressaltar que a emancipação, neste caso, não possui o sentido jurídico previsto no direito privado (artigo 5º do Código Civil), de tornar-se capaz para os atos da vida civil antes dos 18 anos, mas objetiva garantir a independência dos jovens, em relação ao seu poder familiar.

O princípio da valorização da participação política, assegurado no inciso II do artigo 2º do Estatuto da Juventude, tem como fundamento o reconhecimento do jovem, como sujeito de direitos, capaz de interferir no processo político-democrático. Em outras palavras, este princípio quer garantir o efetivo exercício dos direitos políticos assegurados aos jovens, para permitir sua livre manifestação e expressão nas esferas convencionais de poder (partidos, sindicatos, associações, conselhos).

Este princípio deve ser interpretado como uma forma de inserir o jovem nos espaços públicos de decisão e, ao mesmo tempo, como desconstruir o universo adultocêntrico dos espaços decisórios de poder político, para colocar a juventude, em par de igualdades, de condições com os adultos.

Já o princípio do reconhecimento do jovem como sujeito de direitos universais, geracionais e singulares, previsto no inciso IV, do artigo 2º, conecta-se com o fundamento trazido por Arendt¹⁸ de que cada jovem é único e deve ser respeitado de acordo com suas singularidades e especificidades pelo Estado. Esse princípio está diretamente associado ao princípio da promoção do bem-estar, da experimentação e do desenvolvimento integral do jovem, garantido no inciso V do artigo 2º, pois ambos os princípios estão conectados diretamente à inserção da teoria da proteção integral que, mediante a Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010 passou a abranger a categoria juvenil, garantindo-lhes proteção, assistência e autonomia.

Há ainda o princípio do diálogo do jovem com as demais gerações, insculpido no inciso VIII, do artigo 2º, que representa a necessidade de interação entre gerações, para troca de experiências, sucessos e fracassos, em prol da coletividade e do melhoramento das condições para as próximas gerações vindouras. Muito embora, a tecnologia tenha ampliado a brecha geracional, estendendo ainda mais a distância entre uma geração e outra, o princípio busca orientar as ações públicas, no sentido de permitir esse diálogo intergeracional.

Assim como os princípios, as diretrizes gerais, nas quais, previstas no artigo 3º estruturam o Estatuto da Juventude, com o objetivo de estimular a participação e a dimensão protagonista dos jovens no campo político e representativo.

¹⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

As diretrizes gerais, com o número total de onze, em que se destacam as principais: i) desenvolver a intersectorialidade das políticas estruturais, programas e ações; ii) incentivar a ampla participação juvenil em sua formulação, implementação e avaliação; iii) ampliar as alternativas de inserção social do jovem, promovendo programas que priorizem o seu desenvolvimento integral e participação ativa nos espaços decisórios; iv) proporcionar atendimento, de acordo com suas especificidades perante os órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, visando ao gozo de direitos simultaneamente nos campos da saúde, educacional, político, econômico, social, cultural e ambiental.

Observa-se que a participação é um dos eixos estruturantes do Estatuto da Juventude, uma vez que, ao longo do seu texto, é possível identificar o total de dezoito dispositivos, nos quais orientam, indicam e reforçam a necessidade da participação do jovem nos processos de tomada de decisão, representatividade ou no campo da política.

Ainda assim, muito embora a participação seja um elemento estruturante do Estatuto da Juventude, torna-se necessário implementar espaços institucionais políticos no processo de tomada de decisão, para que os jovens possam agir, expressar-se e manifestar suas posições e opiniões e ao final decidir.

3 PROTAGONISMO JUVENIL: A PARTICIPAÇÃO JUVENIL SEM AÇÃO NEM PALAVRA

A proposta aqui é reflexionar a dimensão da participação, enquanto protagonismo juvenil assegurada pela legislação, notadamente, segundo o Estatuto da Juventude, cotejando-se com os suportes teóricos de Hannah Arendt à luz das práticas políticas contemporâneas, a fim de problematizar os elementos de tornar os jovens os atores principais, ou protagonistas, passando-se de uma posição passiva para uma posição de participação ativa nos processos democráticos de tomada de decisão no espaço público.

