

# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 8, n. 2, jul./dez. 2013. ISSN 1809-7278 (Impressa)  
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Força Integradora e Catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos  
Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional  
*Flávia Piovesan*

Justicia, Utilidad y Salud en el Estado de Derecho  
*Elian Pregno*

Um Entrave ao Desenvolvimento Democrático: os legados do autoritarismo na  
democracia brasileira  
*Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami*  
*Bruno Barbosa Borges*

Relações Raciais e Políticas de Ação Afirmativa nos Estados Unidos e no Brasil: um  
breve estudo comparativo  
*Elton Dias Xavier*  
*Solange Procópio Xavier*

Direito à Diversidade Individual e Coletivo e a Superação de uma Teoria da  
Constituição Moderna  
*José Luiz Quadros de Magalhães*

O Judiciário como outra Face da Política: a antiguidade do processo  
*Leonardo Goulart Pimenta*  
*Rafael Soares Duarte de Moura*

Educação Para o Desenvolvimento: a teoria do capital humano no Brasil nas  
décadas de 1950 e 1960  
*Maria Helena de Souza Ide*  
*César Rotta Júnior*



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO



# REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 8, número 2, jul./dez. 2013

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

---

REVISTA BRASILEIRA  
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 8, n. 2 – Semestral – Montes Claros, MG – jul./dez. 2013

---



FACULDADES  
SANTO AGOSTINHO

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação semestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

**FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)**

**Diretor:** Prof. Ms. Cristiano Marchi Gimenez  
**Vice-Diretora:** Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Aparecida Maciel Silva Shikida  
**Coordenadora do Curso de Direito:** Prof.<sup>a</sup> Ms. Thalita Soares Moran

**REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS**

**(Brazilian Journal of Legal Studies)**

**Editor:** Elton Dias Xavier

**Conselho Editorial:**

Elton Dias Xavier  
Famblo Santos Costa  
Richardson Xavier Brant  
Solange Procópio Xavier  
Waldir de Pinho Veloso  
Anelito de Oliveira

**Conselho Consultivo:**

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)  
Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)  
Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)  
Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)  
Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)  
Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)  
Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)  
Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

**Diagramação/Editoração gráfica/capa:** Maria Rodrigues Mendes

**Correção linguística:** Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:  
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

**Endereço:** (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

**E-mail:** <eltondx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação semestral/Published 2 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

---

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo  
Agostinho. - Vol. 8, n. 2 (2013) – . – Montes Claros (MG) : Editora  
Fundação Santo Agostinho, 2013 –  
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades  
Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

---

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	7
<b>ABERTURA</b>	
Força Integradora e Catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional <i>Flávia Piovesan</i> .....	11
<b>ARTIGOS</b>	
Justicia, Utilidad y Salud en el Estado de Derecho <i>Elian Pregno</i> .....	31
Um Entrave ao Desenvolvimento Democrático: os legados do autoritarismo na democracia brasileira <i>Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami, Bruno Barbosa Borges</i> .....	47
Relações Raciais e Políticas de Ação Afirmativa nos Estados Unidos e no Brasil: um breve estudo comparativo <i>Elton Dias Xavier, Solange Procópio Xavier</i> .....	61
Direito à Diversidade Individual e Coletivo e a Superação de uma Teoria da Constituição Moderna <i>José Luiz Quadros de Magalhães</i> .....	81
O Judiciário como outra Face da Política: a antiguidade do processo <i>Leonardo Goulart Pimenta, Rafael Soares Duarte de Moura</i> .....	103
Educação Para o Desenvolvimento: a teoria do capital humano no Brasil nas décadas de 1950 e 1960 <i>Maria Helena de Souza Ide, César Rotta Júnior</i> .....	125
<b>NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO</b> .....	145



## EDITORIAL

Um trabalho científico para ser externado precisa ter dormido em gavetas. Não, unicamente gavetas físicas. Gavetas da intelectualidade, que se completam e se veem repletas somente após um estudo continuado, uma formação humanística longa e incontável número de leituras e pesquisas. Assim é essa **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** que encerra este ano de 2013. Por sinal, mais do que promissor, um ano de implantação e configuração da firmeza deste veículo de cunho científico. O que nos permite – e até nos impõe – sonhar alto.

A previsão é de que o sucesso acumulado até agora, no encerramento do oitavo ano de publicação da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, seja mais do que conhecido: seja reconhecido e fixado como um veículo certificado. A busca está chegando, ao nosso ver, a um ponto final. Não a busca, pura e simples, de um certificado; mas o alcançar do ponto inicial diplomado que terá sequência com outros números e volumes cada vez mais firmes em termos de qualidade.

A evolução que nos é presente mostra-nos, com segurança, que é crescente. Não se conforma com a estagnação. Não quer ficar apenas no porto de vitória: quer partir para difundir que é vencedora; quer sorrir para outrem, em lugares mais distantes.

Para demonstrar que há evolução e que buscamos tempos com titulação, este número da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** traz como texto da abertura o que foi especialmente escrito pela Professora Doutora, tantas vezes publicada com seus diversos livros, Flávia Piovesan. Ela trata das questões relacionadas aos Direitos Humanos sob o prisma constitucional. A sua pesquisa científica tem o nome de “Força Integradora e Catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional” e, por si só, delinea a qualidade do que se acha exposto.

Os destaques seguem com a inserção do artigo científico “Justicia, Utilidad y Salud en el Estado de Derecho”, do Doutor Elian Pregno, Professor argentino que propõe a criação de uma nova disciplina, o “Direito da Saúde”, a ser ministrado em todas as universidades da área das ciências jurídicas e das ciências biológicas e da saúde. Uma reflexão em forma original e digno de ser fonte para futuras pesquisas.

Os Professores Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami e Bruno Barbosa Borges (ela, com título de Doutor; ele, Mestre), escrevem sob o título “Um Entrave ao Desenvolvi-

mento Democrático: os legados do autoritarismo na democracia brasileira”, com a visão do Direito dominando a História.

Resultado de inúmeras pesquisas, há um texto científico que tivemos o privilégio de escrever em parceria com a Professora e Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com mestrado em Desenvolvimento Social, Solange Procópio Xavier. Dissertamos, sob o título “Relações Raciais e Políticas de Ação Afirmativa nos Estados Unidos e no Brasil: um breve estudo comparativo”, uma base de uma questão que exige pormenores: a questão racial e o que os Estados vêm fazendo – ou se omitindo em fazer – para que esta relação ocorra como forma de mostrar a igualdade entre os seres humanos.

Da parte do Professor Doutor José Luís Quadros de Magalhães vem o texto científico que se denomina “Direito à Diversidade Individual e Coletivo e a Superação de uma Teoria da Constituição Moderna”, em extensão aos seus estudos pormenorizados acerca das Constituições latinas e modernas. E um diálogo com seus diversos livros já publicados.

Na sequência – com o aviso reiterado de que os autores aparecem em ordem alfabética – vem o artigo científico sob a nomenclatura de “O Judiciário como outra Face da Política: a antiguidade do processo”. Os autores, o Professor Doutor Leonardo Goulart Pimenta e o Professor Mestre Rafael Soares Duarte de Moura, fazem uma análise profunda sobre tema de atualidade cada vez mais presente na discussão brasileira.

Interligando o Direito à Educação, a Professora Doutora Maria Helena de Souza Ide associou-se ao Professor Mestre César Rotta Júnior. Da eficiência de ambos, nasceu o texto científico denominado “Educação Para o Desenvolvimento: a teoria do capital humano no Brasil nas décadas de 1950 e 1960”. Trata-se de um estudo digno de reflexões e, tal como outros deste volume da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, próprio para servir como fonte para futuras pesquisas científicas.

Com tais qualificações, nota-se que a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** está se apresentando como credora de reconhecimento.

A busca não cessará, em querendo Deus. Disposição para tal, não nos falta.

Professor Doutor Elton Dias Xavier  
*Editor*



A B E R T U R A



# Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional<sup>1</sup>

FLÁVIA PIOVESAN<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo tem como objetivo maior enfatizar os desafios da vinculação da justiça constitucional latino-americana às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na busca da pavimentação de um constitucionalismo regional. Inicialmente, será analisado o impacto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na experiência latino-americana. É a partir desta análise que será estudado o alcance do diálogo entre a Justiça Constitucional latino-americana e as decisões da Corte Interamericana. Será avaliado em que medida o sistema interamericano apresenta uma força integradora e catalizadora no processo de afirmação de um constitucionalismo regional radicado na observância de parâmetros protetivos mínimos vocacionados à defesa da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Corte Interamericana de Direitos Humanos; Constitucionalismo regional; Justiça constitucional.

**Abstract:** This article aims to focus on the challenges of implementing the jurisprudence of the Inter-American Court on Human Rights by latin-american constitutional courts in the process of consolidation of a regional constitutionalism. First, the analysis will deal with the impact of the

---

<sup>1</sup> Um especial agradecimento é feito a Alexander von Humboldt Foundation pela fellowship que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

<sup>2</sup> Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000). Visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005). Visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008), sendo atualmente Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg - 2009-2011). Procuradora do Estado de São Paulo. Membro do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM). Membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e da SUR – Human Rights University Network.

inter-american system in the latin-american experience. From this starting point, the article will investigate the scope of the dialogue between the latin-american constitutional Courts and the Inter-American Court. It will evaluate how the inter-american system plays a catalytic effect in the process of consolidation of a regional constitutionalism inspired by the observance of the minimum standards for the defense of human dignity.

**Keywords:** Inter-American Court on Human Rights; Regional constitutionalism; Constitutional justice

## **1 INTRODUÇÃO**

Como compreender o impacto do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos na experiência latino-americana? Qual é o alcance do diálogo entre a Justiça Constitucional latino-americana e as decisões da Corte Interamericana? Em que medida o sistema interamericano apresenta uma força integradora e catalizadora? Quais são os principais desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional radicado na observância de parâmetros protetivos mínimos vocacionados à defesa da dignidade humana?

São essas as questões centrais que inspiram este estudo que tem como objetivo maior enfocar os desafios da vinculação da Justiça Constitucional latino-americana às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na busca da pavimentação de um constitucionalismo regional.

## **2 IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA**

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80 na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos onze Estados-partes da Convenção da época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos

na região tem governos eleitos democraticamente<sup>3e4</sup>. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos (OVEY; WHITE, 2002, p. 1; PIOVESAN, 2006, p. 135), o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo no campo da distribuição de renda<sup>5</sup>. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro,

<sup>3</sup> Como observa Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente, tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (2003, p. XV).

<sup>4</sup> Em 2009, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

<sup>5</sup> De acordo com o ECLAC: “Latin America’s highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade.” (ECLAC. *Social Panorama of Latin America - 2006*, chapter I, page 84. Available at: <<http://www.eclac.org/cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt>> (access on July 30, 2007). No mesmo sentido, afirmam Bouillon e Buvinic: “[...] In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s [...] Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years.” (BUILLO, César P.; BUVINIC, Mayra. **Inequality, exclusion and poverty in latinamerica and the caribbean**: implications for development. Background document for EC/IADB “Seminar on Social Cohesion in Latin America,” Brussels, p. 3-4, par. 2.8, June 5-6, 2003). Disponível em: <<http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2007. Consultar ainda: ECLAC, *Social Panorama of Latin America 2000-2001*, Santiago de Chile: Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor, correspondendo a 45%, e no México corresponde a 43%<sup>6</sup>.

É neste cenário que o sistema interamericano se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o sistema interamericano tem a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos. Ainda, permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a cinco diferentes categorias de violação a direitos humanos.

#### **a) Violações que Refletem o Legado do Regime Autoritário Ditatorial**

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – Velasquez Rodriguez *versus* Honduras – concernente a desaparecimento forçado. Em 1989, a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas (CIDH, 1988).

Outro caso é o Loayza Tamayo *versus* Peru em que a Corte, em 1997, reconheceu a incompatibilidade dos Decretos-Leis que tipificavam os delitos de “traição da pátria” e de “terrorismo” com a Convenção Americana, ordenando ao Estado reformas legais (CIDH, 1997).

Adicionem-se, ainda, decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, assim como de efetuar o pagamento de indenizações.

---

<sup>6</sup> Ver: Democracy and the downturn: the latinobarometro poll. *The Economist*, 13 nov. 2008.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala (CIDH, 1983) e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de *habeas corpus* inclusive em situações de emergência, de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana (CIDH, 1987).

#### **b) Violações que Refletem Questões da Justiça de Transição (*Transitional Justice*)**

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de quinze pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis; e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas (CIDH, 2001).

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de “autoanistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à Justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistia configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile* (CIDH, 2006a) cujo objeto era a validade do Decreto-Lei 2.191/78 – que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet – à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado Decreto-Lei de “autoanistia” por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa-humanidade.



Cite-se, ainda, o caso argentino em que a decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso Barrios Altos.

### **c) Violações que Refletem Desafios Acerca do Fortalecimento de Instituições e da Consolidação do Estado de Direito (*Rule of Law*)**

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (CIDH, 2001b), envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

### **d) Violações de Direitos de Grupos Vulneráveis**

Esta quarta categoria de casos se atém a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes e os presos, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (CIDH, 2001c) em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra como uma tradição comunitária e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (CIDH, 2005) – a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural,

incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (CIDH, 1999b) em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de cinco meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por dois policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte, estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando a maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC17, emitida em agosto de 2002 por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC18, emitida em setembro de 2003 por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC16, de 1.º de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, destacam-se relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços<sup>7</sup>.

#### **e) Violações a Direitos Sociais**

Finalmente, nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos esta-

---

<sup>7</sup> A respeito, ver caso *María Eugenia versus Guatemala* e caso *Maria da Penha versus Brasil* decididos pela Comissão Interamericana.

belece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6.º).

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala (CIDH, 1999b), a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente – mas, uma dimensão positiva que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso niñas Yean y Bosico *versus* Republica Dominicana, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que: “en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual (CIDH, 2005b).”.

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso Albán Cornejo y otros *versus* Equador (CIDH, 2007), referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito – a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso Myrna Mack Chang *versus* Guatemala (CIDH, 2003b), concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde se deu sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais se atêm à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e à proteção judicial.

A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá* (CIDH, 2001a), envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguido Alfaro y otros) versus Peru* (CIDH, 2006b), envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” *versus Peru* (CIDH, 2003a), envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas.

### **3 DIÁLOGO ENTRE A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA E AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA**

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de oitenta é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. A título de exemplo, note-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 1969, foi ratificada pela Argentina em 1984, pelo Uruguai em 1985, pelo Paraguai em 1989 e pelo Brasil em 1992. Já o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo, deu-se na Argentina em 1984, no Uruguai em 1985, no Paraguai em 1993 e no Brasil em 1998. Hoje se constata que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela Organização das Nações Unidas (ONU) e pela Organização dos Estados Americanos (OEA).

Quanto à incorporação dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, observa-se que, em geral, as Constituições latino-americanas conferem a estes instrumentos uma hierarquia especial e privilegiada, distinguindo-os dos tratados tradicionais. Neste sentido, merecem destaque o artigo 75, parágrafo 22, da Constituição argentina, que expressamente atribui hierarquia constitucional aos mais relevantes tratados de proteção de direitos humanos; e o artigo 5.º, parágrafos 2.º e 3.º da Carta brasileira, que incorpora estes tratados no universo de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

As Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjugam-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional.

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um “constitucionalismo regional” que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro “código interamericano de direitos humanos”, foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos.

A análise dos desafios de vinculação da justiça constitucional às decisões da Corte Interamericana será concentrada no estudo de casos envolvendo a jurisprudência da Corte Suprema de Justiça Argentina e do Supremo Tribunal Federal do Brasil. Três são os fatores a justificar este critério seletivo: a) ambos países transitaram de regimes autoritários ditatoriais para regimes democráticos; b) adotaram um novo marco jurídico (no caso, a Constituição brasileira de 1988 e a Constituição argentina com a reforma de 1994); e c) conferem aos tratados de direitos humanos um *status* privilegiado na ordem jurídica. No estudo dos precedentes judiciais, o foco será avaliar a aplicação de dispositivos da Convenção Americana e especialmente da jurisprudência da Corte Interamericana – intérprete última da Convenção Americana.

### 3.1 Argentina

Com relação às decisões judiciais proferidas pela Corte Suprema de Justiça Argentina, há um significativo universo de 42 decisões que conferem aplicação doméstica aos tratados de direitos humanos, em especial aos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, aplicando a jurisprudência da Corte Interamericana. Estas decisões podem ser classificadas à luz da tipologia adotada para a jurisprudência da Corte, compreendendo casos que: a) remontam ao legado do regime militar; b) invalidam leis de anistia (lei de obediência devida e do ponto final); c) tratam do fortalecimento do Estado de Direito e de suas instituições; d) protegem direitos de grupos vulneráveis (por exemplo, decisões sobre povos indígenas); e e) protegem direitos sociais (por exemplo, decisões em matéria previdenciária).

A jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça Argentina expressamente reconhece que: “a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana.”<sup>8</sup>

No entender do Ministro Eugenio Raúl Zaffaroni da Corte Suprema de Justiça Argentina<sup>9</sup>, isto se deve, sobretudo, à reforma constitucional de 1994 que explicitamente conferiu hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, nos termos do artigo 75, parágrafo 22. Em sua avaliação, o impacto de tal mudança foi extraordinário no sentido de fomentar a Corte Suprema a adotar, desde então (1994), a normatividade internacional e sua jurisprudência, o que irradiou amplo impacto em todo Poder Judiciário e na cultura jurídica argentina. Portanto, no caso argentino, desde 1994, há a crescente abertura à ordem internacional e aos seus parâmetros protetivos. Observe-se, ademais, que a Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995.

### 3.2 Brasil

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

Embora a Constituição de 1988 seja exemplar na tutela dos direitos humanos e tenha introduzido avanços extraordinários para sua proteção, acabou por confiar a guarda do texto ao antigo Supremo Tribunal Federal marcado, até então, por uma óptica acentuadamente privatista e por uma herança jurisprudencial de tempos ditatoriais. Vale dizer, a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a

---

<sup>8</sup> Ver casos *Giroldi H. s/ recurso de casación*, CSJN, julgados: 318:514 (1995); *Acosta, Claudia Beatriz y otros/habeas corpus*, CSJN, julgados 321:3555 (1998); e *Simon, Julio Hector y otros s/privación ilegítima de libertad*, CSJN, julgados, S.17768, XXXVIII, (2005).

<sup>9</sup> A respeito, ver palestra proferida pelo Ministro Zaffaroni no seminário “Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, na Câmara dos Deputados, em Brasília, em 11 de junho de 2008, em painel compartilhado por esta autora.

culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países (cite-se, a título ilustrativo, a Colômbia e a África do Sul, dentre outros).

Na experiência brasileira ainda persiste a polêmica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. Em três de dezembro de 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Rompeu, assim, com a jurisprudência anterior que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais. Tal paridade, curiosamente, operava sempre em favor da prevalência da lei: lei poderia revogar tratado, mas não ser revogada por ele.

Todavia, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha convergido em atribuir um *status* privilegiado aos tratados de direitos humanos, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, remanescendo dividido entre a tese da supralegalidade (a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (a ordem jurídica como um trapézio em que a Constituição e os tratados de direitos humanos assumem o ponto mais elevado), sendo a primeira tese a majoritária (PIOVESAN, 2010, p. 51-96, *passim*)<sup>10</sup>.

O julgado proferido em dezembro de 2008 constitui uma decisão paradigmática, tendo a força catalizadora de impactar a jurisprudência nacional, a fim de assegurar aos tratados de direitos humanos um regime privilegiado no sistema jurídico brasileiro, propiciando a incorporação de parâmetros protetivos internacionais no âmbito doméstico e o advento do controle da convencionalidade das leis.

Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte

<sup>10</sup> Com efeito, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, em 3 dez. 2008, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se dividida entre a tese majoritária que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia infraconstitucional, mas supralegal (5 votos) e a tese que confere aos tratados de direitos humanos hierarquia constitucional (4 votos), nos termos do artigo 5.º, parágrafos 2.º e 3.º da Constituição Federal. Esta autora defende a tese da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição, considerando a racionalidade e integridade valorativa da Constituição de 1988.

Interamericana n.º 16, de 1999<sup>11</sup>; e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.º 5, de 1985<sup>12</sup>. Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que oitenta casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (SILVA, 2010, p. 529) – enquanto que, reitere-se, apenas dois casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana.

Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – neste sentido, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal. Como analisa Virgílio Afonso da Silva: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos.” (SILVA, 2010, p. 530), tendo a jurisprudência da Corte Interamericana ainda reduzida ressonância no âmbito interno.

Observe-se que diversamente da Argentina (que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana em 1984, sendo que a primeira sentença proferida pela Corte em face da Argentina foi em 1995), o Brasil apenas aderiu à Convenção Americana em 1992, tendo reconhecido a jurisdição da Corte em 1998 – ainda, a primeira sentença condenatória proferida pela Corte em face do Brasil (caso Damião Ximenez Lopes) datada de julho de 2006 (adicione-se que outras duas sentenças condenatórias foram proferidas em 2009).

#### **4 FORÇA INTEGRADORA E CATALIZADORA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS PARA A PAVIMENTAÇÃO DE UM CONSTITUCIONALISMO REGIONAL**

Por fim, considerando as potencialidades e os limites do diálogo entre a justiça constitucional latino-americana e as decisões da Corte Interamericana, são lançados cinco desafios na busca de pavimentação de um constitucionalismo regional radicado na observância de parâmetros protetivos mínimos vocacionados à defesa da dignidade humana.

<sup>11</sup> Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extradução n.º 954/2006.

<sup>12</sup> Ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511961.



#### **4.1 Acentuar a Responsabilidade do Poder Judiciário na Implementação dos Parâmetros Protetivos Mínimos**

Emergencial é fortalecer a responsabilidade do Poder Judiciário na implementação dos parâmetros protetivos de direitos humanos. Como enfatiza a Corte Interamericana:

Quando um Estado ratifica um Tratado Internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. [...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle da convencionalidade das leis” entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CIDH, 2006a).

#### **4.2 Afirmar a Hierarquia Privilegiada dos Tratados de Direitos Humanos e o Controle da Convencionalidade das Leis**

Também fundamental é afirmar o *status* privilegiado dos tratados de direitos humanos que não se confundem com os tratados tradicionais (comerciais), reforçando sua imperatividade jurídica e impacto. Daí a necessária difusão destes instrumentos internacionais e da jurisprudência internacional.

#### **4.3 Fortalecer a Cultura de Direitos Humanos**

Essencial ainda é fortalecer a cultura de direitos humanos. A respeito, mencione-se recente decisão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, adotada em novembro de 2009, ao determinar a inclusão da matéria de direitos humanos no exame nacional para a Ordem dos Advogados do Brasil.

Fortalecer a educação para direitos humanos compreende diversas estratégias, como: a inserção da disciplina de direitos humanos nos currículos dos programas de Graduação, Pós-Graduação e Extensão universitária; a inclusão da matéria de direitos humanos nos concursos públicos para ingresso nas carreiras jurídicas; programas de capacitação de operadores jurídicos voltados ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

#### **4.4 Avançar no Diálogo Vertical e Horizontal de Jurisdições**

Neste contexto, importa avançar e aprofundar o diálogo entre a ordem local e regional, potencializando o impacto entre elas, com o objetivo de assegurar a maior efetividade possível aos direitos humanos. Além de avançar no diálogo vertical de jurisdições, fundamental também é avançar no diálogo horizontal de jurisdições, a fim de que os sistemas sul-americanos possam mutuamente se enriquecer com empréstimos constitucionais e com o intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios emancipatórios.

As decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem, ainda, produzir efeitos jurídicos imediatos e obrigatórios no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa-fé, que orienta a ordem internacional. A efetividade da proteção internacional dos direitos humanos está absolutamente condicionada ao aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação.

#### **4.5 Endossar a Interdependência entre Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito**

Emergencial também é o fortalecimento do regime doméstico de proteção dos direitos humanos, a partir da consolidação de uma cultura de direitos humanos. O desafio é aumentar o comprometimento dos Estados para com a causa dos direitos humanos, ainda vista, no contexto latino-americano, como uma agenda contra o Estado. Há que se endossar a ideia da indissociabilidade entre direitos humanos, democracia e Estado de Direito. Há que se reforçar a concepção de que o respeito aos direitos humanos é condição essencial para a sustentabilidade democrática e para a capilaridade do Estado de Direito na região.

Dinamizar e potencializar o diálogo entre as esferas local e regional é medida necessária e imperativa à pavimentação de um constitucionalismo regional inspirado na observância de parâmetros protetivos mínimos vocacionados à defesa da prevalência da dignidade humana.

## REFERÊNCIAS

BUERGENTHAL, Thomas. Prefácio. In: PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the inter-american court on human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Albán Cornejo y otros v. Ecuador. Inter-American Court of Human Rights. 22 november 2007. Série C, n.º 171.

\_\_\_\_\_. Baena Ricardo y otros v. Panamá, Inter-American Court, 02 february 2001a. Serie C, n.º 72

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru). Judgment of 14 march 2001b.

\_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 september 2006a. Série C, n.º 154, par. 94.

\_\_\_\_\_. Caso “cinco pensionistas” v. Peru, Inter-American Court, 28 february 2003<sup>a</sup>. Serie C, n.º 98.

\_\_\_\_\_. Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru. Inter-American Court of Human Rights. 24 november 2006b. Serie C, n. 158.

\_\_\_\_\_. Caso de las ninas Yean y Bosico v. Republica Dominicana. Inter-American Court of Human Rights. 8 november 2005a. Ser. C, n.º 130.

\_\_\_\_\_. Loayza Tamayo vs. Peru case. Judgment of 17 september 1997.

\_\_\_\_\_. Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua. Inter-American Court of Human Rights. 2001c. Ser. C, n.º 79.

\_\_\_\_\_. Myrna Mack Chang v. Guatemala, Inter-American Court, 25 november 2003b. Serie C, n.º 101.

\_\_\_\_\_. Requested by the Government of Costa Rica. Habeas Corpus in emergency situations (Arts. 27(2) and 7(6) of the American Convention on Human Rights). Advisory opinion OC-8/87, january 30, 1987. Ser. A, n.º 8.

\_\_\_\_\_. Requested by the Inter-American Commission on Human Rights. Restrictions to the death penalty (Arts. 4(2) and 4(4) of the American Convention on Human Rights). Advisory Opinion OC-3/83, september 8, 1983. Ser. A, n.º 3.

\_\_\_\_\_. Requested by the Inter-American Commission on Human Rights. Advisory Opinion OC-17/02 of august, 2002.

\_\_\_\_\_. Requested by the United Mexican States. Advisory opinion OC-18/03, september, 2003.

\_\_\_\_\_. Requested by the United Mexican States. The Right to information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law. Advisory Opinion OC-16/99 of october 1, 1999.

\_\_\_\_\_. Velasquez Rodriguez Case. Inter-American Court of Human Rights. 1988. Ser. C, n.º 4.

\_\_\_\_\_. Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case). Inter-American Court of Human Rights. 19 november 1999. Ser. C, n.º 63.

\_\_\_\_\_. Yakyé Axa Community vs. Paraguay. Inter-American Court of Human Rights. 2005b. Ser. C, n.º 125.

OVEY, Clare; WHITE, Robin. **European convention on human rights**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). **Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

A R T I G O S



# Justicia, Utilidad y Salud en el Estado de Derecho

ELIAN PREGNO<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Área: Filosofía del derecho). Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor en la Universidad de Belgrano (Buenos Aires). Becario del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Investigador adscripto en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

## I INTROITO

1. Las líneas que siguen son fruto de investigaciones encaminadas a la elaboración de nuestra tesis doctoral. Básicamente, nos proponemos conjeturar en torno a dos cuestiones, a saber: a) multivocidad de la voz “salud”; y, b) relaciones del complejo axiológico tensadas por la justicia y la utilidad.

2. Luego, dos definiciones iniciales de relevancia que sitúan nuestra noción de derecho como tributaria de corrientes integrativistas y condicionan la cabal comprensión de nuestras provisionales conclusiones.

Así, comprendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades<sup>2</sup>. Por ello, apelamos al i) *constructivismo epistémico* al momento de informar nuestra perspectiva en torno al objeto jurídico y, consecuentemente, en profunda coherencia metodológica, ii) el *constructivismo moral* con el que es dable sistematizar el funcionamiento de los valores. Rescatar estos dispositivos conceptuales se encamina, principalmente, a dar cuentas del alejamiento de una concepción natural de las consideraciones de valor.

Como puede advertirse, participamos de una noción que no limita la noción al positivismo normativista, desde que habilitamos los hechos y ensanchamos el concepto de norma en la medida que registramos las fuentes formales de derecho y, al mismo tiempo, acusamos recibo de la influencia de las valoraciones. Esto último no significa superponer, con ánimo de confusión, las ya diferenciadas órbitas de “lo moral” y “lo jurídico”, sino transparentar

---

<sup>2</sup> PREGNO, Elian. La noción de derecho y la construcción de lo real (inédito).



la tarea interpretativa, fuertemente signada por la argumentación y condicionada por una serie de elementos normativos meta-formales para generar y aplicar el derecho.

Luego, la recepción de la facticidad, según lo estimamos, da cuenta de una tensión brutal para el discurso jurídico: hechos – normas. Esta polémica ha quedado sepultada siempre bajo la presunta mayor relevancia de los conflictos valores – normas, plasmados en los enfrentamientos entre iusnaturalistas y positivistas. Hoy, tenemos la convicción de que las deudas de los operadores jurídicos son con la historia y no con el “deber ser”.

Hechas estas breves consideraciones demarcatorias iniciales, acotadas a exteriorizar la procedencia teórica y el objeto de las reflexiones que figuran a continuación, corresponde dar paso a conversables hallazgos, con la íntima convicción de que no son sino conclusiones en permanente proceso de revisión.

## II MULTIVOCIDAD DE LA VOZ “SALUD”

3. En orden a la cuestión planteada en primer término, indudablemente resulta obligada la remisión al agente natural en la materia, esto es la Organización Mundial de la Salud<sup>3</sup>, que en 1948 sustituyó el concepto de salud apoyado en la ausencia de enfermedad sosteniendo que se trata de “el estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.”.

Vale la pena detenerse en el resabio objetivista existente en la expresión transcrita, que recoge el primer principio vertido en el Acta Constitutiva del ente – en su versión originaria de 1946 – desde que postula una suerte de estándar único y “superviviente” a cualquier contingencia de tiempo y lugar. Es decir, encabezar la declaración con el artículo “el” supone erigirla en axioma exento de vicisitudes espacio-temporales.

Esta primera consideración respecto de la noción reconduce la discusión, a nuestro juicio, hacia irresolubles posiciones sostenidas otrora por nominalistas y esencialistas en las disputas sobre los universales y las palabras de clase. Luego, la adjudicación de significado a las palabras queda fuera de las posibilidades de los mortales, en la medida que los

---

<sup>3</sup> “La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados (Off. Rec. Wld Hlth Org.; Actes off. Org. mond. Santé, 2, 100), y entró en vigor el 7 de abril de 1948”. Con más las “reformas adoptadas por la 26ª, la 29ª, la 39ª y la 51ª Asambleas Mundiales de la Salud (resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente...”. Cfr.: [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)

conceptos “son” independientemente del consenso de la comunidad parlante. Probablemente, no pueda sostenerse en nuestros días que, en rigor de verdad, la extensión de los conceptos pueda determinarse *ab initio* y con prescindencia del enclavamiento cultural de los sujetos; máxime, con vocablos que reenvían palmariamente a cosmovisiones y particulares “modo de ser” de las personas y los pueblos.

Tal vez el entusiasmo que inicialmente reportó el hallazgo se tradujo en una sobrestimación del descubrimiento lindante con posiciones reñidas con la conciencia lingüística del momento. Aún así, se animó a postular que la salud era “el” completo estado de bienestar bio-psico-social.

4. Desandando el camino seguido por el ente y sus filiales, permite pensar que la definición, al poco tiempo, dejó alguna desazón porque, claro, se trataba de “el mundo y sus alrededores.”. De manera que, treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud<sup>4</sup>, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo “el” por el artículo indeterminado “un” y dijo que, en realidad, es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no sólo la ausencia de enfermedad.”.

Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el “estado de completo bienestar” sea uno de los posibles.

Se atribuye a Winston Churchill haber dicho que “la salud es un estado transitorio entre dos épocas de enfermedad y que, además, no presagia nada bueno.” (BOTIRDETH TOSÍA, 1998, p. 180). En la misma línea, viene a cuento traer a colación que, al respecto, se ha dicho que esta noción de salud introduce un diferendo entre quienes están enfermos y quienes aún no han sido suficientemente estudiados.

5. Pero el afán por definir de la Organización Mundial de la Salud llegó a su punto máximo en la primera Conferencia Internacional sobre la Promoción de la Salud reunida en Ottawa, Canadá, el 21 de noviembre de 1986, cuando elaboró la Carta de Ottawa<sup>5</sup>. Expresamente remarca que “la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario”, y

---

<sup>4</sup> “[...] organismo internacional de salud pública con 100 años de experiencia dedicados a mejorar la salud y las condiciones de vida de los pueblos de las Américas. Goza de reconocimiento internacional como parte del Sistema de las Naciones Unidas, y actúa como Oficina Regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud”. Cfr.: [http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about\\_paho.htm](http://www.paho.org/Spanish/PAHO/about_paho.htm)

<sup>5</sup> Las reuniones subsiguientes fueron en Adelaida (Australia), en 1988; Sundsvall (Suecia), en 1991; Yakarta (situada en la isla de Java, Indonesia), en 1997; México, D.F., en 2000; y, Bangkok (Tailandia), en 2005.

así desliza una serie afirmaciones que desinsacula a la salud de la órbita de los procesos clásicos de salud-enfermedad-atención coligándola a esferas exorbitantes como los orbitales ampliados descritos en la última versión de la declaración, actualizada en Bangkok en el año 2005. Así, se postulan “prerequisitos para la salud”, lo que traducido significa garantizar para todas las personas “la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad.”. En la misma línea, al pronunciarse sobre “la reorientación de los servicios sanitarios”, “especifica” que:

La responsabilidad de la promoción de la salud por parte de los servicios sanitarios la comparten los individuos, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones y servicios sanitarios y los gobiernos. Todos deben trabajar conjuntamente por la consecución de un sistema de protección de la salud.

Obsérvese el anteúltimo acápite del documento de referencia, que aparece encabezado por el subtítulo: “el compromiso a favor de la promoción de la salud.”. Es posible advertir en dicho segmento una comprensión idealista (en el sentido de no-materialista) de la existencia. Vale decir, el motor de la historia no es la materia sino la idea. Tal parecer es opinable, como todo, por lo que no podemos más que destacar que conlleva el peligro de sumir en formas totalitarias; de igual modo, pueden también las concepciones materialistas traducirse en respuestas afines. Cuantiosas y lamentables evidencias históricas nos relevan de ahondar en lo afirmado.

De cualquier modo, importa detenerse en el “compromiso” que asumen los “participantes”; a saber:

- a intervenir en el terreno de la política de la salud pública y a abogar en favor de un compromiso político claro en lo que concierne a la salud y la equidad en todos los sectores;
- a oponerse a las presiones que se ejerzan para favorecer los productos dañinos, los medios y condiciones de vida malsanos, la mala nutrición y la destrucción de los recursos naturales. Asimismo se comprometen a centrar su atención en cuestiones de salud pública tales como la contaminación, los riesgos profesionales, la vivienda y la población de regiones no habitadas;
- a eliminar las diferencias entre las distintas sociedades y en el interior de las mismas, y a tomar medidas contra las desigualdades, en términos de salud, que resultan de las normas y prácticas de esas sociedades;
- a reconocer que los individuos constituyen la principal fuente de salud; a apoyarlos y capacitarlos a todos los niveles para que ellos, sus familias y amigos se mantengan en

buen estado de salud; y del mismo modo se comprometen a aceptar que la comunidad es el portavoz fundamental en materia de salud, condiciones de vida y bienestar en general;

- a reorientar los servicios sanitarios y sus recursos en términos de la promoción de la salud; a compartir el poder con otros sectores, con otras disciplinas y, lo que es aún más importante, con el pueblo mismo;
- a reconocer que la salud y su mantenimiento constituyen el mejor desafío e inversión social y a tratar el asunto ecológico global de nuestras formas de vida.

La conferencia insta a todas las personas interesadas a formar una fuerte alianza en favor de la salud.

6. No podemos ocultar que nos agrada la ampliación, desde que la conexión es con el bienestar y la calidad de vida; más todavía, no nos representamos quién y con qué sustento puede oponerse, en el estado actual de la conciencia jurídica de nuestro tiempo, a la realización personal, reconociendo al propio individuo como hacedor por excelencia de su propio destino.

Ahora bien, tampoco podemos ocultar que, en relaciones directamente proporcionales, nos preocupa de sobremanera la “volatilidad” de la noción, si vale el recurso pictórico. Puede decirse que la noción alcanzó niveles de saturación diluyentes y, no contentos con la licuación, acabó por evaporarse.

La analogía pretende dar cuenta de un proceso de abstracción cargado de ideología: dinamitar el concepto condujo a naufragar en declamaciones eximentes de responsabilidades. Por ejemplo, al invitar a “irrumper en el futuro”, “manda” a: “El cuidado del prójimo, así como el planteamiento holístico y ecológico de la vida, son esenciales en el desarrollo de estrategias para la promoción de la salud. De ahí que los responsables de la puesta en práctica y evaluación de las actividades de promoción de la salud deban tener presente el principio de la igualdad de los sexos en cada una de las fases de planificación.” (¿?). Francamente, nos parece discursivamente loable, pero queda el sabor amargo (o el sinsabor, en el mejor de los casos) del reenvío al infinito. En buen romance, somos de los que creen que imputar responsabilidades colectivas es equivalente liberar a todos de sus responsabilidades; al menos, en un sentido pragmático de la existencia.

No mostramos sino un profundo escepticismo, desde que nos invade la íntima convicción de que hay, subyacente, una implícita voluntad de renunciar a la identificación de los “conductores” en pos de en-criptar todo en pseudo-procesos pseudo-sociales

enmascaradores de las incumbencias y competencias en medio de un sinfín de expectativas listadas en el orden de: ¿cómo captar los estándares de atención mínimos exigibles a los integrantes del equipo de salud? ¿Cómo merituar la práctica médica o paramédica desde la jurisdicción? ¿Cómo se asignan recursos en materia sanitaria desde los efectores públicos? ¿Cuáles son las obligaciones a las que se somete el sector privado que, con manifiesto ánimo de lucro, actúa en el área de la salud? ¿Cómo se racionaliza el riesgo en el complejo sanitario? ¿Quién o quiénes se animarán a ejercerla?

Esto no significa que no resulte interesante trabajar con una noción de salud, y con una noción ampliada incluso, pero sí resulta imprescindible trazar algún tipo de límite conceptual, sin otra intencionalidad que la de tornarla operativa.

Ciertamente, la transversalidad del Derecho de la Salud (CIURO CALDANI, 2004/2005; CIURO CALDANI, 2008; PREGNO, 2009a; PREGNO, 2009b), en tanto nueva rama jurídica, no denuncia más que la problematización de la existencia y la pantonomía del complejo vital en su máxima expresión (en última instancia, está en juego la vida y la plenitud de la vida de las personas), pero, a nuestro modo de ver, las dificultades se incrementan si ni siquiera podemos sistematizar la “facilidad” con la que uno enferma y sana en un mismo día.

7. Así y todo, según estimamos, es posible pensar la noción de salud conservando de algún modo la amplitud semántica que ha experimentado en el último tiempo. Desde luego, para evitar apriorismos, se requiere cierta instancia de validación que permita contrastar las categorías empleadas.

Confesamos cierta reticencia a reconocer protagonismos desmedidos a “la naturaleza”, en la medida que la naturalización de procesos sociales constituye receta histórica de la mantención del *status quo*; no obstante, es dable pensar que alguna influencia natural, por remota que sea, hay en la salud, aunque más no sea porque hay fenómenos que, en principio, parecen exentos de la interferencia del hombre. Por ejemplo: a la noche le sucede el día, y así sucesivamente, independientemente de lo que a “nosotros” nos parezca; el movimiento de los planetas, por ahora, es ingobernable para nuestra especie; la Tierra gira sobre sí misma “sin preocuparse” por la opinión de aquellos que eventualmente pudieran postular, con mejores fundamentos aún, que sería conveniente que mutase el sentido de su rotación por el contrario. Que quede claro entonces: en modo alguno pensamos que exista “orden natural” ni “ordenadores”, sino que simplemente acusamos recibo de datos que denuncian ingobernabilidad para el hombre; ergo, no es descabellado presumir, *ab initio*, alguna incidencia en la salud humana.

Hechas estas aclaraciones vale pensar el proceso de salud-enfermedad-atención como una secuencia en la que confluyen diversos actores:

- a) la autoridad gubernamental y/o responsable político de la cartera oficial estadual encargada del área;
- b) los funcionarios, públicos o privados, dedicados a la organización nosocomial;
- c) los jefes de los distintos servicios, según la complejidad de la estructura departamental en función de las especialidades médicas atendidas;
- d) el titular del equipo de salud y sus integrantes, según el grado de intermediación en la relación con el “enfermo”;
- e) es probable que, en nuestros días, a causa de la horizontalización de la relación médico-paciente y la puesta en crisis del modelo médico hegemónico (MENÉNDEZ, 1985; MAINETTI, 1988; MAINETTI, 1990; MAINETTI, 1992), la figura más singular sea la del propio paciente. Un indicio de tal extremo es posible advertir en el viraje experimentado en cuanto a la “interconsulta”, concebida originariamente como una discrecionalidad del profesional que, ante la duda frente a un caso clínico, recurría a un colega (hay quienes creían ver en ésta al origen del ateneo en medicina<sup>6</sup>); ahora el que se va en interconsulta, por *motus proprio*, es el paciente. Él decide la interconsulta, posicionándose, indudablemente, en otro lugar y evidenciando el factor poder presente en la relación médico-paciente.

8. Al momento de poner las bases de una rama jurídica que repare en alguna idea de justicia, resulta indispensable hacer coincidir conceptos y hechos. Según nuestro parecer, la actual noción de salud es una auténtica desmesura conceptual y, por ende, pasaporte seguro a debates de alto contenido ideológico.

---

<sup>6</sup> De referencia obligada resulta la escuela neumática, aparecida aproximadamente entre los siglos I y II de nuestra era, liderada por Ateneo de Atalia, precursor de corrientes eclécticas como las que encabezaría Areteo de Capadocia, convencido que en todas las doctrinas médicas había algo útil que debía emplearse bajo el imperio de la experiencia clínica. Cfr.: [http://www.historiadela medicina.org/HM/1\\_2.html](http://www.historiadela medicina.org/HM/1_2.html) (Visualizado el 10/10/2006). Más cercano a nosotros y con una mirada crítica sobre la interconsulta y el ateneo, cabe citar: BORRELL BENTZ, Rosa Maria, La educación médica de postgrado en la Argentina: el desafío de una nueva práctica educativa. Buenos Aires, Organización Panamericana de la Salud - OPS, 2005, pág. 291: “... la ‘interconsulta’ aparece como la propuesta mejor asociada a cualquier concepto de ‘integración del conocimiento’ y de ‘interdisciplinariedad’, aunque sólo es utilizada en la medida en que se necesita otra visión cuando aparece un caso problemático, pero no como práctica de investigación sobre aspectos que requieran de procesos de intercambio de conocimiento desde diferentes disciplinas y especialidades y de profundización a partir de nuevas preguntas y problemas. El ‘ateneo’ es el único espacio pedagógico donde los residentes pueden escuchar reflexiones a partir de diferentes miradas acerca de un mismo problema, aunque no necesariamente en el mismo se construya una visión integrada del problema analizado”.

Y entiéndasenos bien: no queremos capitular deslizando temor a las ideas (¡bienvenidas sean todas ellas!) sino horror a las declamaciones que acaban por despistar a la ciudadanía. En otras palabras: vale declamar, pero también hay que hacer. La noción de salud hoy aparece teñida de inflación y la imposibilidad de traducirse en los hechos la vacía de contenido. Ergo, la consecuencia es repudiable en tanto y en cuanto repercute en el cumplimiento y convierte a los teóricos en amplificadores de discursos alienantes.

### III JUSTICIA vs. UTILIDAD

9. Al momento de posicionarnos ante el complejo de lo vital, fácilmente se advierte que los recursos son escasos, *per definitionem*, y las necesidades son múltiples (cada vez más). Muchas veces, esa necesidad múltiple es la vida.

Con la misma facilidad con la que se vislumbra la inadecuación numérica de los bienes existentes y disponibles para satisfacer demandas en materia sanitaria, creemos que aflora el imposterizable descanso en la utilidad como criterio orientador del juicio de adjudicación de los recursos.

En cierta medida, no sin sobresaltos, tomamos distancia de posiciones ético-normativas de corte deontológico. En tal sentido, la deontología puede ser muy importante para merituar el obrar profesional, pero no para pensar el funcionamiento de la salud pública, sencillamente porque, por caso, no hay tantas ambulancias como personas existen, porque no hay tantos hospitales como ciudades acusa la geografía, porque no hay tantos médicos como personas puedan necesitarlo. De ahí, entonces, que, según nuestro parecer, la deontología aporte muy poco. En consecuencia, si en el planteo no se introduce algún criterio de utilidad, no podemos dar respuestas a los problemas. Veamos algunos ejemplos.

Cuando en Estados Unidos aparecieron las máquinas de diálisis, se creó un comité para decidir quién ingresaba al tratamiento sustitutivo de la función renal y quién no. Y se lo denominó el “Comité de Dios” porque, lisa y llanamente, el que accedía al tratamiento se salvaba y el que quedaba afuera se moría<sup>7</sup>.

Recientemente, en Egipto acaban de prohibir el trasplante entre musulmanes y cristianos<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> La referencia es al Comité de Seattle, en los términos del artículo firmado por Shana Alexander y aparecido el 09/11/1962 en el N° 53 de la revista norteamericana *Life* (págs. 102-125), bajo el título: “They Decide Who Lives, Who Dies”.

<sup>8</sup> Cfr.: <http://www.clarin.com/diario/2008/08/20/elmundo/i-01741572.htm> (Visualizado el 20/08/2008); <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/08/19/medicina/1219132525.html> (Visualizado el 20/08/2008); <http://www.diariosalud.net> (Visualizado el 20/08/2008).

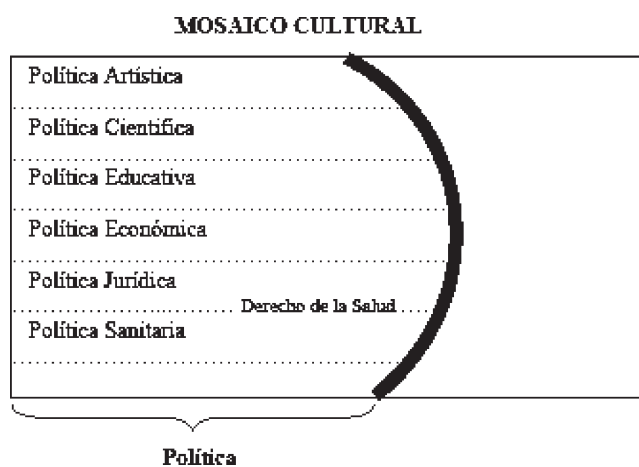
En Argentina, para evitar el llamado “turismo trasplantológico” y asegurar la “equidad”, hay una resolución vigente del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) que limita el ingreso a la lista de espera para trasplante a los extranjeros cuando pretenden tratarse en nuestro país y cuentan con módulos terapéuticos análogos en sus lugares de procedencia<sup>9</sup>.

10. A nuestros fines, importa un límite tal que impide equiparar justicia y utilidad y, con más razón, anteponer ésta a aquélla; pero, la tensión entre utilidad y justicia, incuestionablemente fortalecida en nuestro tiempo, exige resolver de algún modo.

De antemano, nos conforma pensar que en la emergencia cabe privilegiar la utilidad. No nos resulta reprochable que frente a la urgencia de las catástrofes se empleen criterios utilitarios, mas queda todavía por escudriñar la situación en situaciones de no-emergencia.

11. Nos alineamos entre quienes concluyen sobre la naturaleza política del Derecho; en sus propias palabras. De modo que: en un sentido general, vale representarse a la política como capítulo encarpetaado en el mosaico cultural; y, a su vez, desgajar, en sub-capítulos, especialidades de aquélla: política artística, política científica, política educativa, política económica, política jurídica, política sanitaria, etc.

En modo alguno las manifestaciones de la política enunciadas agotan las posibles ni el orden en que fueron listadas traza jerarquía entre ellas; más aún, es dable pensar interpenetraciones entre ellas. Así, el Derecho de la Salud parecería situarse, al menos, en la línea de frontera de la política jurídica y la política sanitaria, inaugurando una suerte de política jurídico-sanitaria o política sanitario-jurídica (según las exigencias del valor preponderante). Gráficamente:



<sup>9</sup> Cfr. Resolución N° 85/2004, del 15/04/2004, del INCUCAI.