Hannah Arendt compreende a política como cidadania ativa, um *medium* capaz de permitir às pessoas, entre si, contestar e modificar a realidade, com base na ação coletiva entre-os-homens. É no espaço público que os homens e mulheres se distinguem dos demais e passam a participar da construção dos rumos da sua história e da coletividade.

Hannah Arendt estrutura seu pensamento político-filosófico, em torno das distinções de duas categorias: o espaço público e o espaço privado¹⁹. No espaço privado, Arendt sustenta haver a não revelação, que representa a privação de ser visto e ouvido pelos demais.

Em contrapartida, já no espaço público, Hannah Arendt reafirma a potencialidade do *estar-com-os-outros*, como espaço de interações, articulações e de constituição da vida política entre-os-homens, para um fim coletivo. Assim, para Arendt o espaço público se revela na aparência, em que tudo deve ser visto e ouvido²⁰, como palco da ação, do discurso (fala) entre-os-homens.

Se antes eram desconsiderados e destituídos de direitos as juventudes, a partir da Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010 e do Estatuto da Juventude passam a ser

¹⁹ ARENDT, op. cit., p. 37 destaca que a “distinção entre uma esfera da vida privada e uma esfera da vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado”.

²⁰ Ibid, p. 59.

catalogados como sujeitos explícitos de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de modo a permitir que exerçam a condição de cidadãos. Logo, passíveis de cidadania, para exercer o “direito a ter direitos” e ser amparados e protegidos pelo Estado.

Conforme se verificou anteriormente o Estatuto da Juventude, tem como diretriz central, promover os jovens como sujeitos de direitos, passíveis de serem destinatários de políticas públicas fornecidas pelo Estado. Nesse sentido, os jovens deixam de ser tutelados, por seus pais ou representantes e passam “a ter direitos a uma prestação do Estado” assegurado, por meio da norma legal, o que lhes garante equiparação e isonomia, tal como dispõe o artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Os artigos 1º, 2º, 4º e 26 do Estatuto da Juventude, conectam-se com a ideia de alavancar os jovens à condição de sujeito de direitos capazes de transformar a cena política, permitindo-lhes participar das decisões e dos destinos da sua comunidade, para expressar suas opiniões e posições, ao menos em tese, em situação de igualdade.

É nesse sentido que o espaço público, para Arendt, é o espaço da aparência e da visibilidade, como espaço da experiência humana, cuja inter-relação entre-os-homens faz nascer à possibilidade do exercício político para transformar a realidade e a coletividade.

Vale dizer que a publicidade - tornar público e principalmente visível os atos dos homens - é um elemento essencial na esfera política, porque reflete a imagem do homem na esfera pública²¹.

O parágrafo único do artigo 4º do Estatuto da Juventude ressalta a potencialidade dos jovens, em sua inter-relação-com-os-homens, para inserir a participação juvenil de forma a incluir o jovem nos espaços públicos e comunitários, como pessoa ativa, livre, responsável e digna de ocupar uma posição central nos processos políticos e sociais.

Mais do que participar, o direito à participação política dos jovens, previsto no Estatuto da Juventude, no inciso IV, do parágrafo único, do artigo 4º, lhes garante ter direito a voz e ao voto, assegurando, ao menos em tese, a serem colocados em condições de igualdade com os adultos no trato da coisa pública.

É nesse aspecto que se quer problematizar o protagonismo, enquanto discurso que prescreve certo modelo de participação política expresso no ordenamento jurídico, mas que não garante as condições mínimas de igualdade entre os sujeitos.

Fazer política, em síntese, significa aparecer para o mundo e para as pessoas e transformar ideias em ações concretas, capazes de modificar a realidade social. Essa é a potencialidade que a política traz, quando dois sujeitos ou mais se inter-relacionam para construir o comum – que vem do conceito de comunidade.

Se essa condição existe, os jovens não são considerados, uma vez que o dispositivo previsto no Estatuto da Juventude recai em inefetividade normativa, uma vez que as juventudes, lamentavelmente, não estão, ao menos no campo político representativo, conseguindo entoar sua voz, muito menos, serem ouvidos como sujeitos de direitos.