El elenco de las distintas manifestaciones de la política denuncia prácticas sociales con tracción axiológica. En esa inteligencia, no es antojadizo postular que la justicia delinea la política jurídica; la verdad impulsa la política científica; la belleza emplaza la política artística; la utilidad motoriza la política económica; la salud orienta la política sanitaria (CIURO CALDANI, 1976, p. 30-31).

12. Retomando el hilván. Frente a la tensión justicia-utilidad, arriesgamos que: no todo lo que resulta útil puede estimarse justo, pero es posible que un criterio para adjetivar como justo sea la observancia, en algún grado, de ciertos níveles de utilidad. Vale decir, no necesariamente la utilidad reclama a la justicia, pero sí ésta a aquélla. Entre las condiciones de la justicia, presumiblemente, figura la realización de la utilidad. De ahí, entonces, que:

a) dentro de la política jurídica, es preciso que se traben relaciones coadyuvantes y que el valor utilidad contribuya para que el valor justicia prevalezca (el auxilio de corrientes ético-normativas de corte deontológico se vislumbra como más apropiado);

b) hacia el interior de la política sanitaria, donde el ente ideal exigente que estimamos preponderante es la salud, la justicia y la utilidad son valores distintos – pero equiparados en jerarquía – que se resuelven en relaciones coadyuvantes de integración (en este caso, resultan más idóneas comprensiones argumentativas utilitaristas) en pos del valor predominante individualizado. Así, cuando en la “zona de frontera” la política sanitaria invade a la justicia, con pretensiones de des-integración, el Derecho de la Salud cumple, entonces, una función correctiva.

13. Decíamos que esto vale para las situaciones de no-emergencia, por lo que permanece indiscifrable la lógica de un país como la Argentina, sistemáticamente atravesado por la emergencia<sup>10</sup>: emergencia energética, emergencia habitacional, emergencia laboral,

---

<sup>10</sup> Prescindiendo de la normativa infralegal y local, *brevitatis causa*, baste con referir solamente a la: Ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 06/01/2002; promulgada parcialmente el 06/01/2002; publicada el 07/01/2002) hasta el 10/12/2003; Ley N° 25.820 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (sancionada el 19/11/2003; promulgada el 02/12/2003; publicada el 04/12/2003) hasta el 31/12/2004; Ley N° 25.972 de Emergencia Pública (sancionada el 24/11/2004; promulgada el 15/12/2004; publicada el 17/12/2004; Nota: la ley lleva otro título) hasta el 31/12/2005; Ley N° 26.077 de Emergencia Pública (sancionada el 22/12/2005; promulgada el 09/01/2006; publicada el 10/01/2006) hasta el 31/12/2006; Ley N° 26.204 de Emergencia Pública (sancionada el 13/12/2006; promulgada el 19/12/2006; publicada el 20/12/2006) hasta el 31/12/2007; Ley N° 26.339 de Emergencia Pública (sancionada el 12/12/2007; promulgada de hecho el 03/01/2008; publicada el 04/01/2008; Nota: no sólo la publicación fue de hecho -todo un signo si se trata de evaluar el compromiso del Poder Ejecutivo Nacional- sino que el cuerpo de la norma consta de tres artículos: la prórroga de la emergencia, la fecha de entrada en vigencia y el “comuníquese”) hasta el 31/12/2008. Antes de estas dos últimas se dictó la Ley N° 26.167 (sancionada el 08/11/2006; promulgada el 28/11/2006; publicada el 29/11/2006), a los fines de interpretar el profuso marco normativo

emergencia agropecuaria, emergencia vial, emergencia económica, emergencia cambiaria, emergencia financiera, emergencia administrativa, emergencia social, emergencia alimentaría, emergencia sanitaria...

Quizá el gran problema de este país no sea “vivir al margen de la ley” (NINO, 1992), sino que la ley sistemáticamente invente la realidad, con hondas repercusiones en las expectativas de la ciudadanía. Si la ley inventa, entonces, la suerte está echada.

14. En la misma línea argumental, apuntábamos *ut supra* que nos apartamos del positivismo normativista, que entiende a la normatividad como mero acto volitivo desencajado de los hechos sociales. Al mismo tiempo, sosteníamos que, en nuestros días, la noción de salud aparece teñida de inflación y que la imposibilidad de traducirse en los hechos la vacía de contenido.

En esa inteligencia, ratificamos que en Derecho de la Salud, asistimos a fenómenos de inflación en referencia cruzada con fenómenos de vaciamiento; vale decir, ensanchamientos conceptuales y retracciones fácticas. Más llanamente: mucho discurso y poca acción, se declama mucho y se hace poco.

Ergo, el terreno parece muy propicio para “normas espectáculo”, con el consecuente peligro de manipular los enlaces entre facticidad y normatividad y enmascarar la realidad. Este tipo de normas son fraudulentas por definición, desde que se dictan sabiendo que no podrán cumplirse.

Indudablemente ello pone al descubierto un dejo de manipulación de los vocablos que acaba en arbitrariedades semánticas favorables al “poder” (no siempre visible pero nunca vacante), así lo atestigua el recurso a la desmesurada “elasticidad” al momento de dejar “consagrar derechos”, embauque predilecto de los “poderosos”.

A la postre, la “promiscuidad lingüística” le da cabida a latiguillos cristalizadores de verdaderas instancias de negación en la existencia del paciente como sujeto y, consecuentemente, de confirmación como mero objeto.

---

existente en la materia. Vaya como dato anecdótico, que en respuesta a la crisis financiera global, el Poder Ejecutivo Nacional, el 25/11/2008 (publicado el 26/11/2008), dictó el Decreto de Necesidad y Urgencia N° 2.025/2008 que modifica la Ley de Ministerios y crea el Ministerio de Producción. Por último, al momento de la conclusión de esta contribución, huelga decir que la situación en el país es de completa incertidumbre, desde que ha operado el vencimiento de la prórroga que mantenía la emergencia pública; a lo cual se agrega que el Congreso Nacional ha concluido el período ordinario de sesiones. Para un estudio sistemático de la cuestión, conviene ver especialmente: Alterini, 2002; Gelli, 2003; Etala, 2002; Sagarna, 2003; Lorenzetti, 2002.

15. Respecto de origen o fuentes de las normas formales en su “relación con la vida social, se han proyectado las nociones de fuentes ‘flexibles’ y ‘rígidas’ (fácil o difícilmente modificables) y de fuentes ‘elásticas’ e ‘inelásticas’ (más o menos permisivas del cambio social).” (CIURO CALDANI, 2000, p. 15); también se ha reparado en la diversidad jerárquica y teorizado sobre los niveles de participación.

Convencionalmente conjeturaríamos que las relaciones entre las normas en orden a la jerarquía, permeabilidad al cambio social, posibilidades de modificación y niveles de participación en su elaboración, pueden plantearse en la siguiente regla: a mayor jerarquía, las normas son más “elásticas”, más “rígidas” y más participadas; por el contrario, a menor jerarquía, las normas son más “inelásticas”, más “flexibles” y menos participadas.

Así, parece atinado que las normas jerárquicamente superiores reflejen los más elevados niveles de participación posible del mayor número de actuales o eventuales, conocidos o no, afectados/interesados; y, dado que los procedimientos para situarlas en la cúspide del sistema pueden revestir especial complejidad, es preciso dotarlas de la estabilidad necesaria que la rigidez brinda (satisfaciendo, de algún modo, estándares de seguridad) y de la ductilidad propia que la elasticidad facilita (realizando, en cierta medida, patrones de utilidad).

De la misma manera, puede resultar acertado aseverar que las normas jerárquicamente inferiores no requieran imperiosamente la participación del mayor número, siempre que la materia lo permita; y, como contrapartida a la discrecionalidad para establecerla, se planta la exigencia de la flexibilidad (en pos de un mínimo de intermediación) y de la inelasticidad (en aras de legítima previsibilidad).

A partir de la labilidad apuntada respecto de la noción de salud, es posible advertir también ciertas alteraciones en el entramado relacional trabado entre las normas formales, desde que la elasticidad es una constante de las normas referidas a la materia salud, independientemente del resto de las variables, en especial de las vinculadas a la jerarquía y a la participación.

Dada la profusa normatividad que enlaza al fenómeno de la salud, es posible detectar cierto estadio inflacionario en su reglamentación, tal como lo acusa un recorrido por el escalafón normativo desde la base hasta el vértice. El paneo de la pirámide, además de inflación normativa (y, quizá, por esa misma razón), arroja presumiblemente problemas para la ubicación de las normas en ella, por lo que puede vaticinarse que el aprovechamiento de cada espacio libre involucra, a veces, supuestos de sobreocupación, con la consecuente superposición normativa y las implicancias pertinentes para la determinación de la jerarquía.

La cuestión se vuelve particularmente compleja si pensamos que, en la Argentina, tratándose de una facultad no delegada por las provincias en el Gobierno Federal<sup>11</sup>, se advierte cierta nebulosidad en la competencia para formalizar (PREGNO, 2008, p. 151 y ss), con alto impacto en los niveles de participación en la instancia elaboradora.

16. El desubique sistémico, la indefinición estructural del encargado de formalizar y las dificultades en la implementación de las tareas de contralor que representa la elaboración participada de normas, trastornan la constitución y funcionamiento del ordenamiento normativo en materia de salud y lo dislocan, máxime cuando la incertidumbre filtra también en las arenas de la “elasticidad”.

Con este panorama, el contrapeso que ejerce el hecho de poder identificar normas más “flexibles” (principalmente las emanadas de la Administración Pública y sus agentes) y otras más “rígidas” (sobre todo cuando la cuestión alcanza estatus constitucional o es tomada por el Congreso Nacional), permite apenas salvaguardar las facultades exclusivas y los criterios de especialidad en la producción de las normas.

Mientras tanto, fruto de la multivocidad de la voz “salud”, los niveles de permeabilidad del sistema normativo al cambio social se desdibujan exacerbando la “elasticidad” y afectando, en consecuencia, la necesaria concatenación argumental en lo que a contenidos de las normas respecta.

Luego, el desbalance trasunta en la imposibilidad de satisfacer imperativos de coherencia por parte del conjunto del ordenamiento, desde que desconocer los límites de “elasticidad” e “inelasticidad” habilita distorsionados enlaces entre lo fáctico y lo normativo.

Cuando eso ocurre, cuando las normas devuelven una versión falsificada de los hechos, muy probablemente, lo que se está denunciando es una construcción descalabrada de “lo real”.

En ese caso, el pronóstico sobre la inflación normativa es que, más tarde o más temprano, acabará en polución normativa y tal extremo permite arriesgar desorientación en el orden conductual y un premeditadamente diluyente y aparentemente inordenado desgranamiento del conglomerado social.

Signos de tamaña desarticulación, pueden ser, en nuestros días, las vacilaciones de una jurisprudencia errática y ostensiblemente temerosa ante la comparecencia de justiciables-pacientes, el comportamiento desbocado del mercado capitalista post-financiero que no logra compatibilizar con las demandas del estado de derecho (CARBONELL, 2003;

---

<sup>11</sup> Cfr. Art. 121 de la Constitución Nacional.

FERRAJOLI, 1999; FIORAVANTI, 2004; LAPORTA, 2007) y cierto desgajamiento del tejido social reconstruido en colectivos de enfermos organizados en el denominado tercer sector que despliegan verdaderos procesos de vigilancia cívica, capaces de sellar el futuro de los referentes políticos en la disputa por el poder (ROSANVALLON, 2007; ROSANVALLON, 2009).

## REFERÊNCIAS

ALTERINI, Atilio A. (Director). **Suplemento especial emergencia económica**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

BOTIRDETH TOSÍA, Julio Alberto. Citas sobre la salud y los médicos. **Revista Médica Hondureña**, Tegucigalpa, Colegio Médico de Honduras, v. 66, n.º 4, p. 180, 1998.

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel. **Derecho y política**. Buenos Aires: Depalma, 1976.

\_\_\_\_\_. **La conjetura del funcionamiento de las normas**: metodología jurídica. Rosario: Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

\_\_\_\_\_. Filosofía trialista del derecho de la salud. In: **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, n.º 28, p. 19-32, 2004/2005.

\_\_\_\_\_. El derecho de la salud ante una nueva era histórica. In: **Investigación y Docencia**, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social; Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, n.º 42, p. 61-75, 2009.

ETALA, H. Juan José. **La emergencia económica en el derecho del trabajo**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

FIORAVANTI, Mauricio. **El estado moderno en Europa**: instituciones y derecho. Madrid: Trotta, 2004.

GELLI, María Angélica (Directora). **Suplemento especial de emergencia económica y recurso extraordinario**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

LAPORTA, Francisco. **El imperio de la ley**: una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Emergencia pública y reforma del régimen monetario**. Buenos Aires: La Ley, 2002.

MENÉNDEZ, Eduardo. Modelo hegemónico, crisis socio-económica y estrategias de acción en el sector salud. In: **Cuadernos Médicos Sociales**, Centro de Estudios Sanitarios y Sociales (CESS) del Asociación Médica de Rosario, Rosario, n.º 33, 1985.

MAINETTI, José Alberto. **La crisis de la razón médica**: introducción a la filosofía de la medicina. La Plata: Quirón, 1988.

\_\_\_\_\_. **Bioética fundamental**: la crisis bio-ética. La Plata: Quirón, 1990.

\_\_\_\_\_. **La transformación de la medicina**. La Plata: Quirón, 1992.

NINO, Carlos. **Un país al margen de la ley**. Buenos Aires: Emece, 1992.

PREGNO, Elian. Nombrar a los que nacen muertos como política de Derechos Humanos. In: SLAVIN, Pablo E. (Comp.). **VIII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas**. Mar del Plata: Tucumán, 2008.

PREGNO, Elian. Proliferación de normas en derecho de la salud: entre fenómenos inflacionarios y promesas fraudulentas. In: **Investigación y Docencia**, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social; Consejo Asesor de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, n.º 42, 2009.

\_\_\_\_\_. El Derecho de la salud como nueva rama del mundo jurídico: una respuesta jurídica justa. In: **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social**, Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Rosario, n.º 32, p. 95-110, 2009.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2007.

\_\_\_\_\_. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexibilidad y proximidad. Buenos Aires: Manantial, 2009.

SAGARNA, Fernando Alfredo. **Indexación de deudas en la emergencia económica**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

# Um Entrave ao Desenvolvimento Democrático: os legados do Autoritarismo na Democracia Brasileira

ELIZABETH CRISTIANE DE OLIVEIRA FUTAMI<sup>1</sup>  
BRUNO BARBOSA BORGES<sup>2</sup>

**Resumo:** A democracia é uma obra inacabada. Deve-se discuti-la, pensá-la e construí-la todos os dias. Para Saramago (2008), a democracia está aí como se fosse uma espécie de “santa de altar” de quem já não se esperam milagres, está aí como uma referência, em detrimento disso não se repara que a democracia em que se vive no Brasil da atualidade é uma democracia sequestrada, condicionada, amputada, porque o poder de cada um, enquanto cidadãos, limita-se somente à esfera política, a tirar um governo de que não gosta e a colocar outro de que talvez venha a gostar. Porém, as grandes decisões são tomadas numa outra esfera, por organismos não democráticos. Então, como falar em democracia se aqueles que efetivamente governam o mundo não são eleitos democraticamente pelo povo? De forma geral, esta é a realidade democrática atual. Mas o que fazer com algumas democracias que nem sequer concluíram seu processo de transição? O processo brasileiro de transição para a democracia é um exemplo disso, foi controlado pela elite autoritária, de forma lenta, gradual e negociada, o que permitiu a presença no atual Estado Democrático de Direito de resquícios do autoritarismo. Esses legados podem explicar os problemas atuais da democracia brasileira. O passado relacionado aos anos de ditadura militar continua muito presente no Brasil e, mesmo que não o esteja na esfera político-formal, em variáveis graus, parte da sociedade continua traumatizada e receosa. A democracia brasileira enfrenta vícios e problemas do século passado como patrimonialismo, clientelismo, racismo, vícios de certa forma tradicionais, e males como a corrupção e a impunidade. Outro exemplo é a tortura, que esteve presente no aparelho estatal brasileiro durante o arbítrio e que nos dias de hoje é herança ainda viva, sendo inquestionável a tradição de seu uso sistemático contra os prisioneiros ditos comuns, em delegacias e presídios de todo o país. Portanto, parece forte a conexão destes problemas com o passado autoritário do país. Como apontam Brito, González-Enríquez e Fernández: “Os enclaves não democráticos e os legados autoritários são indicativos de democracias incompletas e, como tal, é preciso combatê-los.”. Por fim, a presença deste continuísmo autoritário talvez seja o grande responsável pelo impedimento da efetiva consolidação e posterior desenvolvimento da democracia no Brasil. Necessita-se de uma melhor e maior compreensão e análise da realidade atual, tendo sempre em mente a luta pelo respeito

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social da Argentina (UMSA). Advogada e Professora do UNIARAXA, Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG.

<sup>2</sup> Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho/Portugal (Uminho). Advogado e Professor do UNIARAXA, Centro Universitário do Planalto de Araxá-MG.

aos ideais do Estado Democrático de Direito aliado à defesa dos Direitos Humanos. Para que o tão almejado desenvolvimento democrático ocorra, este passado deve ser enfrentado, afinal como Bobbio ensinou: “democracia é o governo do poder visível.”, uma vez “que pertence à natureza da democracia a exigência de que nada possa permanecer encerrado no espaço do mistério.”. Assim, a democracia deve mostrar a verdade, por esta fazer parte de sua essência. Daí a importância de reviver este passado, buscar a justiça e a verdade, construir uma memória histórica, afastar da estrutura do poder pessoas ligadas aos ideais do antigo regime ditatorial, promovendo então a Justiça de transição, pois deste modo nossa democracia realmente será plena, sem legados de autoritarismo.

**Palavras-chave:** Justiça de transição, Legados do autoritarismo, Democracia.

**THE OBSTACLE TO DEMOCRATIC DEVELOPMENT:  
the legacies of democracy in the brazilian authoritarianism**

**Abstract:** Democracy is an unfinished work. We discuss it, think of it and build it every day. For Saramago: democracy is there like a sort of holy altar of whom already do not expect miracles, is there as a reference, rather it does not repair that democracy we live in a democracy is kidnapped, Guests, amputated because the power of each of us as citizens is limited only to the political sphere to get a government that does not like and put another that perhaps will like. But big decisions are made in another sphere, by non-democratic, then talk about democracy as if those who actually rule the world are not elected democratically by the people. Generally this is the democratic reality today, but what to do with a few democracies that does not even completed their transition process? The Brazilian process of transition to democracy is an example of this was controlled by the authoritarian elite, a slow, gradual, negotiated, allowing the presence in the current democratic state of law a vestige of authoritarianism. These legacies can explain the current problems of our democracy. The past is related to years of military dictatorship still very present in Brazil, and even if it is in the formal political sphere, in varying degrees, part of our society still traumatized and afraid. Brazilian democracy faces defects and problems of the past century as patrimonialism, cronyism, racism, bias somewhat traditional, and evils like corruption and impunity. Another example is the torture that was present in the Brazilian state apparatus during the arbitration, and that today is the legacy still alive, and unquestioned tradition of always using common sayings against prisoners in police stations and prisons around the country. So it seems strong connection between these problems with the authoritarian past of the country. As pointed out Brito, González-Enríquez e Fernández: “enclaves undemocratic and authoritarian legacies are indicative of incomplete democracies and as such, we must fight them.”. Finally the presence of authoritarian continuity is perhaps largely responsible for preventing the effective consolidation and further development of democracy in Brazil. There needs to be better and greater understanding and analysis of current reality, always bearing in mind the struggle for respect for the ideals of democratic rule of law coupled with the defense of human rights. For the much desired democratic development takes place this month must be tackled in the end as Bobbio taught: “Democracy is the government’s visible power.” as “belonging to the nature of democracy demand that nothing can remain closed in the space of mystery.”. So democracy should show the truth, it belongs to its essence. Hence the importance of reviving this month, seek justice and truth, to build a historical memory, the power structure away from people connected to the ideals of the former dictatorial regime, then promoting transitional justice, because this way our democracy is really full, without legacy of authoritarianism.

**Keywords:** transitional justice, Legacies of Authoritarianism, Democracy.



## 1 INTRODUÇÃO

A democracia é o melhor sistema político que a humanidade conseguiu produzir. Talvez este senso comum ocidental seja a razão de sua surpreendente popularização. Afinal, apenas a democracia permite que as populações decidam quem vai governá-las; só a democracia permite certo grau de escolha popular nos processos decisórios, algo que a separa das ditaduras, nas quais tal escolha não é permitida. Só em democracia o domínio de uns homens sobre os outros busca alicerce na vontade popular. Sendo assim, a democracia existe quando a vontade popular controla as faculdades governamentais ou a autoridade de quem governa (SILVEIRA, 2008).

Outro aspecto importante é que a democracia, além de legitimar o exercício do poder político, permite a convivência do pluralismo, ou seja, permite a convivência das opiniões e interesses divergentes; permite a persecução de objetivos políticos diferentes. Enfim, admite em um mesmo espaço a convivência de todos os grupos sociais junto a suas opiniões e exigências (SILVEIRA, 2008). Conforme Bobbio (2000, p. 35), “os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática.”

Nesse complexo sistema, a democracia passa a ser indispensável, pois só a ordem constitucional democrática admite a compatibilização das discordâncias, a gestão dos conflitos sociais, a alternância salutar do poder; ainda se pode mencionar que somente a democracia aceita as soluções abertas à influência das minorias (SILVEIRA, 2008).

O modelo democrático possui características admiráveis, mas também possui imperfeições. Imperfeições que podem estar ligadas ao início, ao momento exato que se adentra em uma democracia. No caso brasileiro, ao momento da transição do governo ditatorial para o governo democrático. Assim, analisando as reflexões e reportando-as à realidade

democrática brasileira, surge a dúvida se essa transição foi efetivamente concluída ou se efetivamente se separa um governo autoritário de um governo democrático.

## 2 A DEMOCRACIA ATUAL

Embora o próprio Rousseau (*apud* BOBBIO, 2000) estivesse convencido de que uma verdadeira democracia nunca existiu e nunca existirá, por requerer um grande número de condições difíceis de realizar ao mesmo tempo, pode-se atualmente afirmar que “apesar de todas as debilidades da democracia, não existe outra fórmula mais adequada às sociedades pluralistas e multiculturais da actualidade.” (SILVEIRA, 2008, p. 9).

Mas, a democracia como uma obra inacabada, merece ser muito bem discutida e analisada, pois como Bobbio (1988, p. 9) alerta, “a democracia não goza no mundo de uma saúde propriamente excelente e, de resto, isso é coisa de que nunca gozou também no passado.”.

Saramago (2008) também traz importantes reflexões quando afirma que a democracia está aí como se fosse uma espécie de “santa de altar” de quem já não se esperam milagres, está aí como uma referência. Em detrimento disso, não se repara que a democracia em que se vive do atual Brasil é uma democracia sequestrada, condicionada, amputada, porque o poder de cada um, enquanto cidadãos, limita-se somente à esfera política, a tirar um governo de que não gosta e a colocar outro de que talvez venha a gostar. Porém, as grandes decisões são tomadas numa outra esfera, por organismos não democráticos. Então, como falar em democracia se aqueles que efetivamente governam o mundo não são eleitos democraticamente pelo povo?

Voltando a Bobbio (2000), este explica claramente a distinção entre a democracia ideal e a democracia real, ou seja, a distância entre a teoria dos ideais democráticos – democracia ideal – e sua efetiva aplicação – democracia real. Várias promessas estavam presentes nesses ideais democráticos, promessas estas que hoje ainda não foram cumpridas e talvez nem sejam mais possíveis. Por isso, Bobbio, em vez de tentar prever o futuro e correr o risco de cair em equívocos, prefere analisar o que não foi de fato cumprido, mostrando, assim, as características da democracia real.

Dentre as promessas não cumpridas estão: a persistência das oligarquias – que não foram derrotadas por completo como era de se esperar; o espaço limitado para se exercer a democracia, sobre o qual Bobbio propõe que o correto é procurar perceber se aumentou, não o número dos que têm direito de participar nas decisões democráticas que

lhes diz respeito, mas os espaços nos quais podem exercer este direito. Outra promessa ainda pendente é a de acabar com o poder invisível, afinal, a democracia é o poder sem máscaras, o poder visível, nela o cidadão deveria conhecer os atos de quem detém o poder, controlando-os. Mas, o que acontece é que não se sabe quem controla os controladores (BOBBIO, 2000).

Na democracia real o cidadão não está preparado ou não está educado para a cidadania. Um dos motivos para John Stuart Mill (*apud* BOBBIO, 2000) é que geralmente os governantes preferem cidadãos passivos, pois é mais fácil dominar súditos dóceis ou indiferentes do que os cidadãos ativos que, aliás, são os que a democracia mais necessita.

Essas citadas promessas não foram cumpridas por causa de obstáculos que não estavam previstos ou que surgiram em decorrência das transformações da sociedade civil. Bobbio cita três destes obstáculos. O primeiro, é a necessidade de técnicos para resolver problemas políticos muito específicos, distantes do conhecimento da maioria dos cidadãos. O segundo, seria o contínuo crescimento do aparato burocrático – sociedade burocrática, ordenado de cima para baixo, em contraposição com a sociedade democrática na qual o poder vem de baixo para cima. Atualmente, segundo o mesmo filósofo, “todos os Estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos” (BOBBIO, 2000, p. 47). O último obstáculo seria a própria ingovernabilidade da democracia, devido à inesgotável quantidade de demandas dirigidas ao governo. “Na democracia a exigência é fácil e a resposta difícil.” (BOBBIO, 1988, p. 48).

Ginsborg resume estes obstáculos afirmando que as causas do descontentamento com a democracia atual são múltiplas e uma delas está ligada ao “delegar da política para uma esfera separada, habitada por profissionais, organizada pelas elites partidárias, protegida pela linguagem técnica e pela prática burocrática dos administradores e em vastíssima medida impermeável à generalidade do público.” (GINSBORG, 2008, p. 37).

Essas reflexões resumem algumas das inquietações presentes quando o assunto é a democracia atual ou real, usando a conceituação de Bobbio. São promessas não cumpridas, são obstáculos não ultrapassados, que muitas vezes se agregam com outro grande obstáculo: a não conclusão do processo de transição.

### **3 A TRANSIÇÃO INCONCLUSA**

Foi por meio de uma solução negociada e não por meio de uma derrubada revolucionária que chegou ao fim a ditadura militar no Brasil. Nesse sentido, dois aspectos são certos: a)

é claro que essa solução foi em parte resultado de uma movimentação da sociedade civil contra a ditadura militar e pelas liberdades democráticas; b) é claro que as principais forças políticas artífices dessa negociação procuraram restringir ao máximo o peso das esquerdas e manter sob o controle o clamor popular, reproduzindo traços elitistas, autoritários e excludentes da democracia brasileira (ARAÚJO, 2006).

Na transição negociada, as elites do regime autoritário controlam inicialmente a maioria dos aspectos da transição; a liberalização e a democracia surgem fundamentalmente como opções tomadas pelo regime; ao longo do tempo, o controle do regime diminui consideravelmente, mas as elites autoritárias, todavia, conservam uma maior capacidade para marcar os contornos do processo político (SHARE; MAINWARING, 1986).

Nesse sentido, sobre as transições negociadas, Brito, González-Enríquez e Fernández (2004, p. 41) são unânimes em dizer que “nestes casos as autoridades dos regimes repressores conseguem conservar um tal poder que a nova elite democratizadora tem de coexistir e negociar constantemente a mudança com a velha guarda.”.

Outro ponto relevante, é que este tipo de transição se caracteriza pela ausência de medidas de castigo dirigidas contra os líderes do período autoritário, independentemente de seu grau de comprometimento em atividades repressivas. Os líderes autoritários não iniciam a democratização a não ser que seja garantido que não venham a ser processados. No Brasil, os líderes autoritários ainda não foram punidos. Isto marca um contraste com muitos casos em que o regime autoritário desmoronou (Alemanha e Itália em 1945; Grécia e Portugal em 1974; Argentina em 1983) e determinados líderes do regime anterior foram julgados e obrigados a abandonar o país (SHARE; MAINWARING, 1986).

No que tange ao poder do exército, as transições negociadas não alteram em princípio significativamente a posição deste poder. Os regimes autoritários também outorgam consideráveis proteções às elites mais elevadas (SHARE; MAINWARING, 1986). A transição negociada também oferece uma menor oportunidade para a ruptura radical com o passado autoritário. Os atores responsáveis do governo autoritário, incluindo aqueles que violaram os direitos humanos, continuam presentes no cenário político. Além disso, a garantia de impunidade durante a transição pode levá-los a atuar contra o próprio sistema democrático (SHARE; MAINWARING, 1986).

Ressalta-se que a ausência de uma importante mudança socioeconômica torna impossível a resolução de certas questões fundamentais, como a reforma agrária ou a injusta distribuição de renda. Sendo assim, o regime autoritário na análise deste tipo de transição não só conseguiu controlar muitos aspectos do processo liberalizador, como também re-

forçou as características elitistas bem enraizadas nas tradições políticas brasileiras (SHARE; MAINWARING, 1986).

Diante disso, torna-se mais perceptível a visualização e compreensão da atual democracia brasileira. Questiona-se a lei da anistia, a abertura dos arquivos da ditadura, os índices de tortura, ainda bem presentes na estrutura do Estado; as desigualdades de renda e tratamento conforme as classes sociais, a continuidade do rígido elitismo, a impunidade e a corrupção. Tudo isso, de certa forma, relacionado à maneira inconclusa em que se deu a transição para a democracia no país. Pois, é por causa dessa transição inconclusa que ainda há legados do autoritarismo como entraves ao desenvolvimento democrático brasileiro.

#### **4 OS LEGADOS DO AUTORITARISMO**

Antes de iniciar a breve abordagem, deixa-se claro que o legado autoritário é produto de uma longa história, no seio da qual os ideais de Estado de direito liberal democrático têm coexistido permanentemente com uma realidade não democrática; e, não, apenas produto do autoritarismo mais recente (BRITO, 2006).

Mais de vinte anos já se passaram desde o fim da ditadura e o Brasil ainda carece de uma avaliação profunda em sua recente experiência democrática. Problemas como a desigualdade social e a exclusão de amplos contingentes da população dos benefícios da democracia ainda fazem parte dos principais desafios a serem superados. A democracia brasileira enfrenta vícios e problemas como patrimonialismo, clientelismo, racismo e, ainda, males como a corrupção e a impunidade (ARAÚJO, 2006).

Como já se pode visualizar, alguns destes problemas possuem uma forte conexão com o passado autoritário do país. Como aponta Brito (2006, p. 56), “Os enclaves não democráticos e os legados autoritários são indicativos de democracias incompletas e, como tal, é preciso combatê-los.”.

No que tange à impunidade, em países como o Brasil, Chile e Uruguai, uma manta de impunidade cobriu a esmagadora maioria dos repressores, com leis de anistia que excluem ou limitam o âmbito das acusações. Assim, é possível verificar que a impunidade e a ameaça que ela representa em relação a abusos futuros ainda persistem na democracia brasileira (BRITO, 2006).

A tortura, matéria de ensino e prática rotineira dentro da máquina militar de repressão política da ditadura, seguidora da lógica elementar pela qual o país estava acima de tudo

e, portanto, tudo era válido contra aqueles que o ameaçavam (GASPARI, 2002); apesar de antiga conhecida, tornou-se presente no aparelho estatal brasileiro e herança ainda viva nos dias atuais, sendo inquestionável a tradição de seu uso sistemático contra os prisioneiros ditos comuns, em delegacias e presídios de todo o país (REIS FILHO, 2000).

Os exemplos destes resquícios autoritários na atual democracia brasileira são inúmeros. Detectados na impunidade que impera no reino das elites, na justiça que não alcança a todos e favorece uns poucos privilegiados, no poder do Exército sobre as decisões do Executivo, na atuação das polícias ou no reforço de uma cultura de autoritarismo nas forças de segurança do Estado. Evidências de certa forma explicadas por Brito, González-Enríquez e Fernández (2004, p. 48) quando afirma que: “os antigos repressores podem conservar um poder oculto, manifestado em instituições chave como o poder judicial, o exército, a política e outras burocracias estatais.”

Com relação também à realidade latino-americana, Brito (2006) acertadamente também menciona que há uma década, quando o processo de democratização parecia estar em bom caminho e com as atenções voltadas para a análise dos problemas inerentes aos processos de democratização, tornou-se fácil o ressurgimento de novas formas autoritárias ou de corrupção do processo democrático. O que colocou, assim, a questão se o método ditatorial seria destino cíclico ou conjuntura já ultrapassada para a América Latina.

A autora observa que embora não preveja um retorno ao mesmo tipo de autoritarismo militar do passado, não descarta um retorno parcial ou um reforço da tradição autoritária latino-americana, uma vez que esta tradição possui muitas facetas e é extremamente adaptável, podendo surgir nos espaços vazios da democracia, funcionando conjuntamente com ela, distorcendo-a gradualmente, e assim criando o que a autora denomina de “democracia autoritária” ou “autoritarismo democrático” (BRITO, 2006, p. 146-147).

Já O’Donnell (*apud* BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004), para aclarar o funcionamento imperfeito de algumas democracias recentes ou reconstituídas, usa os termos “democracia delegada” ou “falta de responsabilidade horizontal”. Segundo ele, apesar destes casos terem muito em comum com as velhas democracias consolidadas, como as eleições institucionalizadas e regulares, carecem de outros elementos importantes. O autor ainda elucida que, em quase todos estes casos, as instituições funcionam com importantes deficiências devido ao particularismo ou ao clientelismo, que podem ser legados de anteriores regimes autoritários. Isto significa, normalmente, nepotismo e corrupção, bem como problemas de prestação de contas, por causa da dissolução das fronteiras entre as esferas públicas e privadas que, por sua vez, têm uma relação direta com a aparição de ideias de autoridade política delegadas, em vez de representativas.

Enfim, esta simples e breve análise parece indicar que o Brasil, até este momento, não conseguiu se desfazer de todo o legado autoritário constituído ou mantido ao longo do arbítrio (MEZAROBBA, 2006).

## 5 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO

Atualmente, todo este processo de lidar com o passado repressivo é denominado de Justiça de Transição, que de forma simplificada é definido por Mezarobba (2006, p. 9.) como:

[...] a área de atividade e pesquisa voltada para a maneira como as sociedades lidam com o legado de violações de direitos humanos, atrocidades em massa ou outras formas de trauma social severo, ao término de um período de repressão ou conflito armado, com vistas à construção de um futuro mais democrático e pacífico.

Por conseguinte, tem-se como alguns de seus deveres o de investigar, processar e punir os violadores de direitos humanos; revelar a verdade para as vítimas, seus familiares e toda a sociedade; oferecer reparação adequada e afastar os criminosos de órgãos relacionados ao exercício da lei e de outras posições de autoridade (MEZAROBBA, 2006).

Aqui se evoca o direito à verdade, o direito à memória coletiva e o direito à construção da identidade histórica, deixando claro que as políticas de verdade e justiça estão historicamente fundadas e são, portanto, peculiares a cada país (BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004). Como dizem os mesmos autores (p. 61), “o que as sociedades escolhem recordar e esquecer, e de que forma, é algo que condiciona, em parte, as suas opções futuras.”. Ou seja, cada povo tem sua sensibilidade e suas escolhas e, por meio delas, traçará junto aos rumos de sua história o futuro de sua democracia.

Vale ressaltar que relativamente ao funcionamento da democracia e do Estado de Direito, a Justiça de transição, na sua busca pela verdade e justiça, pode exercer uma função pedagógica, uma vez que reintegram as vítimas na sociedade, ao reconhecerem o seu sofrimento, garantindo uma forma de justiça social. Além disso, o ajuste de contas com o passado no ato de investigar, revelar e castigar pode contribuir para que as atrocidades não se repitam.

O reviver o passado é encarado como uma arma contra o esquecimento, que pode combater o que Brito, González-Enríquez e Fernández (2004) denominam de “amnésia social”, além do combate à negação, aos encobrimentos e às diversas formas de revisionismo,

que procuram justificar ou negar as atrocidades passadas, impedindo que o caráter pedagógico seja utilizado. Assim, a Justiça de transição pode marcar uma ruptura simbólica e moral com um passado obscuro, estabelecendo um consenso sobre o intolerável, e fortalecendo as características de um governo de fato democrático.

Muitas vezes, a persistência do autoritarismo também impõe o esquecimento. Sobre isso Arendt (1999, p. 254) diz que “os buracos do esquecimento não existem. Nada humano é tão perfeito, e simplesmente existem no mundo pessoas demais para que seja possível o esquecimento.”. Com estas palavras, Arendt (1999) mostra que o esquecimento completo não existe e a necessidade da justiça de transição atualmente é a prova disto, pois, para muitos, ainda é preciso reviver o passado, saber a verdade, construir a história, buscar a justiça, fortalecer a democracia.

Ainda dentro desse processo de Justiça transicional, enfatiza-se que o julgamento e outras ações contra os perpetradores funcionam como um alerta, estabelecendo princípios morais e apresentando lições coletivas sobre a justiça; e até ajudando a restaurar a confiança nos poderes judiciais e em outras instituições democráticas (BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004).

Outro aspecto interessante vem no sentido da manipulação da necessidade social da superação do passado. Loff (2000) explica que uma coisa é saber a verdade sobre o passado e optar pelo perdão, pelo esquecimento; outra coisa é utilizar do poder, da manipulação, do controle, da alienação para institucionalizar uma política de esquecimento utilizando a mentira, sem dizer a verdade.

Bastos (2009) elucida também que a preservação da memória enfrenta outra dificuldade quando se depara com duas verdades distintas: a dos vencedores e a dos vencidos. Vale lembrar que a versão dos vencedores normalmente é a que se tem como verdade, restando assim saber também a verdade dos vencidos (SILVA FILHO, 2009).

Mas, a verdade sobre o passado possui alguns percalços, como esclarece Benjamin (*apud* SILVA FILHO, 2009, p. 127): “Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo como ele de fato foi. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo.”.

Assim, conhecer esse passado realmente como ele ocorreu não parece ser possível, mas compreendê-lo melhor parece ser justo, pois a história nunca deve ser contada apenas sob os olhos de quem detém o poder. Afinal, o passado surge no presente para que ali se tome uma decisão. Uma decisão consciente da sua fragilidade, tanto no sentido de que é



humanamente impossível uma memória que abarque todas as injustiças e barbáries, como no sentido de que através dessa fraqueza é que se rompe com a força da história linear (SILVA FILHO, 2009).

Mas, apesar dos inúmeros percalços em relação à verdade sobre o passado, pode-se perceber que a justiça está intimamente ligada à verdade, como explica Bastos (2009, p. 67):

A justiça quer a verdade da mesma forma que a memória deseja que o acontecimento mantenha-se inesquecido. É a função da justiça trazer a verdade à luz, ao passo que esquecer é viver na mentira e na injustiça. Mais precisamente, esquecer é o oposto daquilo que se constitui a essência da justiça, que se baseia na preservação da verdade e da memória.

Sabendo que a verdade e a justiça estão aqui entrelaçadas, por que não buscar em Bobbio o apoio a esta questão? Bobbio (1988, p. 110) afirma que a democracia é o governo do poder visível, do “poder sem máscaras”, uma vez “que pertence à natureza da democracia a exigência de que nada possa permanecer encerrado no espaço do mistério.”. A democracia então deve mostrar a verdade, por esta fazer parte de sua essência.

A memória pode ter como função evitar a repetição da catástrofe, pois detém a função de manter vivas as recordações e os direitos vigentes, denegados no passado, o que contribui para a valorização do Estado Democrático de Direito. Ainda sobre a importância da memória e sua repercussão sobre as pessoas, Bobbio (1988, p. 138) alerta: “[...] A maior parte dos homens tem memória fraca, quando as feridas são dos outros. Deve, contudo, existir alguém que assuma a tarefa de representar a memória coletiva, nada descuidando, portanto, do que possa ajudar a compreender.”.

A Justiça de transição parece ser aqui o caminho a ser seguido nessa busca pela verdade e transparência. Busca esta que poderá contribuir para o desenvolvimento democrático e fortalecimento dos direitos humanos.

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os legados autoritários podem explicar alguns problemas atuais de democracia atual brasileira. O passado relacionado aos anos de ditadura militar continua muito presente no Brasil e, mesmo que não o esteja na esfera político-formal, em variáveis graus, parte da sociedade continua traumatizada e receosa.

As restrições políticas da justiça podem ter sido necessárias no passado, pois tinham como objetivo não perturbar o processo de democratização. Porém, a ausência de medi-

das, para a busca da verdade e justiça, fez com que nossa democracia nascesse paralisada, uma vez que os repressores continuam livres e os enclaves autoritários inalterados (BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004). A presença deste continuísmo autoritário talvez seja o grande responsável pelo impedimento da efetiva consolidação e posterior desenvolvimento da democracia no Brasil. Necessita-se de uma melhor e maior compreensão e análise da realidade atual, tendo sempre em mente a luta pelo respeito aos ideais do Estado Democrático de Direito aliado à defesa dos Direitos Humanos.

Para que seja superado esse passado autoritário, sanar as deficiências de nossa democracia e garanti-la sem legados de autoritarismo, precisa-se tornar cada vez mais cidadãos ativos, em vez de súditos dóceis e indiferentes. Pois, o possível fortalecimento democrático por meio da Justiça de transição dependerá principalmente desse nível de participação e interesse sobre o processo.

Aliás, para muitos, a existência do mínimo denominador comum da democracia é a celebração de eleições livres e a alternância pacífica do poder, garantindo uma série de direitos que permitam a participação dos cidadãos. Porém, parece que tal democracia se mostra insuficiente pela ausência de outros elementos que poderão ser obtidos com reformas em certas instituições, como a polícia, as forças armadas ou o sistema judicial. Nestas instituições, os responsáveis não são eleitos democraticamente, podendo continuar a ser enclaves de forças autoritárias, o que afetaria negativamente a qualidade da democracia (BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004). Desse modo, o progresso democrático parece estar ligado primeiro ao comprometimento com o governo democrático; segundo, à eficácia e independência dos poderes judiciais e, por último, à subordinação das Forças Armadas e policiais e à autoridade civil.

Assim, a democracia deve ser reavaliada e construída todos os dias sem ficar presa a conceitos mínimos. É necessário combater os enclaves não democráticos e os legados autoritários. Desta forma, as limitações constitucionais ou legais impostas ao exercício da soberania popular devem ser extintas. A Justiça de Transição parece ser uma solução, um horizonte que poderá guiar a todos rumo à democracia plena.

Contudo, deve-se ter em conta também que não existe uma resposta única à questão do impacto das políticas de ajuste de contas com o passado na democracia, já que os seus efeitos dependem das condições de partida, de aspectos históricos e dos legados mais recentes de tipo institucional, social e político que são peculiares em cada país (BRITO; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004).

Enfim, independente do efeito que justiça de transição tenha sobre o desenvolvimento da democracia, o simples ato de buscar o respeito e a defesa do Estado Democrático de Direito já representa uma conquista na direção de uma democracia melhor. Porque mudar aquilo que incomoda, aquilo que não concordamos, aquilo que não se quer é também mudar os rumos da história.

### REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria Paula Nascimento. A ditadura militar em tempo de transição (1974-1985). In: MARTINHO, Francisco C. Palomanes (Org.). **Democracia e ditadura no Brasil**. Rio de Janeiro: Eduerj, 2006.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira. **Anistia: as leis internacionais e o caso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Lisboa: Dom Quixote, 1988.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BRITO, Alexandra Barahona de. As ditaduras da América Latina: os casos do Chile e do Uruguai - razão de ser e dinâmicas de repressão. In: ROSAS, Fenando; OLIVEIRA, Perdo Aires (Coord.). **As ditaduras contemporâneas**. Lisboa: Colibri, 2006.

BRITO, Alexandra Barahona de; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, Carmem; FERNÁNDEZ, Paloma Aguilar. **Política da memória: verdade e justiça a transição para a democracia**. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2004.

GASPARI, Elio. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Cia. das Letras, 2002. 3.<sup>a</sup> reimpressão.

GINSBORG, Paul. **A democracia que não há**. Lisboa: Teorema, 2008.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. Direitos humanos na América Latina hoje: heranças de transições inconclusas. Disponível em: <[http://www.direitos.org.br/index.php?option=com\\_remository&Itemid=99&func=fileinfo&id=189](http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_remository&Itemid=99&func=fileinfo&id=189)>. Acesso em: 22 abr. 2010.

LOFF, Manuel. Impunidade e memória histórica. In: DELGADO, Iva et al. **De Pinochet a Timor Lorosae: impunidade e direito à memória**. Lisboa: Cosmos, 2000.

MEZAROBBA, Glenda. Entrevista. **Jornal da Unicamp**, Campinas, 3 a 9 de novembro de 2008.

MEZAROBBA, Glenda. **Um acerto de contas com o futuro: a anistia e suas consequências: um estudo do caso brasileiro**. São Paulo: Humanitas/Fapesp, 2006.

REIS FILHO, Daniel Aarão. Os muitos véus da impunidade: sociedade, tortura e ditadura no Brasil. In: DELGADO, Iva et al. **De Pinochet a Timor Lorosae: impunidade e direito à memória**. Lisboa: Cosmos, 2000.

SARAMAGO, José. Falsa democracia. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=m1nePkQAM4w>>. Acesso em: 25 abr. 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.

SILVEIRA, Alessandra. **Tocqueville e a indesejável obstinação pelos destroços à margem**: contributos para uma teoria da democracia constitucional europeia. Porto: Ed. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2008.

SHARE, Donald; MAINWARING, Scott. Transiciones via transaccion: la democratizacion en Brasil y en España. Tradução de Gerardo A. Meil Landwerlin. **Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca**, n. 49, enero-febrero, 1986.

Data do Recebimento: agosto/2013. Data da Aceitação: outubro/2013

# **Relações Raciais e Políticas de Ação Afirmativa nos Estados Unidos e no Brasil: um breve estudo comparativo**

ELTON DIAS XAVIER<sup>1</sup>

SOLANGE PROCÓPIO XAVIER<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Professor do Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social na Universidade Estadual De Montes Claros (UNIMONTES).

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Professora Universitária. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

## 1 INTRODUÇÃO

O problema da desigualdade e da discriminação nas relações raciais está presente em diversas sociedades contemporâneas, a exemplo do que ocorre com o Brasil e os Estados Unidos. O que diferencia uma sociedade da outra é a forma como ela lida, institucional e juridicamente, com esse problema. Desde o fim do século XIX e início do século XX, essa discussão já estava bem presente. As antigas colônias situadas no continente americano, para aonde havia sido levado um grande número de negros escravizados, enfrentavam mazelas sociais resultantes da abolição e da necessidade de implementação de políticas específicas para resolver esse novo problema que se lhes apresentava.

Nessa mesma época, no entanto, teve início a realização de diversos estudos, principalmente na Europa, objetivando identificar as diferenças biológicas existentes entre as raças. Vários experimentos foram feitos e, à medida que os cientistas chegavam a determinadas conclusões, suas *descobertas* eram divulgadas no meio acadêmico em todo o mundo.

Esses estudos faziam apologia à ideia de que a raça branca era superior às demais, principalmente à raça negra. Com base nesses estudos, que deram origem ao chamado *racismo científico*, as sociedades que haviam sido colonizadas pelos europeus, e que agora tinham um enorme contingente de pessoas negras em seu território, implementaram políticas institucionais que, apesar de aparentemente opostas, tinham como objetivo: preservar sua população das influências negativas da *inferioridade* da raça negra (JAPIASSU, 1999, p. 243-273).

Na tentativa de contornar o problema, destacam-se duas posições que foram adotadas, distintamente: a primeira visava à segregação racial e a segunda à miscigenação, com vistas ao embranquecimento da população.

Os Estados Unidos, por exemplo, adotaram políticas oficiais de segregação racial. Através da institucionalização da segregação racial, objetivava-se a preservação da *pureza racial* da população de origem europeia, evitando assim a *degeneração racial*. Tais políticas segregacionistas perduraram por muitas décadas, mesmo após a contestação da validade das pesquisas que originaram o *racismo científico*.

O Brasil, diferentemente, adotou uma política institucional de embranquecimento da sua população através da miscigenação. Essa política, por vezes, parecia um contrassenso. Entendia-se, à época, que a miscigenação era um fator de degeneração racial, o que levou países como os Estados Unidos a adotarem a política de segregação. Para as elites governantes e intelectuais brasileiros partidários da política de embranquecimento, no entanto, não havia contrassenso: se a raça branca era superior – e, por essa razão, possuía genes dominantes – a miscigenação, então, teria um efeito branqueador e purificador da raça negra. Se a política de embranquecimento funcionasse como se acreditava que ela funcionaria, em duas ou três gerações a população do país seria totalmente branca. Como se vê, a política de embranquecimento adotada no Brasil, longe de ter como objetivo a instauração de uma “democracia racial” no país, pretendia mesmo era a eliminação progressiva da raça negra, considerada *inferior* (SEYFERTH, 1996, p. 41-58).