²¹ A seguinte passagem demonstra a importância da aparência na esfera política. ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 192 destaca: “Na ação e no discurso, os homens mostram quem são, revelam ativamente suas identidades pessoais e singulares, e assim apresentam-se ao mundo humano, enquanto suas identidades físicas são reveladas, sem qualquer atividade própria, na conformação singular do corpo e no som singular da voz”.

Nesse aspecto, questiona-se se as atividades desenvolvidas pelos jovens, com o fim de alcançar o protagonismo juvenil, de acordo com os modelos de participação dispostos no Estatuto da Juventude se apresentam como um modelo de ação política coletiva ou individual.

Para Arendt²²:

Agir significa tomar iniciativa, iniciar (como indica a palavra grega *archein* ‘começar’, ‘ser o primeiro’ e em alguns casos, governar) imprimir movimento a alguma coisa (que é o significado original do termo latino *agere*). Por constituir um *initium*, por serem recém chegados, e iniciadores pelo fato de serem nascidos, os homens tomam iniciativas *initium ergo et esset est homo*, ante quem *nullus fuit* (portanto o homem foi criado para que houvesse um começo, e antes dele ninguém existia).

Verifica-se, em Hannah Arendt, que a ação – enquanto uma categoria eminentemente política - é sempre uma realização coletiva. É nesse aspecto que Arendt²³ destaca que, a ação só acontece no espaço, onde há convivência e relações humanas, pois “o poder passa a existir entre os homens, quando eles agem juntos e desaparece no instante em que eles se dispersam”.

Esse elemento reforça a dupla dimensão da perspectiva política *arendtiana*, na medida em que, o “agir” estabelece o começo representando o “colocar em movimento” da ação, em outras palavras, o “start” que pode ser iniciado por uma única pessoa, enquanto a os demais processos necessitam obrigatoriamente da presença coletiva. Esse elemento reforça a ideia de que a ação política significa o estar-com-outros, com o fim de agir-em-comum.

Embora o artigo 5º do Estatuto da Juventude disponha que a interlocução da juventude com o poder público deva realizar-se por intermédio de associações, redes, movimentos e organizações civis, o Estado não apresenta uma política de estímulo à participação juvenil nos espaços representativos.

Ao contrário, há uma espécie de controle adultocêntrico sobre as práticas políticas dos jovens, especialmente, porque ignora os fenômenos juvenis antissistêmicos como os coletivos culturais, que são formas de engajamento e de ação coletiva, nos quais são protagonizados por jovens da periferia que politizam o comportamento das novas gerações e buscam afirmação de suas posições e opiniões no espaço público.

E o que dizer dos coletivos e organizações informais que surgem e se constituem, a partir das interrelações nas redes virtuais.

Do mesmo modo, inexistente uma política de incentivo aos entes federados para a criação dos conselhos de juventude, como espaço deliberativo e orientador das políticas de juventude, nos distintos entes municipais, estaduais ou distrital capazes de receber as contribuições políticas dos movimentos e coletivos juvenis informais que atuam nas periferias das cidades brasileiras.

Nesse aspecto, é possível identificar o distanciamento entre o protagonismo disposto nos ordenamentos jurídicos, notadamente no Estatuto da Juventude, que querem incentivar

²² ARENDT, op. cit., p. 190.

²³ Ibid, p. 212.

a ação individual dos jovens no processo de fazer coisas e agir, ainda que seja com fins políticos, e o conceito figurado por Hannah Arendt.

Nesse sentido implica, em última instância, na anulação da política, notadamente em relação ao jovem excluído do processo da política, por três razões: primeiro, pela ausência de espaços de participação social direcionados aos jovens; segundo, pela instrumentalização da ação, reduzida à atividade-meio com o fim de um objetivo quantificável e material e; terceiro, pela fabricação do consenso.

Isso porque o protagonismo, em certa medida, propõe o ativismo privado, de modo que o jovem pode, individualmente, promover a mudança, por meio do seu “fazer” singular, sem a necessidade da presença do outro, que requer a mobilização coletiva.

Esse “fazer”, como o ato de produzir coisas, em seu benefício próprio ou coletivo, assume o caráter instrumental, próprio da lógica privada e capitalista, como um processo do fazer entre meio e fim. Esse elemento é o mais perigoso no discurso do protagonismo juvenil, na medida em que, essa “atuação”, composta pela defesa de interesses pessoais e na produção do “fazer coisas”, possa substituir o lugar da política.