Essas ideias servem de pano-de-fundo para a discussão das relações raciais nos Estados Unidos e no Brasil, até os dias atuais. Em contraposição à forte segregação racial que marcou a história dos Estados Unidos, as ideias de supremacia branca e de melhoria da raça negra por meio do embranquecimento permeiam o imaginário coletivo brasileiro, direcionam comportamentos e atitudes, perpetuam e reproduzem a desigualdade racial no país.

Nesse contexto, as políticas de ação afirmativa surgem como instrumento capaz de proporcionar oportunidades às populações negras de ambos os países, no sentido de superar a sua condição de subcidadania e desfrutar dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à sua condição de seres humanos. Condição essa que, por si só, é suficiente à sustentação de sua contínua luta pelo direito fundamental à igualdade.

Quanto à adoção de políticas de ação afirmativa em ambos os países, serão ressaltados aspectos tais como o contexto histórico em que elas foram implementadas e o enfoque racial dado a essas políticas nos Estados Unidos, em contraposição ao enfoque de classe que vem se manifestando, de maneira crescente, no Brasil.

O objetivo deste artigo é ressaltar, por meio de um estudo comparativo, as semelhanças e diferenças na trajetória histórica das relações raciais nos Estados Unidos e no Brasil, apontando a segregação como aspecto predominante das relações raciais nos Estados Unidos e a miscigenação como aspecto predominante das relações raciais no Brasil.

## **2 A SEGREGAÇÃO COMO ASPECTO PREDOMINANTE DAS RELAÇÕES RACIAIS NOS ESTADOS UNIDOS**

As relações raciais nos Estados Unidos, a partir do período pós-abolição, foram marcadas por manifestações de violência e segregação institucional, especialmente nos Estados do Sul do país, pelo menos até o fim da primeira metade do século XX – ou até mais, considerando que o reverendo Martin Luther King Jr. foi assassinado em 1967 (BUCHANAN, 2005).

Podem ser identificados quatro períodos importantes no curso da história das relações raciais nos Estados Unidos: o primeiro deles, iniciado após a abolição da escravidão, foi o período das leis “Jim Crow” – leis segregacionistas. Esse foi um período de grande violência contra os negros no país.

Em um segundo momento, apesar de serem reconhecidos aos negros, formalmente, direitos iguais aos dos brancos, foi declarada, pela Corte Suprema, a constitucionalidade da separação entre brancos e negros – a continuidade da segregação institucionalizada.

Posteriormente, com o fortalecimento do movimento negro em favor dos direitos civis a partir da década de 1950, foram editadas as leis de direitos civis e as leis que proibiam a segregação.

Finalmente, em um quarto momento, foram editados os decretos que criaram e incentivaram a implementação de ações afirmativas em favor da população negra nos Estados Unidos (BUCHANAN, 2005).

Após a chamada “Guerra da Secessão” (1861-1865), com a vitória das forças do Norte industrializado contra o Sul escravista, foi editada a 13.<sup>a</sup> Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que aboliu a escravidão no país. Dez anos depois, em 1875, foi aprovada a primeira Declaração de direitos do país, e esta impedia a discriminação racial. Apesar disso, o que ocorreu de fato foi um período de intensa violência contra os negros.

Nesse período, o linchamento de negros por grupos brancos tornou-se comum e corriqueiro nas ruas do país. Os responsáveis raramente eram julgados, e quando chegavam



a ser julgados, eram sempre absolvidos: a morte de negros por brancos era um fato socialmente aceitável no país, como se vê do excerto abaixo, de um artigo sobre o teatro norte-americano:

As a form of racial violence, lynching was fostered by an ideology of white supremacy which developed and flourished in the United States after the abolition of slavery. In the context of institutionalized white supremacy, black men and women, no longer valuable properties as slaves, increasingly became the victim of lynchings, and lynching clearly became a manifestation of black-white race relations in the United States (STEPHENS, 1999).

(Como uma forma de violência racial, o linchamento foi desencadeado por uma ideologia de supremacia branca que se desenvolveu e floresceu nos Estados Unidos após a abolição da escravidão. Em um contexto de institucionalização da supremacia branca, homens e mulheres negros, não mais propriedades valiosas como escravos, tornaram-se vítimas de linchamentos, e o linchamento claramente se tornou uma manifestação das relações raciais entre brancos e negros nos Estados Unidos)<sup>3</sup>.

Nesse período foram editadas diversas leis segregacionistas, especialmente nos Estados do Sul do país, que foram chamadas, de forma pejorativa, de leis “Jim Crow”<sup>4</sup>. Algumas dessas leis discriminatórias criavam impedimentos para que os negros votassem: determinavam que os negros fossem submetidos a exames sobre a Constituição norte-americana; outras dessas leis exigiam, para que os negros pudessem votar, que os seus antepassados já tivessem votado ao menos uma vez, o que era impossível por terem sido todos eles escravos.

Os exemplos dessas leis segregacionistas são inúmeros, conforme fragmento de texto abaixo:

Estimulado pelo ódio ao negro e o receio dele como homem livre, um imenso muro – o muro da segregação – começou a ser construído pelo racismo. Tijolo a tijolo, lei a lei, o muro cresceu. Até nos abrigos de surdos-mudos e cegos, brancos e negros foram separados. Na Carolina, eles não podiam “olhar juntos pela mesma janela”. Em Atlanta, na Geórgia, existiam bíblias para negros e outras para brancos quando eles fossem convocados para testemunhar em um tribunal<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Tradução nossa.

<sup>4</sup> “Jim Crow” era um apelido pejorativo usado para se referir a qualquer negro, difundido por uma canção cômica de 1832. Embora o apelido seja comumente traduzido por “Zé Ninguém”, a palavra Crow (corvo) refere-se expressamente ao fato de ser um apelido especificamente criado para os negros. Até porque os “Zé Ninguém” brancos, nos Estados Unidos, são chamados de “John Doe”.

<sup>5</sup> Texto disponível em <[http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/martin\\_king7.htm](http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/martin_king7.htm)>.

Outro exemplo das leis “Jim Crow” surgiu a partir de 1910, quando mais de trinta Estados norte-americanos editaram leis que proibiam o casamento inter-racial.

Confirmando a validade das leis segregacionistas, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em decisão no famoso caso *Plessy x Fergusson*<sup>6</sup>, criou um “novo” período, no qual prevaleceu a doutrina denominada pelos norte-americanos de *separate but equal* (separados, mas iguais). Nessa decisão, a Suprema Corte afirmou que a Constituição dos Estados Unidos garantia direitos iguais a todos, mas não impedia que esses direitos fossem exercidos de forma apartada por negros e brancos (MENEZES, 2001).

Assim, por exemplo, não haveria inconstitucionalidade se os negros, embora estudando em escolas só para negros, tivessem em suas escolas a mesma qualidade de ensino a que os brancos tinham acesso. Essa decisão fundamentou juridicamente a separação entre brancos e negros nos transportes, nas escolas, nos hotéis, bares, restaurantes e em outros lugares públicos. Nesse período, eram comuns as placas indicativas: “só para brancos”, “só para negros”.

O período do *separate but equal* durou até 1954, quando a Suprema Corte alterou o seu entendimento sobre a constitucionalidade da segregação, no caso *Brown x Board of Education*, dando início ao fim de um longo período de segregação racial institucionalizada no país. O caso *Brown*, e depois o caso *Rosa Parks*, foram os primeiros de uma série: inúmeras ações judiciais chegaram aos tribunais, numa tentativa de viabilizar concretamente o novo entendimento da Suprema Corte (ROSENFELD, 2003).

Um dos motivos dessa mudança tão significativa na forma de interpretar a Constituição e as leis foi, com certeza, o forte movimento social negro que se organizou no país, a partir da década de 1950. Esse novo movimento negro norte-americano teve como principal líder o Reverendo Martin Luther King Jr., admirador de Gandhi e defensor da luta pacífica pelos direitos civis das pessoas negras em seu país.

As lideranças desses movimentos organizaram manifestações gigantescas em diversas cidades do país, protestos pacíficos que mostravam que os negros norte-americanos não estavam mais dispostos a continuar na posição de subcidadania em que se encontravam. O saldo dessas manifestações foi bastante positivo: em 1964 foi promulgada a Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*) que proibia, em todo o país, a discriminação baseada em raça, cor, religião ou origem nacional; em 1965, o Congresso aprovou a Lei do Direito ao

---

<sup>6</sup> Na decisão do caso *Plessy v. Fergusson*, a Suprema Corte americana havia afirmado que sistemas escolares “separados, porém iguais” para negros e brancos eram constitucionais.

Voto (*Voting Rights Act*), que proibia as exigências até então feitas para que os negros pudessem votar (BUCHANAN, 2005).

Simultaneamente à edição dos referidos diplomas legais, que proibiam a discriminação racial no país, as lideranças políticas, especialmente a Presidência da República, difundiam a ideia de que apenas a proibição da discriminação não seria capaz de efetuar a integração dos negros norte-americanos na sociedade, nem lhes proporcionar o exercício pleno de sua cidadania. Era preciso mais.

Nesse contexto, destaca-se o discurso do então presidente norte-americano Johnson, proferido em quatro de junho de 1965, no qual ele assevera ser preciso proporcionar aos cidadãos negros a possibilidade de alcançar a igualdade em sentido material, e não apenas no discurso e na teoria: igualdade de fato e de resultados.

Em 24 de setembro de 1965, o mesmo Presidente Johnson edita o Decreto Executivo 11.246, que impõe medidas a todos os empregadores do país no sentido de desenvolver ações afirmativas (*take affirmative action*) para que as minorias pudessem ter oportunidades no mercado de trabalho. Foi a primeira vez que o termo *affirmative action* foi utilizado naquele país, como instrumento de integração do negro na sociedade, especificamente no mercado de trabalho. Depois disso, a expressão foi generalizada para abranger toda e qualquer medida que objetivasse a integração de grupos discriminados (MENEZES, 2001).

### **3 A MISCIGENAÇÃO COMO ASPECTO PREDOMINANTE DAS RELAÇÕES RACIAIS NO BRASIL**

Assim como nos Estados Unidos, é possível identificar quatro momentos bem definidos, que abrigam quatro paradigmas de interpretação das relações raciais no Brasil: o primeiro deles é o paradigma denominado de *racismo científico*, cujo objetivo é justificar o racismo por meio de experimentações científicas que teriam comprovado a superioridade da raça branca em relação à raça negra.

O segundo paradigma, denominado de “democracia racial”, tem como base interpretativa a obra de Freyre (2002), a partir da década de 1930.

O terceiro paradigma origina-se de trabalhos realizados no Brasil por pesquisadores da UNESCO na década de 1950 (BASTIDE; FERNANDES, 1971), que analisam as relações raciais no contexto da modernização e consolidação das relações capitalistas no país: o paradigma da integração do negro na sociedade de classes.

O quarto paradigma tem como fundamento o reconhecimento da desigualdade racial existente no Brasil, por intermédio de trabalhos realizados a partir da década de 1970, por autores brasileiros e estrangeiros (HASENBALG, 1979; TELLES, 2004), a partir de dados relevantes obtidos através de pesquisas acadêmicas e dos próprios bancos de dados oficiais do país.

Foram essas pesquisas, aliadas às lutas do movimento negro brasileiro, que abriram a discussão sobre a implementação de políticas de ação afirmativa para a população negra no Brasil, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos a partir da década de 1960.

Apesar de estar inserta no mesmo contexto de teorias e explicações de cunho racista, predominantes e amplamente aceitas até o início do século XX, a elite brasileira dirigente rejeitou a segregação e optou por um outro caminho: a miscigenação. Na verdade, a miscigenação já havia acontecido desde o princípio da colonização, por vários motivos, dentre eles a escassez de mulheres brancas (FREYRE, 2002).

Os dirigentes e intelectuais brasileiros viram na miscigenação, especialmente aquela realizada com um componente branco, a forma de redenção da população e de formação de uma identidade brasileira livre do estigma de inferioridade atribuído à mistura de raças: a política de embranquecimento. Nesse sentido, Munanga (2004, p. 124) afirma que “a mestiçagem era para ela [a elite brasileira] uma ponte para o destino final: o branqueamento do povo brasileiro”.

Assim, com a adoção de uma política oficial de incentivo à vinda de imigrantes europeus, desde o fim do século XIX até quase meados do século XX, a população branca aumentou no país. Com o baixo nível de vida dos negros, o que resultava em uma também baixa expectativa de vida, e com o fim do tráfico de escravos vindos da África, a população negra diminuiu. A elite intelectual brasileira pensou, finalmente, ter encontrado a solução para o *problema negro*. O incentivo à miscigenação com o branco eliminaria, em três ou quatro gerações, qualquer resquício físico ou cultural da identidade negra no Brasil. Em pouco tempo o Brasil seria um país de brancos. Era claro o caráter eugenista presente nessa política de branqueamento da população (TELLES, 2004).

Há, inclusive, um quadro bem ilustrativo dessa época e da ideologia do branqueamento pintado em 1895 pelo espanhol naturalizado brasileiro Modesto Brocos y Gómez. O quadro é denominado *Redenção de Cam*: uma avó negra de pé ao lado da filha mulata, do genro branco e do neto, que já não possui qualquer característica ou traço da raça negra. A avó tem seus braços erguidos ao céu, como que agradecendo a Deus pelo *milagre da redenção* (MAIO; SANTOS, 1996).

Na visão de Dulci, porém, essa foi uma das saídas criativas encontradas pela intelectualidade brasileira para o problema racial:

No entanto, o mimetismo dos intelectuais brasileiros não os impediu de vislumbrar uma saída para tais obstáculos ao progresso. Essa saída consistiu na teoria do branqueamento. Projetava-se para o início do século XXI a transformação do Brasil em uma nação quase totalmente branca por efeito de dois fatores: a imigração intensiva de europeus e o incremento da mistura entre brancos, negros e índios, redundando na extinção gradual dos dois últimos grupos, por sua suposta inferioridade. Nesse sentido contornavam-se os rígidos princípios do racismo científico para adaptá-lo às contingências de um país acentuadamente mestiço (DULCI, 2003).

Apesar de sua aparência democrática, a miscigenação incentivada no Brasil pela política de embranquecimento foi comparada, pelo militante e intelectual negro Abdias do Nascimento, ao genocídio dos judeus ocorrido na Alemanha nazista, porque tinha o mesmo objetivo: eliminar o elemento racial indesejado – o negro – do seio da sociedade (MUNANGA, 2004).

Muito embora a miscigenação tenha criado, dentro do país e no exterior, a ideia de que o Brasil seria uma democracia racial, já na década de 1950 estudos começavam a indicar a forte discriminação racial existente no país, e a ideia de que existiria um “lugar do negro”, subalterno, inferior ao branco (BASTIDE, 1971).

Influências marxistas, no entanto, faziam com que teóricos importantes acreditassem que a modernização e o desenvolvimento das relações capitalistas no Brasil acabariam por proporcionar a integração do negro na sociedade de classes emergente no país (FERNANDES, 1971).

Estudos posteriores, no entanto, já do fim da década de 1970, demonstraram que as previsões otimistas dos teóricos de tendências marxistas não se confirmaram. A desigualdade social entre brancos e negros no Brasil estava crescendo, a escolaridade e a renda, assim como as possibilidades de mobilidade social, eram muito mais baixas para os negros, mesmo não havendo segregação institucionalizada (HASENBALG, 1979).

Apesar desses estudos do fim da década de 1970, apenas na década de 1990 é que se inicia no Brasil a discussão sobre a necessidade de implementação de políticas de ação afirmativa para a integração da população brasileira negra (TELLES, 2004).

#### 4 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NOS ESTADOS UNIDOS: UMA QUESTÃO DE RAÇA

As políticas de ação afirmativa em benefício da população negra nos Estados Unidos foram implementadas, pela primeira vez, na década de 1960. O Poder Judiciário teve participação efetiva e fundamental na instauração de uma nova ordem de relações raciais naquele país. Diversas decisões históricas da Suprema Corte encerraram o longo período de segregação racial de suporte legal e institucional, dando início a uma série de ações governamentais que tinham como objetivo realizar a integração da população negra na sociedade norte-americana.

Especificamente em relação às transformações históricas de integração da população negra norte-americana, os movimentos sociais organizados tiveram importância e papel decisivos nas decisões da Suprema Corte. E, aos poucos, foram sendo banidas do sistema jurídico, por passarem a ser interpretadas como inconstitucionais, leis discriminatórias, o que abriu campo para a implementação das políticas de ação afirmativa naquele país (MENEZES, 2001).

Dois casos emblemáticos merecem menção, nesse contexto. O primeiro deles é o caso *Brown v. Board of Education*. A decisão do caso *Brown* foi proferida pela Suprema Corte americana em 1954. Pitts resume o caso e a decisão, em artigo escrito para a página do *U.S. Department of State*:

Em maio de 1954 – em uma decisão histórica, no caso *Brown v. Board of Education* – a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu uma determinação segundo a qual as escolas públicas segregadas eram inconstitucionais. O nome no caso – Brown – é o nome de Oliver Brown, um negro que iniciou um processo quando sua filha de sete anos, Linda, teve sua matrícula negada em uma escola primária só para brancos na pequena cidade de Topeka, Kansas, no meio-oeste dos Estados Unidos, onde eles viviam (PITTS, 1999).

O caso Brown encerrou um período de mais de cinquenta anos da história americana, baseado na doutrina *separate but equal*, que teve início com a decisão da Suprema Corte no caso *Plessy v. Ferguson*, em 1896.

Um outro caso, importante na história da eliminação jurídica da segregação racial nos Estados Unidos, é o caso *Rosa Parks v. Alabama*, no qual a Suprema Corte decidiu, em 1956, pela inconstitucionalidade das leis que possibilitavam a segregação racial nos transportes coletivos públicos.

A história de Rosa Parks ilustra bem a força dos movimentos sociais organizados: certo dia do ano de 1955, Rosa Parks, uma mulher negra americana de 42 anos, da cidade de Montgomery – Alabama, ao voltar do trabalho, entrou em um ônibus que estava bem cheio. Conseguiu um lugar vago e se sentou. Minutos depois, foi instada a ceder seu assento a um passageiro branco que se encontrava de pé no mesmo ônibus. Havia uma lei estadual que dava prioridade, para os assentos dos veículos de transporte coletivo público, aos passageiros brancos. Rosa Parks recusou-se a levantar e acabou sendo presa. Seu caso, discutido judicialmente, chegou até a Suprema Corte.

Àquela época, o movimento negro americano encontrava-se em seu apogeu, sob a liderança de Martin Luther King Jr. O líder negro americano, impulsionado pelo acontecido com Rosa Parks, liderou um boicote aos veículos de transporte coletivo público, que durou aproximadamente um ano. Como os negros eram usuários importantes do transporte coletivo, aquele boicote resultou em grande prejuízo para as empresas (BUCHANAN, 2005).

Esse evento, além das manifestações públicas gigantescas do movimento negro, foi extremamente relevante no sentido de direcionar a decisão da Suprema Corte norte-americana naquele caso.

Pitts informa, ainda, que:

Nos anos seguintes, mandados contra a segregação foram impetrados, como parte de um cenário de ações populares iniciadas por um grande número de organizações não-governamentais; essas ações, em conjunto, formaram o movimento pelos direitos civis. Com a promulgação da Lei dos Direitos Civis (*Civil Rights Act*) em 1964, e da Lei do Direito ao Voto (*Voting Rights Act*) em 1965, a segregação foi praticamente eliminada (PITTS, 1999).

Dentro desse cenário, teve início um período de criação e implementação de políticas de ação afirmativa para efetivar a integração do negro na sociedade norte-americana. Essas políticas foram realizadas tanto na esfera pública quanto na esfera privada e consistiram na criação de mecanismos de inserção dos negros nas universidades e no mercado de trabalho.

Foram utilizados mecanismos tais como cotas flexíveis e políticas de preferência para os negros, mulheres e outros grupos de minorias<sup>7</sup>, fundamentados nas ideias de compensa-

---

<sup>7</sup> O termo minorias, aqui, não é utilizado em sentido numérico, mas em um sentido que se relaciona com as posições de prestígio dentro da sociedade, muito embora nos Estados Unidos os negros sejam minorias também em sentido numérico.

ção – reparação do estado de inferioridade econômica e social dos negros, como forma de compensar a história discriminatória daquele país – e de distribuição – repartição igualitária dos bens e das oportunidades – entre brancos e negros (ROSENFELD, 1991).

Essas políticas de ação afirmativa, no que toca à população norte-americana negra, tinham cunho explicitamente racial. O mesmo critério que, até então, havia sido usado para discriminar e para excluir, agora deveria ser utilizado para integrar. Não importava, aqui, o fato de ser o negro *carente* ou proprietário de bens. O que importava era o fato de ser ele negro. Esse sempre foi o requisito para ser beneficiário das políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos (BOWEN; BOK, 2004).

## **5 AS POLÍTICAS DE AÇÃO AFIRMATIVA NO BRASIL: DIVIDIDOS ENTRE RAÇA E CLASSE**

A discussão sobre políticas afirmativas no Brasil, especificamente no sentido de efetivar a integração social e econômica da população brasileira negra, teve início em um seminário realizado em 1996, em Brasília, intitulado *Multiculturalismo e racismo: o papel da ação afirmativa nos Estados democráticos contemporâneos*, promovido pelo governo brasileiro e ocorrido no Palácio do Planalto, em dois de junho daquele ano (GRIN, 2001).

Identifica-se aqui a importância dos novos movimentos sociais, especialmente do movimento negro, na abertura da discussão sobre a implementação das políticas afirmativas. Santos recorda acontecimento importante que resultou na receptividade do governo brasileiro em ouvir as reivindicações do Movimento Negro:

No dia 20 de novembro de 1995, os movimentos negros brasileiros organizaram na capital da República, Brasília (DF), com a presença de mais de trinta mil participantes, a “Marcha Zumbi dos Palmares contra o racismo, pela cidadania e pela vida”. Nesse mesmo dia, os organizadores da referida marcha foram recebidos pelo presidente Fernando Henrique Cardoso, no Palácio do Planalto, onde entregaram ao chefe do Estado brasileiro propostas anti-racistas, bem como exigiram do mesmo ações concretas contra o racismo no país. Tal evento levou, pela primeira vez na história do país, um Presidente da República [Fernando Henrique Cardoso] a declarar que no Brasil havia discriminação racial contra os negros (SANTOS, 2003).

Algumas políticas afirmativas já vinham sendo adotadas no Brasil, para a implementação de um tratamento diferenciado a ser dispensado às mulheres<sup>8</sup> e às pessoas portadoras de

---

<sup>8</sup> Leis 9.100/95 e 9.504/97, que instituem cotas de participação para as mulheres nas eleições.



deficiência<sup>9</sup>. Apesar de terem gerado polêmicas e discussões, essas políticas foram, de certo modo, bem aceitas. Relativamente à população negra, no entanto, a história se mostrou diferente. Foram elaboradas várias críticas às políticas afirmativas adotadas para minorar a situação de subcidadania e discriminação da população negra no Brasil.

Tal resistência se deve, com certeza, ao fato de que a principal forma de política afirmativa adotada pelos governantes brasileiros em relação à população negra foi a política de cotas, principalmente para o ingresso nas universidades públicas. A adoção desse tipo de política, sem dúvida, atinge diretamente e de forma bastante concreta os interesses dos setores privilegiados da população, na medida em que garante vagas para pessoas negras sem aumentar de forma significativa a oferta de vagas nas universidades públicas.

Assim, as vagas nas universidades brasileiras, em sua maioria, preenchidas pelos jovens brancos<sup>10</sup>, sofrem uma considerável redução em decorrência da reserva de vagas para as pessoas negras, efetivada pela adoção das cotas<sup>11</sup>.

Quando começou a discussão no país acerca da possibilidade de implementação de políticas de ação afirmativa para a população negra, a primeira ressalva feita, inclusive pelo próprio Presidente Fernando Henrique Cardoso, referia-se à inviabilidade de efetivação de uma mera importação de um modelo de política tipicamente norte-americano.

Os principais argumentos eram os seguintes: a) as diferenças existentes entre os dois países e as particularidades do Brasil em relação aos Estados Unidos; b) o entendimento de que o racismo brasileiro seria diferente do norte-americano; c) a concepção de que a situação de desigualdade existente no país não se basearia apenas na raça, mas principalmente na classe social das pessoas e d) a impossibilidade de definir quem poderia ser classificado como negro no Brasil (SOUZA, 1997).

Essa rejeição à transposição do modelo americano – como se fosse possível transpor modelos de políticas sem qualquer adequação ou alteração – ao que parece, foi acatada pelo governo brasileiro na adoção das políticas de ação afirmativa para pessoas negras.

---

<sup>9</sup> Artigo 37, inciso VIII, da Constituição de 1988, e Leis 7.835/89 e 8.112/90, que tratam da reserva de vagas em concursos públicos para pessoas portadoras de deficiência.

<sup>10</sup> Do total dos universitários brasileiros em 1995, 97% eram brancos, sobre 2% de negros e 1% de descendentes de orientais (MUNANGA, 2003).

<sup>11</sup> Na maioria dos casos a porcentagem de reserva de vagas para estudantes negros é de 20%, enquanto que a porcentagem de pessoas negras na população brasileira é de 48% (dados do Censo 2000).

As políticas de ação afirmativa nos Estados Unidos, como já foi discutido neste trabalho, são políticas assumida e abertamente sensíveis à raça. As ações afirmativas têm como objetivo proporcionar a integração das pessoas negras à sociedade norte-americana.

No Brasil, inicialmente, a ideia foi adotar políticas públicas que fossem, efetivamente, sensíveis à raça. Esse fato pode ser confirmado pela Lei do Estado do Rio de Janeiro, a Lei 3.708/2001, pioneira na adoção de políticas de ação afirmativa para a população negra.

O artigo 1.º da Lei em referência, revogada pela Lei estadual 4.151/2003, tinha a seguinte redação:

**Art. 1.º** Fica estabelecida a cota mínima de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no preenchimento das vagas relativas aos cursos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estadual do Norte-Fluminense (UENF).

Entretanto, em razão das diversas críticas e ações judiciais contra a referida Lei carioca, veio a lume a Lei 4.151/2003, também do Estado do Rio de Janeiro, que revogou a Lei anteriormente citada, com a seguinte redação:

**Art. 1.º.** Com vista à redução de desigualdades étnicas, sociais e econômicas, deverão as universidades públicas estaduais estabelecer cotas para ingresso nos seus cursos de graduação aos seguintes estudantes carentes:  
I - [...]  
II - negros;  
III - [...]

**Art. 5.º** Atendidos os princípios e regras instituídos nos incisos I a IV do artigo 2.º e seu parágrafo único, nos primeiros 5 (cinco) anos de vigência desta Lei deverão as universidades públicas estaduais estabelecer vagas reservadas aos estudantes carentes no percentual mínimo total de 45% (quarenta e cinco por cento), distribuídos da seguinte forma:  
I - [...]  
II - 20% (vinte por cento) para negros; e  
III - [...]

Por sinal, também a Lei 4.151, de 2003, foi revogada pela Lei 5.346, de 11 de dezembro de 2008, que “dispõe sobre o novo sistema de cotas para o ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências.”. Em seu art. 1.º, a nova legislação indicou que “Fica instituído, por dez anos, o sistema de cotas para ingresso nas universidades estaduais, adotado com a finalidade de assegurar seleção e classificação final nos exames vestibulares aos seguintes estudantes, desde que carentes: I - negros; [...]”.

Como se verifica da comparação do texto dos artigos das duas primeiras leis cariocas supracitadas, houve uma modificação significativa na adoção das políticas de ação afirmativa para pessoas negras. Foi efetuada uma suposta *correção* do percentual de vagas reservado às pessoas negras, que para muitos era excessivo, ferindo o princípio da proporcionalidade.

A intenção inicial, que era adotar políticas efetivamente sensíveis à raça, como ocorre nos Estados Unidos, deu lugar a uma interpretação majoritária no sentido de que apenas as pessoas negras classificadas como *carentes* é que deveriam/poderiam ser beneficiadas pelas políticas de ação afirmativa.

Esse entendimento passou, então, a ser adotado nos diversos programas e políticas governamentais que, embora se digam direcionados à população brasileira negra, de fato beneficiam as pessoas consideradas *carentes*, não importando o seu pertencimento racial.

Assim, as políticas de ação afirmativa, inicialmente desenhadas para serem políticas efetivamente sensíveis à raça, tornaram-se, de forma ambígua, políticas para pessoas *carentes*, retomando o cunho universalista tradicionalmente presente nas políticas públicas implementadas no país.

A partir de então foram sendo criados programas tais como o Programa Universidade para Todos (ProUni) e os programas de acesso e permanência adotados pelas universidades públicas, como aqueles adotados pelas universidades estaduais de Minas Gerais (Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES; e Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG) e por algumas universidades federais (Universidade de Brasília – UnB; Universidade Federal da Bahia – UFBA; Universidade Federal de Alagoas – UFAL), além das universidades estaduais do Rio de Janeiro (GOMES, 2004).

Esses programas, utilizados aqui apenas a título de exemplo, passaram a exigir que o candidato beneficiado pela reserva de vagas, além de se autodeclarar negro ou afrodescendente, teria a necessidade de comprovar, também, hipossuficiência financeira, nos termos das leis e regulamentos que os instituíram.

Desse modo, as políticas de ação afirmativa, que foram pensadas inicialmente como políticas sensíveis à raça, tornaram-se, no Brasil, políticas sensíveis à classe, uma vez que beneficiam as pessoas *carentes* duas vezes: primeiramente, aquelas que estudaram em escolas públicas; em segundo lugar, aquelas que se autodeclarem negras (pretas ou pardas).

Ao que parece, o Brasil, mais uma vez, oblitera a sua realidade de discriminação racial, comprovada pelos dados oficiais (Censo 2000 – IBGE) e reconhecida por quase 90% dos brasileiros (pesquisa Datafolha de 1995)<sup>12</sup>, quando adota, em lugar de políticas que levem em conta a raça das pessoas discriminadas, políticas que beneficiam as pessoas *carentes*, independentemente do seu pertencimento racial, alcançando apenas um baixo percentual de estudantes negros, desde que comprovadamente *carentes*.

Para justificar essa opção pela classe, em vez da raça, teóricos brasileiros têm discutido acerca da desigualdade brasileira e dos seus fatores determinantes. Nessas discussões tem predominado a ideia de que o principal determinante da desigualdade brasileira, embora não o único, seria o pertencimento a uma classe social de baixo nível econômico e não propriamente o pertencimento racial. Nesse sentido, os negros brasileiros seriam discriminados por ser pobres, e não por ser negros (SOUZA, 2005).

Essa abordagem, no entanto, não explica por que a maioria dos pobres no Brasil é negra – 72% (MUNANGA, 2003), nem por que os negros têm menor escolaridade que os brancos – em 1999, apenas 2% dos homens e mulheres negros no Brasil contavam com mais de 15 anos de escolaridade – e nem por que a renda das pessoas negras no Brasil representava, também em 1999, 45% da renda dos brancos (TELLES, 2004). Tudo isso, sem contar os desdobramentos desses fatos na formação do sujeito negro e sua situação e oportunidades na sociedade brasileira, levando-o a fatores de risco como a marginalização e o crime, por exemplo.<sup>13</sup>

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Objetivo do presente trabalho foi apresentar, de forma comparativa, alguns aspectos das relações raciais e ressaltar semelhanças e divergências na adoção de políticas de ação afirmativa para a população negra nos Estados Unidos e no Brasil.

Ressaltou-se a predominância da segregação nas relações raciais nos Estados Unidos e a miscigenação como fator de embranquecimento e melhoramento da população adotada como estratégia no Brasil.

Muito embora a ideia de embranquecimento da população tenha sido abandonada em meados do século XX, o pensamento de superioridade da raça branca permaneceu no

---

<sup>12</sup> Publicada em forma de livro denominado *Racismo cordial*, em 1995, pela Editora Ática.

<sup>13</sup> No Brasil a população carcerária é formada majoritariamente por negros.

imaginário da população brasileira, perpetuando a discriminação e a desigualdade racial no país.

Em decorrência dessas características das relações raciais, diversas nos dois países em estudo, as políticas de correção da discriminação e das desigualdades também se apresentam com conteúdo diverso: nos Estados Unidos, as políticas de ação afirmativa para a população negra têm cunho abertamente racial, enquanto que no Brasil, embora tenham começado a ser implantadas enquanto políticas de cunho racial, aos poucos foram se transformando em políticas de classe, retomando a condição de que a desigualdade brasileira não se baseia na raça, mas no pertencimento das pessoas a uma classe social de baixo nível econômico.

Essas políticas aplicadas no Brasil, aparentemente, implementam um retorno aos ensinamentos de Freyre (2002) e de Fernandes (1971) de que o Brasil é uma “democracia racial” e que o “desenvolvimento” do país trará a igualdade tão almejada, independentemente do pertencimento racial das pessoas.

## REFERÊNCIAS

- BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. **Branços e negros em São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Nacional, 1971.
- BOWEN, William G.; BOK, Derek. **O curso do rio: um estudo sobre a ação afirmativa no acesso à universidade**. Tradução de Vera Ribeiro. Revisão de Carlos Hasenbalg. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
- BUCHANAN, Paul D. **Race relations in the United States: a chronology, 1896–2005**. [S. l.]: McFarland, 2005.
- DULCI, Otávio Soares. Generalidade e particularidade na sociologia brasileira. In: **Sociedade e Estado: pensamento social brasileiro**, Brasília, Ed. UnB, v. XV, n.º 2, p. 223-239, jun.-dez. 2000.
- FREYRE, Gilberto. Casa grande e senzala. In: **Intérpretes do Brasil**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- GOMES, Joaquim Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. O debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima. **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. São Paulo: DP&A, 2003.

GOMES, Nilma Lino (Org.). **Afirmando direitos: acesso e permanência de jovens negros na universidade**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

GRIN, Mônica. Políticas de ação afirmativa e ajustes normativos: o seminário de Brasília. In: **Novos estudos CEBRAP**, [S. l. n.], n.º 59, p. 172-192, mar. 2001.

HASENBALG, Carlos Alfredo. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

INFOPLEASE. Disponível em: <<http://www.infoplease.com/spot/civilrightstimeline>>. Acesso em: 30 dez. 2005.

JAPIASSU, Hilton. **As paixões da ciência: estudos de história das ciências**. 2. ed. São Paulo: Letras & Letras, 1999.

MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura. **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996.

MENEZES, Paulo Lucena de. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MUNANGA, Kabengele. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

\_\_\_\_\_. Políticas de ação afirmativa em benefício da população negra no Brasil: um ponto de vista em defesa de cotas. In: Revista Espaço Acadêmico, [S. l. n.], ano II, n.º 22, mar. 2003. Mensal, ISSN 1519.6186. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/22cmunanga>>. Acesso em: 20 fev. 2005.

PITTS, David. Brown v. Board of Education: a decisão da Suprema corte que transformou o país. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals>>. Acesso em: 8 maio 2004.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n.º 3.708, de 13 de novembro de 2001. Institui cota de até 40% (quarenta por cento) para as populações negra e parda no acesso à Universidade do Estado do Rio de Janeiro e à Universidade Estadual do Norte

Fluminense, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2005.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n.º 4.151, de 5 de setembro de 2003. Institui nova disciplina sobre o sistema de cotas para ingresso nas universidades públicas estaduais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2005.

RIO DE JANEIRO (Estado). Lei n.º 5.346, de 11 de dezembro de 2008. Dispõe sobre o novo sistema de cotas para o ingresso nas universidades estaduais e dá outras providências.”. **Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2008.

ROSENFELD, Michel. **Affirmative action and justice: a philosophical and constitutional inquiry**. New Haven: Yale University, 1991.

SCHILLING, Voltaire. A luta pelos direitos civis: de Abraham Lincoln a Martin Luther King. Disponível em: <[http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/martin\\_king7.htm](http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/martin_king7.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2005.

SEYFERTH, Giralda. Construindo a nação: hierarquias raciais e o papel do racismo na política de imigração e colonização. In: MAIO, Marcos Chor; SANTOS, Ricardo Ventura (Org.). **Raça, ciência e sociedade**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ/CCBB, 1996.

SOUZA, Jessé (Org.). **Multiculturalismo e racismo: uma comparação Brasil–Estados Unidos**. Brasília: Paralelo 15, 1997.

\_\_\_\_\_. Raça ou classe?: sobre a desigualdade brasileira. **Lua Nova**, São Paulo, Marco Zero, n.º 65, p. 43-69, 2005.

STEPHENS, Judith L. **Racial violence and representation: performance strategies in lynching dramas of the 1920s**. *African American Review*, [S. l. n.], 1999.

TELLES, Edward Eric. **Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica**. Rio de Janeiro: Relume Dumará/Fundação Ford, 2003.

VENTURI, Gustavo; TURRA, Cleusa. **Racismo cordial: a mais completa análise sobre o preconceito de cor no Brasil**. São Paulo: Ática, 1995.





# **Direito à Diversidade Individual e Coletivo e a Superação de uma Teoria da Constituição Moderna**

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Professor da UFMG; FDSM e PUC-MG. Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor do Doutorado, Mestrado e Graduação da UFMG e PUC-MG. Diretor-Geral do Centro de Estudos Estratégicos em Direito do Estado (CEEDE-MG).

## 1 O NOVO CONSTITUCIONALISMO

Existe um grande risco na análise das Constituições da Bolívia e do Equador: analisá-las sob o enfoque da teoria da constituição moderna europeia. Utilizar as lentes da teoria da constituição europeia moderna inviabilizará enxergar, e logo compreender, o potencial de ruptura com a modernidade presente nestas constituições. Ao se fazer isto, tem-se, apenas, mais duas constituições interessantes e diferentes dentro de um paradigma que não mudou na sua essência. Não é este o potencial destas duas constituições, uma vez que elas exigem a construção de uma outra Teoria da Constituição, de uma outra Teoria do Direito e de uma outra Teoria do Estado. Elas exigem uma teoria não moderna e, logo, não hegemônica.

Alguns eixos devem ser estudados e aprofundados para se perceber o potencial de ruptura radical que representa as experiências em curso nestes dois países. Estes eixos precisam ser desenvolvidos, mas nos limites deste trabalho serão apenas mencionados. As rupturas possíveis que serão elencados a seguir só poderão ser vistas sem as lentes uniformizadoras do direito moderno. Elas ocorrem na realidade social e cultural dos povos que constituem a Bolívia e Equador, que durante muito tempo viveram em ordenamentos jurídicos europeus modernos que excluíram, ocultaram e tentaram uniformizar estas sociedades diversas. Veja-se.

Em primeiro lugar, é fundamental perceber que no lugar da uniformização hegemônica, a partir de um padrão europeu, ocorre o reconhecimento da diversidade enquanto direito individual e coletivo pelo ordenamento jurídico. Decorrente desta ideia, percebe-se a afirmação do direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo sobre a ideia de direito à diferença (individual ou coletivo), o que implica na busca de superação de qual-

quer padrão hegemônico estabelecido pelo Estado e ainda presente na ideia de direito à diferença (diferente de quê?).

Outro eixo importante que marca o novo constitucionalismo democrático é a superação da exclusividade da lógica binária, fundada principalmente no dispositivo moderno “nós *versus* eles” (e da qual decorrem outros dispositivos como inclusão *versus* exclusão; capital *versus* trabalho; culturalismo *versus* universalismo, entre vários outros).

É perceptível ainda a criação de espaços de diálogo, não hegemônico, intercultural (para além do multiculturalismo), o que permite a construção de um espaço comum, de um direito comum, em uma perspectiva transcultural, possibilitando a superação de uma lógica histórica linear pela ideia de permanente complementaridade.

Marcante nas Constituições do Equador e Bolívia é, ainda, a construção de uma nova concepção de natureza como conceito integral superando a ideia de “recursos naturais”; um dos mitos modernos que separa o “homem” da “natureza” e transforma a natureza em algo selvagem, a ser domado e explorado pela civilização. Isto implica na superação da ideia de “desenvolvimento sustentado”, conceito que passou a condicionar a natureza e o meio ambiente às necessidades de desenvolvimento econômico moderno (capitalismo) que implica em mais consumo e mais produção como meta permanente. A prioridade é a natureza e o sistema econômico deve se adequar ao respeito à vida enquanto totalidade sistêmica; e, não, o contrário. Decorre daí uma nova compreensão de pessoa superando a ideia do “indivíduo” liberal que nasce e morre com uma personalidade distinta e separada da comunidade e da natureza. O novo conceito de pessoa nos remete a uma pessoa plural, dinâmica, processual, que não se limita, e não pode ser limitada a um nome coletivo, a um rótulo, a um fato, ou a um nome de família.

Outros pontos de ruptura podem ser enumerados: a substituição de um sistema moderno monojurídico (hegemônico) por um sistema plurijurídico que permite a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições; a igualdade entre jurisdição originária e “ordinária”; democracia consensual como prioridade; judiciário consensual (justiça de mediação) como prioridade; pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento, da democracia e da justiça plural; superação da dicotomia “culturalismo *versus* universalismo”, o que implica na superação do falso conceito de universalismo (o universalismo europeu) (WALLERSTEIN, 2007).

O desenvolvimento de alguns destes eixos pode ser encontrado no livro “Estado Plurinacional e Direito Internacional” que promove uma análise inicial de cinco destes doze eixos (MAGALHÃES, 2012).

No presente ensaio, serão analisados o direito à diversidade como direito individual e coletivo e a gradual superação da lógica moderna que incorporou o direito à diferença de forma a controlar a infiltração da diversidade no projeto uniformizador moderno.

### **1.1 Desocultamento, Modernidade e Estado**

O momento atual é de desocultamento. A modernidade, fundada sobre um projeto de hegemonia europeia, encontra-se em crise radical. E toda a diversidade ocultada começa a ser revelada e se rebela, em muitos casos, de forma difusa.

Embora a crise se aprofunde, os governos do “norte” (colonizador, “desenvolvido”) ainda insistem nos mesmos discursos e práticas excludentes para solucionar problemas que são da essência desta modernidade. Estes problemas só serão superados com a construção de uma outra sociedade, de outras economias, outras formas de fazer política e democracia, fundadas em outros valores, sustentados pela diversidade não hegemônica, tanto como direito individual, como também direito coletivo.

A modernidade se funda, assim como todo o aparato criado para viabilizar o projeto moderno, na negação da diferença e da diversidade, tanto em uma perspectiva individual como coletiva. O Estado moderno necessita da uniformização de valores, de comportamentos. Precisa padronizar as pessoas, para viabilizar o seu projeto de um poder hegemônico, centralizado, capaz de oferecer segurança e previsibilidade para os que construíram o Estado e o Direito modernos: os nobres, os burgueses e o rei. Esta aliança está “em pé” até agora. Um bom exemplo pode ser encontrado na cobertura feita pela imprensa da posse do novo Rei da Holanda, na Europa, em 2013. Uma Europa em crise, desemprego por toda parte, e famílias reais de vários lugares do mundo se encontrando em uma festa de casamento; enquanto banqueiros e empresários aumentam seus ganhos protegidos e financiados pelo Estado.

Alguns pontos nucleares da modernidade devem ser compreendidos: o projeto moderno é hegemônico (sempre haverá um grupo hegemônico e diversos grupos excluídos, subalternizados, ocultados); o projeto moderno é uniformizador, no qual os considerados mais diferentes serão expulsos (mortos, torturados, presos ou jogados na miséria) e os menos diferentes serão uniformizados; o projeto moderno se funda na lógica “nós” (superiores, civilizados, europeus) *versus* “eles” (selvagens, bárbaros, índios, africanos, muçulmanos, judeus, mulheres, inferiores, incivilizados, preguiçosos, e outras classes).

A invasão da América (que será chamada assim pelo invasor e a partir do nome de um invasor) marca o início do genocídio do mais diferente, que é considerado selvagem,

menos gente, meio gente, sem alma, ou com “meia alma”, que por isto pode ser morto, escravizado, torturado. O mecanismo “nós *versus* eles” se funda em uma lógica narcisista: “sou melhor porque não sou o outro inferior ou, sou espanhol, sou europeu, uma vez que não sou selvagem, bárbaro, infiel, índio, negro ou muçulmano.” Importante lembrar que a lógica hegemônica narcisista<sup>2</sup> ocorre na formação dos Estados modernos, no qual um grupo se sobrepõe ao outro: o castelhano sobre os bascos, catalães, galegos, valencianos na Espanha moderna, criando o espanhol; ou ingleses sobre celtas galeses, escoceses ou irlandeses, em um processo de ocultamento interno violento. Esta hegemonia se repete ainda internamente, fruto da construção da economia moderna capitalista em que, entre o grupo étnico hegemônico, ou entre o novo grupo inventado, na nova nacionalidade (franceses, portugueses ou espanhóis, por exemplo), existem proprietários, empresários, ricos e de sucesso, e, de outro lado, empregados, trabalhadores, subordinados (ou na expressão norte-americana: perdedores).

Portanto, a lógica moderna se reproduz de forma circular autorreferencial indefinidamente e assim será enquanto não se rompe com o padrão moderno de sociedade moderna, europeia, ocidental, hegemônica: na invasão da América, encontra-se um grupo de pessoas que se autodenominam civilizados, que se consideram mais do que o resto do mundo e ocultam a diversidade (o outro inferior); na formação do Estado moderno, um grupo étnico interno se considera mais do que outro grupo (como nos exemplos de Espanha e Reino Unido citados anteriormente) e ocultam e proíbem os outros de viverem suas diferenças em relação ao grupo hegemônico que impõe seus valores; no grupo hegemônico também existem aqueles que se consideram mais do que outros (o proprietário em relação ao trabalhador no capitalismo moderno); chegando esta lógica na escola, nas relações sociais e na relação familiar, na qual o homem é considerado, no decorrer dos quinhentos anos modernos ocidentais (no Brasil formalmente até 1988, ou no Código Civil até 2002), como mais do que a mulher.

A compreensão do pensamento binário (hegemônico) presente na lógica “nós” *versus* “eles” é fundamental para se entender e superar a modernidade na qual se está “mergulhado até a cabeça”. Este dispositivo moderno sustenta e justifica as relações sociais e econômicas modernas. Enquanto não se compreender isto, não se sairá deste círculo infinito de violência e exclusão.

---

<sup>2</sup> A construção da identidade nacional se constitui em um projeto, também narcisista, onde me afirmo como nacional superior porque “não sou o estrangeiro, diferente, inferior”. A seguinte frase contém esta equação: “sou espanhol porque não sou índio, africano ou infiel.”

Há continuidade no ato de matar o outro selvagem, sem alma, menos gente, bárbaro, considerado inferior pelo grupo hegemônico. O dispositivo “nós *versus* eles” está dentro da cabeça da sociedade atual. É preciso romper com a modernidade e desocultar a diversidade, criando uma sociedade não hegemônica, sem “nós” ou “eles”; sem “civilizados” ou “incivilizados”; sem proprietários e empregados.

No processo de construção desta sociedade moderna, intrinsecamente (porque não há como esta sociedade moderna ser de outro jeito sem deixar de ser moderna) desigual e opressora, como já demonstrado linhas atrás, é necessário construir justificativas para que as pessoas possam aceitar passivamente o seu papel social, inclusive para que oprimidos aceitem fazer o papel de “cães de guarda” do sistema, protegendo os opressores. Para isto, é necessário criar um aparato ideológico capaz de construir as explicações “lógicas” da desigualdade e sua “legitimidade”, o que se pode chamar de aparato (ou aparelhos) ideológicos do Estado moderno. Althusser (1985) desenvolveu esta ideia (no século 20) e hoje, entre outros importantes pensadores, encontra-se Zizek (2003) que ajuda a compreender a ideologia como mecanismo de encobrimento que aparece de forma bem sistematizada pela primeira vez com Marx (no século 19) (2006).

Portanto, para que este poder opressor, uniformizador e excludente se efetive, há necessidade de se criar justificativas que serão, é claro, mentirosas ou ideológicas no sentido negativo. Sem isto, as pessoas (uma boa parte) não aceitariam passivamente ser subordinadas e excluídas vivendo em um sistema econômico, social e cultural violento, que é contra as pessoas que, em grande número, o defendem.

Talvez aí seja importante entender, dentro de um pensamento sistêmico, por que o sistema admite concessões (permissões) que ajudam a diminuir a pressão que ocorre ao aumentar a intolerância contra determinadas condutas. Ao criminalizar mais, fiscalizar mais, controlar mais, punir e encarcerar mais, assiste-se a um movimento simultâneo de permissões de comportamentos que não eram permitidos, criando uma possibilidade de escape da pressão que se exerce do outro lado. Neste ponto, é necessário refletir e investigar o que tem sido cada vez mais proibido e o que tem sido permitido. Planejado ou não, fundado ou não em uma estratégia de poder, o fato é que os sistemas têm se comportado desta maneira: ao lado da criminalização da pobreza e dos movimentos sociais, direitos que eram negados e grupos que eram radicalmente excluídos recebem agora uma autorização de “jouissance”. Recebem permissão (e não direitos) para gozar. O gozo principal está expresso na sociedade de hiperconsumo de tudo e todos. Tudo é permanentemente consumido e consumível, de objetos a pessoas. Tudo é rapidamente consumível, o que gera o enorme mal-estar contemporâneo.