Mas ainda assim, mesmo que a ação seja o elemento transformador da realidade na esfera individual, ela deve estar acompanhada do discurso, pois segundo Arendt, a fala é a capacidade reveladora para que o sujeito possa ganhar visibilidade no espaço público.

A ação e o discurso são os modos, pelos quais, os seres humanos se manifestam uns aos outros, não como meros objetos físicos, mas enquanto homens²⁴. A ação com fins políticos deve vir acompanhada do discurso e, quando não acontece, perde sua capacidade reveladora entre os humanos²⁵.

Além disso, outro elemento crucial no discurso é a possibilidade de se fabricar o consenso, o que pode ser ainda mais preocupante, uma vez que aniquila qualquer possibilidade de oposição ou transgressão, que é, na realidade, uma das principais características da juventude.

O dissenso é um pilar norteador do fundamento da política. Visto como elemento indutor do processo associativo, entre os homens, para a resolução das divergências sobre o interesse comum.

Eliminar esse elemento caracterizador das juventudes é reduzir significativamente a capacidade de transformações que as juventudes carregam consigo. E é exatamente por essa característica que os jovens são sujeitos e que demonstram à sociedade que novas experiências são possíveis, pois estão mais inclinados a mudanças, seja na esfera subjetiva, seja na esfera coletiva.

Deve ser considerado que, uma ação política despida de debate e confronto perde seu caráter de fins políticos, transformando-se em ação social sem significativo potencial de transformação da realidade.

Ainda assim, é importante destacar que, embora toda política seja ação, nem toda ação é política. Pois a ação deve estar direcionada a um fim específico, notadamente aquele

²⁴ Ibid, p. 189.

²⁵ ARENDT, Hannah. *Op. cit.*, p. 191. Para Hannah Arendt, se assim não fosse, "em lugar de homens que agem teríamos robôs mecânicos a realizar coisas que seriam humanamente incompreensíveis. Sem o discurso a ação deixaria de ser a ação, pois não haveria ator".

relacionado ao interesse público da coletividade, mas também deve estar presente a pluralidade, como condição humana da ação.

Para Arendt²⁶:

A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir, os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender.

Esse conceito trazido por Hannah Arendt reforça o fato dos homens serem indivíduos únicos e seres distintos capazes de uma ação original, pois é no espaço público, em que as pessoas, como tais, podem se distinguir dos demais, como ator político singular²⁷.

Arendt entende que é no convívio com outras pessoas que, a individualização do sujeito político se constitui a cada nova iniciativa de agir com fins políticos e, pode trazer consigo algo novo e inédito para o mundo.

Aqui é interessante destacar o princípio da valorização do diálogo e convívio do jovem com as demais gerações, previsto no inciso VIII, do artigo 2º do Estatuto da Juventude, que orienta para o estímulo intergeracional de troca de opiniões, posições e aprendizagens entre ambos, como forma de fortalecer o espaço democrático.

É nesse sentido que a política é tão significativa, uma vez que ela representa a própria capacidade dos jovens em transformar seus projetos individuais em realidades direcionadas à coletividade, sejam os destinatários jovens ou não. Para isso, é necessário garantir condições básicas para sua concretização.

Em primeiro lugar, é preciso exigir do Estado a implementação das políticas públicas de juventude, tal como garantido no Estatuto da Juventude, de maneira a reduzir as desigualdades sociais entre as distintas juventudes.

A redução das desigualdades sociais repercute diretamente na igualdade e no desejo de participação das juventudes, uma vez que, em regra, é improvável que o jovem da classe trabalhadora consiga acompanhar os processos políticos, para além da sua jornada de trabalho.

Em segundo lugar, deve haver uma promoção e fortalecimento da cultura com a participação dos jovens, haja vista, que o país tem uma concepção menor da participação nos espaços públicos e políticos, a fim de desconstruir a máxima, de que votar e ser votado significa o máximo, em que o regime democrático assegure. Nesse aspecto, é preciso educar para a participação, construindo espaços na gestão escolar para que as crianças, adolescentes e jovens possam construir-se, enquanto sujeitos autônomos e independentes, o que pode levar à cidadãos politicamente mais participativos, conscientes e politizados.