## 1.2 Proibir de um Lado e Permitir de Outro

É necessário que seja feito um estudo que busque a compreensão de como o sistema reage à pressão crescente, decorrente do aumento da criminalização sobre determinados comportamentos e um aumento sufocante dos mecanismos de controle (ideológico e tecnológico) sobre as pessoas; e, de outro lado, o aumento das permissões de gozo. Em outras palavras, precisa-se investigar quais são os comportamentos cada vez mais proibidos e, em contrapartida, quais são as permissões concedidas para diminuir a pressão sobre o aumento de controle e repressão.

Milner traz os seguintes ensinamentos<sup>3</sup>:

Jean-Claude Milner sabe muito bem que o *establishment* conseguiu desfazer todas as consequências ameaçadoras de 1968 pela incorporação do chamado “espírito de 68”, voltando-o, assim, contra o verdadeiro âmago da revolta. As exigências de novos direitos (que causariam uma verdadeira redistribuição de poder) foram atendidas, mas apenas à guisa de “permissões” – a “sociedade permissiva” é exatamente aquela que amplia o alcance do que os sujeitos têm permissão de fazer sem, na verdade, lhes dar poder adicional. [...] É o que acontece como direito ao divórcio, ao aborto, ao casamento gay e assim por diante; são todas permissões mascaradas de direitos; não mudam em nada a distribuição de poder (MILNER, 2009, p. 233, tradução nossa).

Continua Milner<sup>4</sup>:

Os que detêm o poder conhecem muito bem a diferença entre direito e permissão. Talvez não saibam articular em conceitos, mas a prática esclareceu muito. Um direito, em sentido estrito, oferece acesso ao exercício de um poder em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder, em detrimento de outro poder. Uma permissão não diminui o poder de quem outorga; não aumenta o poder daquele que obtém a permissão. Torna a vida mais fácil, o que não é pouca coisa (MILNER, 2009, p. 233, tradução nossa).

A partir dessas ideias, pode-se refletir sobre o “sucesso” (depende para quem) da democracia liberal representativa e as operações constantes que este sistema tem feito de conversão de direitos, frutos de lutas, em permissões que esvaziam e desmobilizam estas lutas por poder, em uma acomodação decorrente de uma aparente vitória pelo recebi-

<sup>3</sup> Esta tradução não é a mesma constante do livro de Žižek (2011, p. 58), mas é feita pelo autor a partir do texto de Milner (2010, p. 233).

<sup>4</sup> Tal como na nota anterior, esta tradução não é a mesma constante do livro de Žižek (2011, p. 58), mas é feita pelo autor a partir do texto de Milner (2010, p. 233).

mento de permissões para atuar, fazer e, até mesmo, ser feliz; desde que não se perturbe aqueles que exercem o poder naquilo que lhes é essencial: a manutenção do poder em suas vertentes econômica, cultural, militar e, especialmente, ideológica (que conecta e sustenta as outras vertentes).

O capitalismo tem sido capaz de, até o momento, ressignificar os símbolos e discursos de rebeldia e luta em bens de consumo. Assim, os movimentos *hippie* e *punk* foram limitados aos símbolos de rebeldia controlados, no qual as calças rasgadas já vêm rasgadas de fábrica e os cabelos são pintados com tintas facilmente removíveis; Che Guevara é “vendido” na Champs Elisée e os pichadores e grafiteiros expõem no Museu de Arte de São Paulo. Tudo é incorporado, domado e pasteurizado. A “diversidade” está em uma praça de alimentação de *Shopping Center* ou no Epcot Center, aonde é possível comer comidas de diversos lugares do mundo com um sabor e tempero adaptados ao paladar local. Da mesma forma, funciona a democracia parlamentar (democracia liberal ou liberal-social representativa e majoritária). As opções são limitadas e os partidos políticos, da esquerda “radical” à direita “democrática”, se parecem com a diversidade de comidas, com tempero parecido, dos *Shoppings Centers*. Escolher entre esquerda e direita, especialmente nas “democracias” “ocidentais” da Europa e EUA, ou Canadá e Austrália, dá no mesmo. Mudam o *marketing*, as caras e as roupas; muda a embalagem. Mas, o conteúdo é muito semelhante.

Este aparato “democrático” representativo, parlamentar e partidário processa permanentemente as insatisfações, lutas, reivindicações como uma grande máquina de empacotar alimentos ou enlatar peixes e feijoadas. Esta absorção das reivindicações de poder democrático transformando-as em permissões bondosas do poder “democrático” representativo desmobiliza e perpetua as desigualdades e violências inerentes à modernidade e, logo, ao capitalismo, sua principal criação.

As democracias liberais (sociais) representativas majoritárias se transformaram em processadores de reivindicações, esvaziando o poder popular. Os direitos, a conquista do poder pelo povo se transformaram em permissões de “jouissance”<sup>5</sup>. Aquele bife à milanesa especial (assim como o pão de queijo), diferente, delicioso, feito em casa, com o “sabor único da vovó”, agora é industrializado: não mais se lhe faz em casa, mas pode-se comê-lo à hora que se quiser. Igual ao suco de laranja caseiro, industrializado, que vem com “gominhos” e com “carinho” de “verdade”.

---

<sup>5</sup> No sentido de aproveitar de um direito; aproveitar um prazer de forma contínua.



O problema da “jouissance” é que ela se tornou obrigatória na cultura consumista contemporânea (que é também moderna). Se se pode aproveitar de alguma coisa, experimenta-se isto como uma obrigação de não perder a oportunidade de gozar. Daí, tanta depressão em uma sociedade fundada no gozo, no prazer e no consumo: uma sociedade do desespero.

A diferença entre conquistar um direito e uma permissão ocorre nas relações de poder e, não necessariamente, na existência ou não de determinados processos formais institucionalizados. Em outras palavras, a democracia representativa pode ser meio (isto, é uma exceção à regra) de conquista de poder e de direitos. E isto os exemplos da América do Sul têm demonstrado. As transformações constitucionais na Venezuela, Equador e Bolívia têm representado ganho de poder para aqueles que foram historicamente aliados deste durante séculos.

A questão essencial que ocorre nas democracias liberais representativas (e os países citados podem não se enquadrar mais neste conceito) é, em que medida, a luta por direitos que resulta em ganho de poder ou, ao contrário, como tem ocorrido com muita frequência, em ganho da possibilidade de aproveitar, usufruir, sem efetivamente uma transferência de poder de quem concede, permite, para quem é o permitido e concedido.

Uma coisa é a pessoa poder usufruir de uma permissão de exercício de um direito. O poder continua com quem permite. Outra coisa é conquistar este direito para si, o que implica que quem detinha este poder de conceder ou não, não mais o detém. Trata-se, neste caso, de uma mudança de mãos do poder. O que se pode perceber, e precisa-se ter atenção, é para o fato de que a “democracia” representativa pode cumprir uma outra função não democrática, a de manter o poder nas mãos de sempre, ou, em outras palavras, mudar para manter as coisas como estão. Não se pode generalizar, mas é necessário observar.

Percebendo que a democracia é apenas tolerada pelos que efetivamente detém o poder econômico na modernidade, são comuns as rupturas. Toda vez que esta democracia serve como canal de conquista de poder daqueles que não tinham, assiste-se a uma ruptura ou tentativa de ruptura, o que é muito comum: Brasil (1964 e as várias e constantes tentativas de golpes e pequenos golpes diários); Chile (1973); as ditaduras da Argentina e Uruguai na década de 1970; a tentativa de golpe contra Hugo Chaves em 2001; o golpe em Honduras em 2011 e o golpe parlamentar no Paraguai em 2012, são alguns exemplos.

Assim, após o constitucionalismo liberal não democrático, a conquista da democracia representativa vem acompanhada dos constantes golpes que geram formas de autoritarismo.

A relação de poder nestas duas formas alternativas de manutenção de poder no Estado moderno ocorre de formas distintas. Enquanto o poder nas democracias liberais sociais representativas permanece nas mesmas mãos por meio de permissões, nas ditaduras e totalitarismos ocorre uma submissão que funciona em forma de concessões ou permissões paternalistas atendendo aos pedidos do povo infantilizado (nas ditaduras) ou da total submissão ideológica, no totalitarismo, no qual o poder concede, mesmo não havendo possibilidade do pedido. No totalitarismo, o poder, além de criar o que os submetidos vão desejar, responde quando quer, sem pedido, àquela demanda que este poder criou no sujeito (subjetivado pelo poder).

Portanto, tem-se nestas duas estruturas de poder formas de submissão agressivas. A primeira, um ditador paternalista pode ou não atender aos pedidos aceitáveis, punindo os pedidos inaceitáveis. Esta submissão se funda em relações de amor e ódio à figura do poder encarnada no líder. O totalitarismo é mais sofisticado: o poder atende às demandas ocultas do povo, que são direcionadas aos interesses daqueles que efetivamente detêm o poder. Neste estado, o poder é total e age todo o tempo. Não há concessões dialógicas ou racionais. O poder é real, brutal, mas age a partir das demandas ocultas do povo, que são manipuladas e redirecionadas.

Diferentemente de submissões (ditaduras e totalitarismos) e de permissões (“democracia” representativa majoritária), um espaço de conquista de direitos não hegemônico significa que o poder é dividido, compartilhado. Trata-se da construção de um espaço comum, em que o direito comum é construído por meio da composição de consensos, sempre provisórios, nunca hegemônicos e raramente majoritários (o que acontece na Bolívia, no Estado Plurinacional).

## 2 INFILTRAÇÕES

Ficou demonstrado que a Constituição brasileira anuncia uma nova perspectiva de compreensão dos direitos de igualdade e diferença ao reconhecer o direito à diferença como direito individual e coletivo. Compreende-se que a modernidade se funda em um projeto hegemônico e europeu que, para se justificar, estabeleceu e reproduziu a lógica binária de subalternização do outro diferente: nós *versus* eles. Assim, o Direito e o Estado moderno têm um objetivo essencial que persegue nestes duzentos anos de modernidade e do qual depende a continuidade do poder centralizado, hegemônico e hierarquizado deste Estado moderno: a uniformização de valores e comportamentos que passa pela uniformização do direito de família e de propriedade, o que viabiliza o poder central do Estado e da economia moderna. Partindo desses pressupostos, desenvolve-se a ideia de um direito à diver-

sidade individual e coletivo como um novo paradigma constitucional que ultrapassa a lógica binária e um direito à diferença como direito também individual e coletivo.

Antes de ser analisada a diferença entre estes direitos de diferença e diversidade, procura-se compreendê-los como infiltrações modernas. O que seriam estas infiltrações? Como elas ocorrem e quais podem ser suas consequências?

No conceito que brevemente se constrói de modernidade, viu-se que esta é europeia, não existe para todos, é hegemônica e necessita de uniformizar os menos diferentes, expulsando, excluindo, exterminando, encarcerando os considerados mais diferentes nestes quinhentos anos de modernidade europeia. Delimitando o conceito de modernidade em sua tarefa hegemônica de criação de uniformidades (padrões), pode-se compreender como “infiltrações” os movimentos que contrariam este objetivo.

Tem-se uma hipótese que se abre para comprovações e refutações que muito poderão ajudar na compreensão deste projeto moderno. Em medidas distintas, os movimentos de resistência e por ruptura reproduzem os elementos essenciais da modernidade – padronização, uniformização e pensamento binário subalternizado (nós civilizados *versus* eles incivilizados) – que se reproduzem em discursos mitológicos da modernidade, como o “universalismo” europeu; a separação do indivíduo da natureza; e o desenvolvimento linear que sustenta o discurso civilizatório ocidental. Mas, em medidas distintas, os pensamentos político, econômico e filosófico modernos reproduzem estas hegemonias e mitos, o que pode ser encontrado, por exemplo, em Hegel, Kant, Marx, e nas construções políticas, econômicas e filosóficas do liberalismo, socialismo, comunismo, social-democracia. E, claro, no conservadorismo de direita, assim como nas exacerbações modernas do fascismo e do nazismo. Há algo de não moderno? Onde existem as infiltrações e quais são os movimentos de resistência efetiva que escapam do núcleo moderno?

Neste sentido analisa-se o direito à diferença (individual e coletivo) e o direito à diversidade (individual e coletivo).

### **3 DIREITO À DIFERENÇA**

Em que medida, ou quantas vezes, a luta e a conquista de direitos dos grupos subalternizados não foram transformadas em permissões de “jouissance” que enquadraram os “diferentes” nos padrões modernos? O direito à diferença pode ser considerado uma infiltração na modernidade que pode destruir sua represa de uniformização e subalternização?

O direito à diferença confronta e desafia a tarefa do Estado e do direito moderno de uniformização de comportamentos e valores e de encobrimento, expulsão, encarceramento ou eliminação daqueles grupos ou pessoas que resistem ou não se adaptam à padronização. O padrão moderno de hegemonia do “homem branco europeu” construiu uma sociedade androcêntrica, estabelecendo a sua primeira “outra” diferente: a mulher. A relação entre homens e mulheres, marido e mulher, explicita o dispositivo “nós” superior e “elas” inferior<sup>6</sup>. As lutas das mulheres pela resignificação de seu sentido social pode se apresentar de três formas: como resistência; como busca por ruptura; ou, ainda, como infiltração ao negligenciar o padrão masculino. Em todos os casos, vê-se uma ameaça ao projeto moderno.

Esta luta por direitos das mulheres (direito à diferença enquanto um direito individual) e os seus mais recentes fatos e construções teóricas são importantes para se exemplifique o que se entende por resistência, busca de ruptura (confronto), negligência (infiltrações), assim como a transformação desta luta em assimilações e permissões por contaminações pela modernidade.

A luta pelo direito à diferença pode ser entendida como uma infiltração no projeto moderno de uniformização e subalternização do outro (diferente), na medida em que os movimentos sociais diversos, que lutam por “reconhecimento”, forcem sua entrada no sistema, criando tensões e contradições que podem levar ao comprometimento, transformação e até ruptura do sistema moderno. Será? Como o sistema reage a estas tensões? Primeiro, ao pedir reconhecimento, este pedido significa entrar no sistema. O pedido de reconhecimento pelo sistema é um pedido de acolhimento pelo sistema, o que pode significar que se está a um passo da transformação de um direito em uma permissão, bem como a contaminação desta luta pela lógica do sistema. Assim, esta luta por reconhecimento deixa de ser contradição em relação ao sistema (moderno) e passa a ser comandada pelos mesmos princípios uniformizadores e binários subalternizados da modernidade.

Um exemplo disto se pode encontrar na história, na luta de mulheres revolucionárias, que já foi por um novo sistema (ainda há exceções), que supere as exclusões e passou a ser majoritariamente uma luta pelo reconhecimento de direitos pelo sistema, o que mantém algum tipo, sempre, de exclusão. A líder operária norte-americana “Mother Jones” (Mary Harris, imigrante, pobre, irlandesa, que participou da fundação do partido socialista dos EUA em 1901) discursou no início do século XX: “Fora a derrota total do sistema capitalista, não vejo nenhuma solução. Em meu juízo, o pai que vota pela perpetuação deste

---

<sup>6</sup> O lugar da mulher não é o mesmo nas “outras” culturas que foram subalternizadas na modernidade, embora a subalternidade feminina possa ser encontrada em vários outros tempos históricos.

sistema é tão assassino quanto se pegasse um revólver para matar seus próprios filhos.” (GORN, 2012, p. 19).

O projeto de mudar todo o sistema é transformado, nas últimas décadas do século XX, em reivindicações pontuais e fragmentadas de grupos que passam a atuar individualmente e reproduzem a lógica moderna “nós x eles” como, por exemplo, “nós” mulheres *versus* “eles” homens. Butler (2011) chama a atenção para muitos casais *gays* femininos que reproduzem a lógica binária “masculino *versus* feminino” fundado no pensamento binário de subalternidade do outro, no qual se vê uma pessoa assumindo o papel masculino de opressão (com violência física e/ou moral) sobre a outra pessoa do casal que desempenha o papel histórico moderno da subalternidade feminina.

Butler trata da necessidade de superar o pensamento binário na questão de gênero (ou mesmo superar o gênero) para evitar reproduzir a opressão binária presente no conceito de sexo (biológico) e de gênero (social cultural naturalizado).

De acordo com Butler:

Aunque algunas lesbianas afirman que la identidad lésbica masculina no tiene nada que ver con “ser hombre”, otras sostienen que dicha identidad no es o no ha sido más que un camino hacia el deseo de ser hombre. Sin duda, estas paradojas ha proliferado en los últimos años y proporcionan pruebas de un tipo de disputa sobre el género que el texto mismo no previó (BUTLER, 2011, p. 13).

Ao se referir ao não previsto no texto, Butler se refere a um texto seu que fundamentou o início do desenvolvimento da teoria Queer.

Vê-se, aí, o exemplo de que o que aparece como resistência se transforma em luta por ruptura e reconstrução de sentidos, pode acabar por se transformar em aceitação de “permissões” que contaminam a luta por direitos de diferença reproduzindo de novo o padrão moderno “uniformizador” e “binário opressivo” que rebaixa ou subordina um outro, qualquer outro.

A história do movimento *gay* em busca de revolução e construção de uma outra sociedade onde haja espaço para “todxs”<sup>7</sup> ajuda a compreender as perigosas armadilhas modernas e leva, ainda, a entender como, mesmo exigindo uma outra sociedade igualitária economicamente (e não só), a esquerda caiu em várias armadilhas modernas:

---

<sup>7</sup> “Todxs” é uma tentativa de comunicar o que os idiomas modernos e sua gramática padronizada não permite. Todxs significa incluir para além de homem e mulher, qualquer dos diversos gêneros socialmente construídos e existentes, assim como para além de qualquer gênero ou classificações limitadoras.

En la noche del 27 de Junio de 1969, la policia irrumpe en Stonewall Inn, un bar gay de Nueva York frecuentado por travestis afroamericanos y portorriqueños. Aropellos, redadas, arrestos: el control se excede e degenera. Se suceden tres noches de motines que radicalizan el movimiento homosexual y desenbocan en la creación del Gay Liberation Front (GLF) (BREVILLE, 2012, p. 19)

Na obra “The gay manifesto”, Wittman (1970) assinala que é necessário unir a luta dos oprimidos associando compromisso revolucionário com emancipação social. Para o autor, é necessário perceber que os heterossexuais, assim como os brancos, homens, anglofonos e capitalistas, só percebem o mundo em um registro binário hierarquizado no qual um é inferior a dois, que é inferior a três, e assim por diante. Não há lugar para a igualdade, e as oposições binárias sempre remetem a um inferior: homem/mulher; heterossexual/homossexual; patrão/empregado; branco/negro; rico/pobre. Nos EUA, o movimento revolucionário *gay* pretende estabelecer uma nova ordem que lute por um mundo sem os padrões uniformizadores e o padrão binário de subalternização do outro. Na década de 1960/70, o discurso do Gay Liberation Front (GLF) seduziu o Black Panther Party (BPP) e os lemas “Black is Beautiful” e “Gay is good” foram vistos juntos. Em 1970, na “Revolutinary People’s Constitutional Convention” defendia-se a união das lutas dos “outros” subalternizados e excluídos pela modernidade: a união de negros, mulheres e *gays* para a construção de um outro mundo.

Na década de 1970, dezesseis grupos revolucionários, como o Gay Liberation Front, representando dez países, se reuniram para formar a Internacional Homossexual Revolucionária (IHR). Na França, a Frente Homossexual de Ação Revolucionária (FHAR) associava a defesa de mudanças radicais dos costumes e transformação social. Esta história é especialmente importante para que pense a hipótese. A defesa da Frente é a mudança da sociedade, ruptura com o capitalismo; e o que este sistema econômico traz com ele: a uniformização de costumes e valores, assim como com os registros binários (o dispositivo moderno “nós superiores” *versus* “eles inferiores”). Tratava-se mais do que uma resistência: era a ruptura e a ressignificação do mundo. Em que medida esta ruptura poderia efetivamente romper com os elementos essenciais da modernidade mencionados? O movimento representava mais do que uma infiltração nas estruturas modernas, não se tratava apenas (o que não é pouco) de pessoas e coletivos fazendo diferente no meio do sistema<sup>8</sup>. Era abertamente contrário, combatia os alicerces modernos

---

<sup>8</sup> A ideia de infiltração como contradição interna no sistema, com a presença de práticas que negam a sua essência e pode, em um momento, comprometer o funcionamento deste, pode ser complementada pela ideia de negligência, profanação do sistema, em: AGAMBEN, Giorgio. **Profanações**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2007.

uniformizadores e binários: não apenas negligenciava (profanava) o sistema, mas o combatia frontalmente<sup>9</sup>.

Na luta por transformação, a FHAR procurou alianças políticas. Os seus militantes atuavam em grupos de trabalhos temáticos, distribuíam folhetos e organizavam reuniões de informação. A aproximação com o Partido Socialista francês não funcionou. Bem moderado, o Partido atuava dentro do jogo político representativo moderno e, entendendo ser prudente e conveniente para seus interesses, dizia que as preferências sexuais pertenciam à esfera privada (grave equívoco) e que não mereciam posições políticas. O Partido Socialista Unificado é mais simpático às FHAR, mas não compartilha das propostas revolucionárias da Frente. Diante disso, os olhares se voltam à extrema esquerda. Guy Hocquenghem, comprometido com a organização maoísta *Vive la Revolution* (VLR), sugeriu a utilização do periódico “*Tout*”, na época dirigido por Jean Paul Sartre, que abre as portas à Frente. Alguns membros das FHAR redigem as quatro páginas centrais do periódico. Defendem, entre outras coisas, que os homossexuais saiam do gueto mercantil no qual a sociedade burguesa os colocou. No dia primeiro de maio de 1971, as FHAR’s procuram se aproximar ainda mais do movimento operário. Alguns *gays* radicais desfilam ao lado dos sindicatos carregando um grande cartaz que diz: “Abaixo a ditadura dos normais”. Entretanto, a aceitação do movimento revolucionário *gay* encontrará muitas dificuldades e será combatido à direita e à esquerda. De maneira que ilustra bem a hipótese exposta (da necessidade de compreender a modernidade para compreender o capitalismo e as possibilidades de sair deste sistema) e o discurso binário de esquerda é reafirmado: a luta é entre capital e trabalho; trabalhadores *versus* capitalistas, e não entre normais e anormais.

Este discurso ignora todos os ataques ao pensamento e à luta de esquerda que foi criminalizada e “anormalizada” no decorrer dos séculos XIX e XX, sendo combatida com o Direito Penal, a Medicina e a Psiquiatria. Tal discurso reproduz o pensamento binário subalternizado e a uniformização, essenciais à modernidade, e tarefa principal do Estado e do Direito modernos. A esquerda caía na armadilha moderna, se é que, efetivamente, esteve, de forma majoritária, fora dos grilhões da modernidade<sup>10</sup>, em algum momento. A concepção de história, de esquerda, foi, e ainda é, em muitos casos, uma concepção linear moderna, encontrando, entretanto, importantes críticas em autores como Walter Benjamin. (BREVILLE, 2012, p. 35).

<sup>9</sup> Não se quer dizer que negligenciar não tem a força de destruir o sistema. Talvez, hoje a negligência em relação ao sistema (a profanação no significado trabalhado por Giorgio Agamben) seja a maneira mais eficaz de construir um outro mundo.

<sup>10</sup> Para entender o texto é necessário lembrar o sentido de “modernidade” empregado no texto.

O flerte entre o movimento revolucionário e o projeto revolucionário operário tem um triste episódio que pode ilustrar como o Partido Comunista Francês (PCF) sucumbe à modernidade e, logo, compromete qualquer projeto revolucionário efetivo<sup>11</sup>. Em 1972, Pierre Juquin resume a posição do Partido Comunista Francês afirmando que: “La cobertura de la homossexualidad o de la droga nunca tuvo nada que ver con el movimiento obrero. Tanto una como la otra representan incluso lo contrario del movimiento obrero.” (BREVILLE, 2012, p. 19).

Durante um encontro do Partido, Jacques Duclos (que foi candidato à presidência da França pelo PCF), ao ser perguntado por um militante das FHAR’s se o Partido Comunista tinha revisto suas posições sobre supostas perversões sexuais, agride verbalmente de forma violenta todos os militantes *gays* com um discurso muito semelhante a um discurso religioso de direita, ao afirmar que “as mulheres francesas são sãs; o PCF é são; os homens são feitos para amar as mulheres.” (BREVILLE, 2012, p. 35).