²⁶ ARENDT, op. cit., p. 188.

²⁷ Ibid., p. 16. Arendt entende a pluralidade como “a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir”.

Percebe-se, assim, a necessidade de criação de espaços de participação social, onde o jovem possa se expressar, ao falar (discurso), mas especialmente em ser ouvido, entre os seus, e especialmente pelos adultos. Dessa maneira e, nesse aspecto, o inciso II, do artigo 6º do Estatuto da Juventude que prevê como diretriz da interlocução institucional dos jovens o incentivo à criação de conselhos de juventude, recai em um dispositivo ineficaz, sem qualquer aplicabilidade porque faculta aos demais entes da Federação e, não os obriga a sua criação.

A capacidade de comunicar-se está relacionada diretamente com a linguagem. Nessa perspectiva, a escola, como espaço de construção da sua subjetividade, tem um papel fundamental no desenvolvimento da criança, adolescente e do jovem participativo, porque mediante suas vivências e experiências, eles aprenderão como agir no campo social, onde atuarão, inter-relacionando-se com os demais, aprendendo com quem poderá fazer uma aliança ou simplesmente negociar, ou, ao contrário, contra quem deve se defender.

Esses elementos consolidam jovens como sujeitos de direitos, e delineiam trajetórias de vida que carregam a consciência da cidadania e da participação, como espaços de construção coletiva para toda a sua vida.

Por isso, o discurso do protagonismo juvenil, se implementado, na perspectiva da liberdade política, em âmbito escolar, pode estimular a participação dos jovens em outros espaços políticos ou de participação social no futuro.

Em terceiro lugar, é preciso reestruturar o papel das instituições públicas e políticas, com vistas a modificar o modelo de participação dos jovens, para reconstruir um modelo descentralizado, o qual se apoie na ampliação dos espaços de atuação dos jovens, como principais conhecedores das suas próprias necessidades, na construção das políticas de juventude²⁸.

É preciso reconhecer seus saberes e suas experiências, uma vez que eles têm muito a ensinar sobre novos parâmetros culturais e novos comportamentos sociais. É isso que Hannah Arendt destaca no conceito da pluralidade, afinal, são sujeitos únicos e insubstituíveis.

Por esta razão, que o espaço público é tão significativo, pois, mediante ele que a ação (política) entre os humanos aparece. Diferentemente das dimensões do labor e do trabalho, que podem ser executadas no isolamento social, para a confecção do objeto, a ação materializada pelo discurso (palavra) exige ocorrer, necessariamente, no público, especialmente, entre as pessoas em situação de igualdade e liberdade.

Com base nessas compreensões, é possível entender que os limites dos dispositivos relatados no Estatuto da Juventude, sobre a participação dos jovens nos espaços políticos, não garantem a constituição de sujeitos protagonistas da política.

²⁸ Sobre a estrutura de organismos com a finalidade de promoção de políticas de juventude nos Estados brasileiros, Ávila (2014) encontrou somente dois Estados que as continham com estrutura própria e orçamento específico: Amapá (Secretaria Extraordinária de Política de Juventude) e Mato Grosso do Sul (Secretaria Extraordinária da Juventude). Dos 27 Estados da federação apresentado na pesquisa somente dois possuíam estrutura própria para formular políticas públicas de juventude. Ávila (2014) também mapeou do universo da federação, 6 Estados com organismos com mais de uma pauta conjunta com a juventude: i) Amazonas (Secretaria de Estado da Juventude, Desporto e Lazer); ii) Minas Gerais (Secretaria de Estado de Esportes e da Juventude); iii) Paraíba (Secretaria da Juventude, Esporte e Lazer); iv) Pernambuco (Secretaria da Criança e da Juventude); v) São Paulo (Secretaria de Esporte, Lazer e Juventude); vi) Tocantins (Secretaria de Estado da Juventude e dos Esportes). Em síntese, Ávila (2014, p. 225) encontrou: i) 2,8% com estrutura própria e orçamento; ii) 6,23% que dividem a temática da juventude com outra pauta (saúde, educação, esporte); iii) 9,33% dentro de outra secretaria; e iv) 10,37% vinculada ao gabinete do governador. Esses dados demonstram a dimensão das políticas de juventude no Brasil.

Nesse aspecto, as juventudes, embora sejam reconhecidas como sujeitos de direitos dispendo da *Secção I*, como exclusiva, sobre o tema do Direito à Cidadania, Participação Social e Política e, à Representação Juvenil no Estatuto da Juventude, estão destituídas da ação e do discurso (fala), como atores, esvaziando-se também o seu potencial político de transformação e reivindicação em sociedade.

Nessa perspectiva, são direitos assegurados aos jovens, no artigo 26 do Estatuto da Juventude, se expressar e se manifestar politicamente no espaço público, e estão enquadrados no conceito de ação (agir) de Hannah Arendt, com o fim político de interferir no rumo dos acontecimentos. Porém, o descompasso existente, entre a norma e a liberdade de ação política, dos jovens no espaço público revela o esvaziamento do potencial político, para converter a realidade.

Pode-se constatar, segundo os aportes filosóficos de Hannah Arendt que, no modelo de participação política, no qual, vem sendo construído no Brasil, não há espaço de liberdade suficiente, para que os jovens possam agir-entre-eles, uma vez que, foram e, tem sido deslegitimados, como sujeitos políticos capazes de transformar sua realidade.

Essa perspectiva jurídica, na qual está prevista no Estatuto da Juventude impede o agir político dos jovens, negando-lhes a sua condição humana de liberdade e autonomia, porque legitima uma distinção de sujeito de direitos a depender da sua classe social. Nega-lhe também a participação política por ampliar a distância, ao acesso a tais instrumentos de protagonismo, tornando os jovens objetos da política governamental e não sujeitos dela.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que, o protagonismo pode ser utilizado em contextos de participação, ou, vice-versa, o que permite, em determinadas situações, ambas serem sinônimos.

Ademais, foi possível perceber que o conceito de participação, com a dimensão de protagonismo, apresenta diversos modos de compreensão, sendo utilizado, de forma direcionada, dependendo do processo de abordagem e do contexto, em que os jovens estão inseridos.

O problema definido para o artigo foi examinar o descompasso entre os conteúdos jurídicos dispostos no Estatuto da Juventude, que sugerem a participação dos jovens, em sua dimensão de protagonismo e, a sua efetiva afirmação no campo da política.

A hipótese que sustentou a investigação, de que há um distanciamento, entre os preceitos normativos assegurados no Estatuto da Juventude, que estabelecem os jovens como sujeitos de direitos e a sua implementação normativa nos espaços políticos, para considerá-los, como protagonistas capazes de assumir uma ação política, com caráter emancipatório no processo político ficou comprovada.

Constatou-se, de acordo com os aportes filosóficos de Hannah Arendt, que o modelo de participação – protagonismo – das juventudes, desenhado no ordenamento jurídico, que recomendam a sua inserção no campo político, impede os jovens de agir livremente no espaço político fazendo com que esses jovens sejam submetidos a um estado de impotência e isolamento político.

Diante disso, verifica-se que a dimensão do protagonismo juvenil limitou-se a exercer uma dimensão pedagógica, na qual, vinculada ao âmbito escolar, seja incapaz de afirmar os jovens, enquanto sujeito de direitos, por ser capazes de fortalecer a cidadania e politização nos processos de participação política.

Observou-se ainda, que as juventudes são objetos e não sujeitos nas políticas. Logo, torna-se o próprio objeto das intervenções da política, no qual, se verifica pela própria inserção de diversos dispositivos, que contemplem a participação com a dimensão de protagonismo no ordenamento jurídico.

Esses dispositivos destinados exclusivamente à participação buscam o reconhecimento do jovem, como ator político estratégico e agente permanente das transformações sociais e políticas no Brasil. Para tanto, inserir o jovem nos espaços de poder é incluir um segmento historicamente excluído dos processos de tomada de decisão, além de buscar superar o discurso socialmente reproduzido, em que o jovem é despolitizado, descompromissado e passivo, em relação à política.

As juventudes, muito embora tenham sido reconhecidas como sujeito de direitos, pela Emenda Constitucional n. 65 de 13 de julho de 2010, e pelo Estatuto da Juventude, continuam a ser compreendidas, como condição de tutela e controle dos adultos, sobre os jovens, ao contrário da autonomia e da independentização das suas ações.

Essa visão também se apresenta no campo da política, uma vez que a juventude se relaciona nesse contexto, baseada em sua situação social, em relação ao adulto produzindo expressões com a perspectiva, de quem está excluído do processo de tomada de decisões no espaço público.

Vale recordar que um dos elementos nucleares do pensamento político da filósofa Hannah Arendt é de que a política só pode ser exercida, em meio à pluralidade, respeitando-se a singularidade de cada um e cada uma.

Perceber o jovem como sujeito de direitos capazes de protagonizar no campo político, não se restringe somente à inclusão de dispositivos legais, tais como se verificou, mas exige a mudança de compreensão cultural e de pensamento, de que valorizar sua expressão é fortalecer a democracia.

Apesar do reconhecimento jurídico-normativo expresso no Estatuto da Juventude, é possível se perceber quão frágeis e pontuais são as ações de materialização de políticas sociais, para a juventude brasileira, especialmente, diante do agravamento de diversas expressões da questão social, para esse segmento.

A participação com a dimensão de protagonismo, da forma como foi desenhada no Estatuto da Juventude e no ordenamento jurídico, tem pouca, senão nenhuma efetividade: primeiro porque exige a formação política desde baixo, quer dizer, incentivar a participação nos âmbitos escolares, a fim de se estimular o debate e o interesse, pelo público e coletivo e; segundo, não há espaço de ação, acompanhado de discurso (fala) aos jovens, em situação de igualdade aos adultos, o que os torna impotentes e isolados no campo da política.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- _____. *O que é Política?* Rio de Janeiro: Editora Bertrand, 2004.
- ÁVILA, Anderson. *A institucionalização dos Organismos de Juventude nos Municípios*. In: Anais do Encontro de Pesquisadores e Pesquisadoras de Políticas de Juventude. p. 219-232, Brasília, 2014.
- BRASIL. *Parâmetros Curriculares Nacionais (Ensino Médio)*. Ministério da Educação. Brasília [2000]. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/blegais.pdf> Acesso em: 23 mar. 2020.
- COSTA, Antônio Carlos Gomes da. *A presença da Pedagogia: teoria e prática da ação sócio-educativa*. 2ª Ed. São Paulo: Global: Instituto Ayrton Sena, 2001.
- _____; VIEIRA, Maria Adenil. *Protagonismo juvenil: adolescência, educação e participação democrática*. São Paulo, SP: FTD, 2006.
- CUSTODIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. *Revista da UNISC*, v.29, p. 22-43, 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454> Acesso em: 26 set. 2020.
- DE TOMMASI, Livia. *Tubarões e peixinhos: histórias de jovens protagonistas*. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 40, n. 2, p. 533-548, abr./jun., 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ep/v40n2/aop1278.pdf> Acesso em: 21 jan. 2020.
- FEIXA, Carles. *De jóvenes, bandas y tribus*. Antropologia de la juventud. Barcelona: Editorial Ariel S.A, 1999.
- FERRETTI, Celso J.; ZIBAS, Dagmar M. L.; TARTUCE, Gisela Lobo B. P. *Protagonismo Juvenil na Literatura Especializada e na Reforma do Ensino Médio*. Cadernos de Pesquisa, São Paulo, v. 34, n.122, maio/ago. 2004, p. 411-423.
- GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2008.
- REICHERT, Claudete Bonato; WAGNER, Adriana. *Considerações sobre a Autonomia na contemporaneidade*. Estudos e Pesquisas em Psicologia, v.7 n.3, Rio de Janeiro, dez. 2007. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/epp/v7n3/v7n3a04.pdf> Acesso em: 15 mai. 2020.
- SOUZA, Regina Magalhães de. *Protagonismo juvenil: o discurso da juventude sem voz*. Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade. Volume 1, 2009, p.01-28.
- STAMATO, Maria Isabel Calil. *Protagonismo juvenil: Uma Práxis Sócio-Histórica de formação para a Cidadania*. In: MESA REDONDA DO XV ENCONTRO NACIONAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PSICOLOGIA SOCIAL, 2009. Disponível em: http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/389.%20protagonismo%20juvenil.pdf Acesso em: 21 fev. 2020.