O que se assiste, desde então, é uma cada vez maior fragmentação das lutas por direitos, o que compromete o seu sucesso, facilita o atendimento de demandas por meio de permissões, divide os grupos oprimidos (“*elxs*”) e inviabiliza ou dificulta extremamente qualquer projeto alternativo de construção de uma sociedade plural, não hierarquizada (entre “*nós versus eles*”) e não excludente. Um ponto para investigação e reflexão pode ser realizado a partir destas conclusões: em que medida o movimento *gay*, o movimento feminista, entre outros, de movimentos de resistência, de ruptura ou de negligência (profanação) em relação à modernidade, se transformaram em movimentos reivindicatórios de permissões de “*jouissance*” por parte do Estado. Fica, por enquanto, a provocação.

Ao combater o capitalismo moderno, as esquerdas e vários de seus mais importantes pensadores (não generalizando, é claro), reproduzem a lógica binária; a linearidade histórica e o universalismo “*européu*”, estranhando e subalternizando o diferente. Mais uma vez, ocorre a contaminação pela modernidade de lutas de resistência ou de lutas por rupturas. Vismbram-se lutas internas de transformação da modernidade. Entretanto, as pretensões de rupturas revolucionárias não se mostraram tão profundas, pois, ao pretender romper com a economia capitalista moderna, esses movimentos não foram capazes de ver dispositivos modernos uniformizadores e excludentes, mantendo-os intactos.

---

<sup>11</sup> Na perspectiva de que a modernidade (representada pelo Estado e o Direito moderno) cria e sustenta o capitalismo e, logo, qualquer tentativa de superar este sistema econômico deve implicar na compreensão para superação da modernidade nos seus elementos nucleares: uniformização e, logo, rejeição da diversidade; falsa universalização; justificativas de poder sustentadas sobre o pensamento binário de subalternização do outro; história linear; separação do indivíduo da natureza e concepção de um indivíduo monolítico, não processual e isolado.



Pensando desta forma, a ruptura não era tão grande assim e, talvez, este ponto tenha sido um de seus grandes problemas: a violenta ruptura revolucionária manteve funcionando os dispositivos e mecanismos modernos mencionados. A revolução deve ser para a superação da modernidade (sua essência excludente uniformizadora e binária opressora) e não apenas contra um sistema de produção essencialmente excludente, binário opressor e uniformizador: o capitalismo.

Acrescenta-se, neste ponto, uma reflexão importante a partir de Agamben e o seu conceito de profanação: talvez a revolução não precise e não deva ser contra a modernidade; porém, a revolução radical ocorrerá com a “profanação” da modernidade, com a negligência diária aos seus mecanismos excludentes e uniformizadores: a isto se chama de infiltrações. Estas infiltrações diárias aumentam constantemente até um ponto de possível ruptura da “barragem” moderna ou sua superação por meio de transformações estruturais. Um trabalho a ser feito pode ser o de identificar as pequenas diárias “profanações”. Butler começa a falar em diversidade, para além da diferença.

#### **4 DIREITO À DIVERSIDADE**

Quando se fala em direito à diferença, deve-se perguntar: diferente de quê?

Se o direito à diferença enquanto direito individual é uma infiltração na modernidade, o direito à diferença como direito coletivo traz um potencial ainda maior de comprometimento da uniformização moderna. O Estado moderno sempre reagiu com enorme violência a toda tentativa de se estabelecer um sistema alternativo de organização social que não funcionasse sobre as bases modernas uniformizadas, hierarquizadas e binárias subalternas. No Brasil, apenas no século XXI, encontram-se alguns processos mais efetivos de “reconhecimento” de direito dos povos quilombolas e sua forma distinta de organização de direito à propriedade. Entretanto, se de um lado se ampliam os reconhecimentos e aumenta a população quilombola, de outro aumentam os ataques no sentido de descaracterizar sua cultura e forma de viver e se organizar.

No entanto, tudo isso ainda é muito moderno: ao se admitir um direito à diferença como direito individual ou coletivo, admite-se que o Estado (moderno) ainda pode e deve estabelecer padrões superiores de organização social e comportamento individual. Quando se fala em direito à diferença, deve-se perguntar: diferente de quê? A resposta: do padrão civilizatório, do padrão do bom, do melhor, estabelecido pelo Estado e seu direito: “reconheço o outro diferente, na sua diferença, mas deixo claro sua diferença enquanto algo estranho, que foge aos padrões de civilização moderna masculina, branca e europeia”.

As Constituições da Bolívia e Equador vêm construir um outro direito: o direito à diversidade enquanto direito individual e coletivo.

Como mencionado no início deste texto, vários são os pontos de ruptura com a modernidade que podem ser percebidos e precisam ser discutidos. Estes pontos de ruptura podem significar uma reconstrução da Teoria da Constituição, da Teoria do Estado e mesmo da Teoria do Direito modernas.

Em vários outros textos, trabalham-se alguns destes aspectos, como a superação da democracia majoritária e a reconstrução da relação entre Constituição e Democracia; a superação da fórmula “Roma Locuta, Causa Finita” que marca o funcionamento do Judiciário moderno e da mesma democracia representativa majoritária; a superação de um sistema monojurídico com um único direito de família e de propriedade, por um sistema plurijurídico; uma nova concepção de pessoa singular plural e processual e uma nova concepção de natureza que inclui toda a vida, incluindo da pessoa.

O núcleo destas transformações está na construção de um espaço de diversidade, na proteção constitucional ao direito à diversidade como direito individual e coletivo. O direito à diversidade não se confunde com o direito à diferença, que se mencionou anteriormente. No direito à diferença (individual ou coletivo), o Estado e o sistema jurídico moderno continuam atuando no sentido de reconhecer, de incorporar aos seus padrões, ainda estabelecendo uma referência de melhor. O processo pode ser expresso na seguinte equação: o ordenamento reconhece o outro diferente (estranho, esquisito, fora dos padrões), enquadra na lei, protege sua manifestação como algo fora do padrão, e permite a existência e manifestação. Um reconhecimento de existência (como se para existir fosse preciso o olhar deste grande pai: o Estado e seu direito) e uma permissão de “jouissance”. As lutas de diversos grupos “minoritários” por direitos é uma luta por reconhecimento e permissão ou por conquista de direito? É uma luta pela incorporação no sistema ou pela construção de um outro sistema?

O direito à diversidade segue outra lógica. Em primeiro lugar não há permissões nem reconhecimentos. Não há inclusão, porque não pode haver exclusão. A lógica pode ser resumida nas seguintes frases: “existo e me apresento na minha existência” ou “Não dependendo do seu olhar ou de seu registro para que eu exista”. Reconhecimento significa conhecer de novo, significa enquadrar no já conhecido. Trata-se de uma forma de enquadrar o novo nos padrões existentes ou de simplesmente não conhecer o novo, ou ainda não possibilitar a existência do novo, como tal, de forma autônoma. Reconhecer significa, ainda, manter a lógica binária incluído/excluído. Se sua existência depende do reconhecimento, ao reconhecê-lo afirmo a possibilidade, também, de não reconhecê-lo.

Na lógica da diversidade não há mais reconhecimento, pois não há mais um padrão do melhor: diferente de quê? Não há mais este “que” ou “quem” que se estabelece como referência do bom. O outro não é mais o inferior, a ameaça, o medo; o outro se transforma na possibilidade do novo. O outro é aquele que tem o que “eu não tenho”, e “eu tenho” o que ele não tem. Assim, os outros representam uma possibilidade imensa de crescimento e aprendizado para “todos os outros e para mim”.

Portanto, um espaço de diversidade é um espaço de existência livre comum. O espaço de diversidade é o espaço de diálogo permanente em busca de consensos sempre provisórios. O espaço de diversidade requer uma postura de abertura para com o outro, os outros. Ouve-se o outro não para derrotar seu argumento, não para vencê-lo, o que impossibilita o diálogo; ouve-se o outro para aprender com ele, assim como o outro “me ouve para aprender comigo”. A resultante do diálogo obrigatório nos espaços de diversidade não será uma fusão de argumentos, nem uma soma de argumentos, muito menos a vitória de um argumento, mas sim um novo argumento, construído pela postura de abertura, em que todos devem abrir mão de alguma coisa para que todos possam ganhar alguma coisa, e tudo pode ser permanentemente discutido e rediscutido.

O direito à diversidade (individual e coletivo) parte do pressuposto da complementaridade. No lugar de hegemonias, linearidades históricas, superioridades culturais, missões civilizatórias ou proselitismos, a diversidade é convivência que tem por base a lógica de complementaridade: “o que os outros têm, eu não tenho; o que os outros não têm, eu tenho, somos assim complementares”.

#### **4.1 Alternativas: a Superação do Pensamento Binário**

Não há possibilidade de consenso quando a satisfação particular depende da insatisfação de outro. Não é possível uma democracia efetiva consensual no sistema capitalista e as contradições binárias inerentes a este sistema. Consensos neste sistema, que envolvam questões socioeconômicas, serão sempre ideológicos (falsos) e os consensos realizados em outros campos tendem a sofrer distorções ideológicas negativas.

A lógica moderna fundada no pensamento binário sustenta a modernidade. Uma armadilha que precisa ser superada.

O novo constitucionalismo democrático na América Latina, especialmente as Constituições da Bolívia e Equador, aparece como uma alternativa de superação das engrenagens uniformizadoras do Estado moderno, assim como fundamento para a construção de um outro “sistema mundo”. No lugar de uma democracia meramente representativa e majo-

ritária concorrencial é construída a alternativa de uma democracia consensual fundada na busca do consenso, na solução dos conflitos e na construção de políticas públicas. No lugar de um judiciário que funciona de forma imperial, dizendo o direito ao caso concreto, a busca permanente da mediação por meio da construção de consensos provisórios e sempre democráticos, que objetivem o equilíbrio, ou o restabelecimento do equilíbrio perdido com o conflito.

Para que seja possível a construção de uma democracia consensual e de espaços “comuns”, de um direito “comum”, é necessário que algumas dicotomias naturalizadas sejam historicamente superadas como, por exemplo, capital versus trabalho.

Quais são as dicotomias necessárias?

Claro que não se vai responder esta pergunta agora. Pode-se apenas provocar afirmando que, mesmo as dicotomias que parecem naturais, como dia e noite, claro e escuro, são simplificações falsas e construções arbitrárias culturais. Não há um dia e uma noite, mas um permanente processo de transformação das condições de clima e luminosidade que se rebelam ao contar matemático das horas, minutos e segundos. Não há um claro e um escuro, mas um processo permanente de mudança de luminosidade. Sobre a falsidade da dicotomia ideologicamente (nos sentidos negativo e positivo do termo) naturalizada de homem e mulher sugere-se a leitura de Butler (2011).

Não se vai desenvolver estas ideias agora, pois isto exigiria muitas páginas e muitas palavras. Seria um livro inteiro. O que se quer sugerir como reflexão nestas palavras finais, neste texto, é que as dicotomias que são naturalizadas, não são naturais. E mais: que se deve superar este pensamento dicotômico binário para viabilizar consensos democráticos e a superação de uma sociedade e economia excludentes. A superação da exclusão não se dá pela inclusão, mas pela superação da dicotomia exclusão *versus* inclusão. Uma sociedade sem excluídos será uma sociedade sem incluídos. A mesma lógica pode ser aplicada em outras dicotomias: pobres e ricos; capital e trabalho; bem e mal; “nós *versus* eles”; civilizado e incivilizado.

Estas dicotomias não são naturais, não são necessárias. E de sua extinção depende a construção de uma alternativa ao violento mundo moderno.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos do estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos do estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

BREVILLE, Benoît. Homossexuales e subversivos. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (Comp.). **Revoluciones que cambiaran la historia**: sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

BUTLER, Judith. **El genero en disputa**: el feminismo y la subversion de la indentidad. 4 impression. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidos, 2011.

GORN, Elliot J. Mother Jones, la madre del sindicalismo norteamericano. In: BREVILLE, Benoît; VIDAL, Dominique (Comp.). **Revoluciones que cambiaran la historia**: sociales, políticas, nacionales, culturales, sexuales. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado plurinacional e direito internacional**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARX, Karl. **A ideologia alemã**: a contraposição entre as cosmovisões materialista e idealista, Marx e Engels. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MILNER, Jean-Claude. **L'arrogance du présent**: reards sur une décennie, 1965-1975. Paris: Grasset, 2009.

MILNER, Jean-Claude. **La arrogancia del presente**: miradas sobre una década: 1965-1975. Buenos Aires: Manantial, 2010.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

WITMANN, Carl. The gay manifesto. Ney York: Red Butterfly, 1970. Mimeo. Disponível em: < <http://paganpressbooks.com/jpl/TRB-WITT.PDF>>. Acesso em: 12 set. 2013.

ZIZEK, Slavoj. **Bem vindo ao deserto do real**. São Paulo: Boitempo, 2003. (Coleção Estado de Sítio).

ZIZEK, Slavoj. **Primeiro como tragédia, depois como farsa**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2011.



# **O Judiciário como Outra Face da Política: a antiguidade do processo**

LEONARDO GOULART PIMENTA<sup>1</sup>  
RAFAEL SOARES DUARTE DE MOURA<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/Minas). Professor de Filosofia do Direito, Direito Romano e História do Direito da PUC/Minas.

<sup>2</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, onde também se graduou. Professor de Direito Constitucional.

## 1 INTRODUÇÃO

Estas breves linhas objetivam apresentar reflexões baseadas no pensamento de Ítalo Fioravanti Sabo Mendes quanto à histórica do processo.

Iniciam-se as reflexões sobre a evolução do estudo do Direito processual, destacando-se a antiguidade do processo.

A antropologia e a arqueologia do processo falam do surgimento do processo como uma manifestação de dar a cada um o que é seu. A presença do chefe político e religioso se fazem presentes na antiguidade do processo. Percebe-se um componente terreno e um espiritual.

Assim o era no antigo Egito, com a participação do Faraó na resolução de conflitos, ainda que, posteriormente, repasse, a título não absoluto, essa competência de resolução para os escribas. O Faraó era considerado um deus: nele se fundia a figura de detentor do poder político juntamente com a vida espiritual dos egípcios.

O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos ditames, fazia com que o direito fosse respeitado religiosamente. Daí que, em sua maioria, os legisladores antigos (reis sacerdotes) anunciaram ter recebido as leis do deus da cidade. De qualquer forma o ilícito se confundia com a quebra da tradição e com a infração ao que a divindade havia proclamado (WOLKMER, 2001, p. 19).

A resolução de lides possuía um componente terreno e um espiritual. Themis, deusa da justiça, representa um componente espiritual da justiça. A função de julgar é uma função divina.



Saindo do Egito antigo, passa-se pela Mesopotâmia, na figura do rei dos assírios, que concentrava o poder de julgar. Surge a exigência de uma legislação escrita, uma norma escrita norteando o julgador – o Código de Amurabi – Lei de Talião – olho por olho, dente por dente – o componente escrito.

Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou para si o *jus punitivis*, ele o exerceu, inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1995, p. 21).

Posteriormente, com os hebreus, houve o direito hebraico, que possuía a percepção do poder dúplice – o temporal e o espiritual – no Antigo Testamento. A exemplo, cita-se o papel dos juízes exercendo o papel de julgadores. A figura de Abraão, Isaac, Jacó, José, Moisés, Josué – sucessor de Moisés, David, Salomão – representando o papel terreno e o espiritual – com os Dez Mandamentos – normas espirituais e terrenas ao mesmo tempo.

Passa-se ao sistema fenício de resolução de litígios – baseado no comércio. Este sistema já diminuía a influencia espiritual e aumentava a influencia temporal, já que era pragmático e visava à resolução de causas notadamente comerciais.

Chega-se ao sistema grego. Verifica-se a influência do direito público – ainda com a fusão do aspecto terreno e do espiritual. Muito pouco chegou até os dias atuais, pelo incêndio da Biblioteca de Alexandria. Mesmo assim, nele se encontra a primeira visão da Defensoria Pública – como sistema de defesa das pessoas menos favorecidas.

O Direito representava para os gregos um presente dos deuses que propiciava a construção da cidadania. Lá, já havia a presença do sistema recursal – com trezentos membros, a presença de um tribunal popular (chegaram até os tempos atuais os fragmentos esparsos quanto ao sistema jurídico).

Platão e Aristóteles, assim como influenciaram, e muito, até hoje, o pensamento político, muito contribuíram, também, para o desenvolvimento do processo público.

O aspecto subjetivo era notório no fenômeno da resolução das lides. Ele, o aspecto subjetivo, decorria, em primeiro lugar, da ausência ou pouca produção de normas. Em segundo lugar, pela influência do aspecto espiritual. Derivava, portanto, dessa necessidade de se compatibilizar o aspecto terreno com o espiritual. Essa resolução de litígios já nasce ligada ao poder político porque aquele que detinha esse poder, ao julgar, demonstrava o

exercício do poder. Verifica-se o fenômeno da resolução de lides atrelado com a legitimidade daquele julgador em se analisar a lide.

Na Pérsia antiga, vislumbrava-se esse componente espiritual.

Ressalte-se que a missão de julgar se concentrava no detentor do poder político e nos sacerdotes. Quem detinha o poder político e, conseqüentemente o exercício do julgamento, era o ungido de Deus ou mesmo um deus. Essa missão ia muito além do aspecto/encargo terreno.

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos, uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Esta interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1995, p. 22).

## 2 O PROCESSO ROMANO

A doutrina é praticamente unânime em reconhecer que o Direito Romano passa por três períodos:

### A – Período da *Legis Actiones* (ações da lei)

Convencionou-se dizer que esse período teve início no ano 754 a. C até o ano 149 a. C., quando se teve a edição da chamada Lei *Aebutia* que reconheceu e positivou o período do o Formulário.

Nesse período, a *Actio* Romana deveria estar contida na própria lei. A pretensão deveria estar contida estritamente na lei (a lei mais importante do período era a Lei das XII Tábuas)

Tratava-se de um procedimento oral e extremamente formalista. As palavras deveriam ser ditas com um extremo rigor, sob pena de se desvirtuar do previsto em lei.

É provavelmente a partir desse momento que o procedimento, apresentando uma discrepância qualitativa de funções, se desenrolava em duas fases distintas: *in iure*, diante do pretor, incumbindo-lhe organizar e fixar os termos da

controvérsia; e, em sequência, *apud iudicem*, perante o *iudex unus*, ou, nas controvérsias entre romanos e estrangeiros, diante do tribunal dos recuperadores; ou ainda, nas questões sobre sucessão hereditária, perante o tribunal dos *centumviri*. O *iudex*, cidadão romano, tomando conhecimento do litígio a ele submetido, julgava soberanamente, em nome do povo romano, não estando, por isso, subordinado a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 43-44).

Esse procedimento se dividia em duas fases:

### **A.1 – Fase *In Iuri***

Dava-se perante o magistrado ou Pretor (servidor do Estado Romano). Nessa fase, resolvia-se acerca da existência ou não da *Actio*. Nessa fase, o Pretor ouvia obrigatoriamente o autor, com a sua pretensão, e o réu com a sua resistência à pretensão apresentada por daquele. O comparecimento era obrigatório. Iam as partes acompanhadas de parentes e amigos, testemunhas do que foi dito e resolvido, já que o procedimento era oral. O autor poderia se valer de uso da força para conduzir o réu ao Pretor. A existência da *Actio* não era reconhecida se alguma das partes faltasse.

Após escutar autor e réu, se o Pretor entendesse que a ação não estava respaldada na lei, não existiria a *Actio*, extinguindo-se a pretensão em imediato momento. Acaso se a *Actio*, sua presença, fosse reconhecida, a ação prosseguiria, por meio do estabelecimento do fenômeno da *litiscontestatio* (vínculo que ligava autor no processo, pelo qual se delimitava definitivamente o objeto em litígio e obrigavam as partes a comparecer a todos os atos no processo e a dar o devido e integral cumprimento ao que fosse decidido na sentença), que somente ocorria na presença da *Actio*.

O processo era visto com a natureza jurídica de contrato, porque era um vínculo estabelecido entre autor e réu, sem a presença do Estado nesse vínculo. Apenas em fins do século XVIII, por Savigni, passa-se a considerar o processo não como contrato, mas como quase um contrato.

No momento do reconhecimento da *Actio*, o Pretor terminava sua atuação, passando-se para a segunda fase.

### **A.2 – Fase *In Iudicio***

Era aquela na qual se iniciava o julgamento do processo. Era processada perante o *Iudex* ou *Arbiter* que eram particulares, não servidores, indicados de comum acordo entre autor e réu. Tinha-se que chegar a um acordo, obrigatoriamente, para que o feito fosse

instruído e, posteriormente, julgado, como o procedimento da sentença que era oral, ressaltando-se, aí, a necessidade e a importância dos parentes e amigos como testemunhas.

Características do Processo Romano na *Legis Actiones*:

- procedimento inteiramente oral;
- procedimento extremamente formalista (a ação deveria estar inteiramente descrita na lei);
- comparecimento obrigatório das partes que não podiam se fazer representar por procurador;
- procedimento dividido em duas fases: *In Iuri* – perante o Pretor – e *In Iudicio* – perante o *Iudex* ou *Arbiter*;
- os estrangeiros se viam excluídos desse acesso procedimental, permanecendo o pleno acesso apenas aos patrícios.

Nesse ínterim, Roma se expandiu, atraiu muitos estrangeiros para dentro de suas fronteiras. E, para o caso de haver conflitos entre estrangeiros e romanos em suas diversas relações, Roma criou a figura do Pretor peregrino, para julgar conflitos entre estrangeiros e romanos ou vice-versa. Para julgar esses litígios, o Pretor passou levar consigo um livro de fórmulas, documento escrito constituído com base no Edito – livro de fórmulas, após a apresentação do modelo para as partes, verificava-se se a fórmula antiga pudesse constituir uma nova fórmula com base na antiga.

## **B – Período *Per Fórmulas* (Formulário) ou Clássico em Sentido Estrito**

Surge como uma demanda dos estrangeiros. O comparecimento das partes ao tribunal, nesse período, continuava a ser obrigatório, para que o Pretor pudesse, mediante a pretensão e a resistência, encontrar uma fórmula apropriada e se existisse uma que atendesse. A fórmula era construída com base em outra anterior, no Edito do Pretor, com a participação das partes. Por isso, ela era obrigatória. As partes tinham que comparecer pessoalmente, mas poderiam se fazer acompanhar por procuradores e orientadores jurídicos.

Devido à dificuldade do estrangeiro em se comunicar, ele levava alguém entendido para auxiliá-lo na demanda. Nesse momento, surge a advocacia. O procedimento do Pretor continuava a ser nas duas fases. A primeira, *In Iuri* – perante o Pretor, servidor do Estado Romano – o Pretor examinava a existência ou não fórmula no Edito do Pretor. Se houvesse ou fosse possível construir a fórmula, havia a *Actio*. Quando a ação não pudesse ser prevista na lei, não havia possibilidade da *Actio*. Reconhecida a *Actio* – a fórmula – o processo prosseguiria, com a instituição da *litiscontestatio*, seguindo-se o julgamento do processo na fase *In Iudicio*.

As partes continuavam a ter o comparecimento obrigatório e se obrigavam, portanto, a dar provimento ao que fosse decidido em sentença. Aqui, nessa fase, já se admite, não apenas a indicação de um para resolver o litígio, mas um *Iudex* ou *Arbiter* colegiado, igualmente. Se as partes não chegassem a um acordo, o Pretor indicava quem seria o *Iudex* ou *Arbiter*, conforme listagem que ele mesmo possuía. O *Iudex* ou *Arbiter* continuava a ser privado, não era um servidor do Império Romano. Inicia-se a interferência do Estado, com a possibilidade de indicação por parte do Pretor do *Iudex* ou *Arbiter*, na impossibilidade de uma indicação consensual. Veja-se a importância política do Pretor. O Senado Romano era cheio de antigos Pretores. O *Iudex* ou *Arbiter*, ou um *colegiado de Iudex*, daria prosseguimento à instrução e proferiria a sentença, que continuava a ser oral. A sentença era estritamente proferida de acordo com os ditames da fórmula, que norteava a atuação do *Iudex* ou *Arbiter*.

Características do Período *Per Fórmulas* (Formulário) ou Clássico em sentido estrito:

- procedimento inteiramente oral, com exceção da fórmula que era escrita, inclusive a sentença que era oral;

Fórmula, diminutivo de forma, é palavra grega que significa modelo. Fórmula, portanto, é um autêntico modelo abstrato pelo qual se propicia litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais previstos, pelo direito honorário, no edito do pretor. A expressão processo formular – salienta Pugliese – é encontrada nas Institutas de Gaio, que aludia a *agere, litigare per formulam* ou *per formulas*, em contraposição ao *agere* ou *petere per legis actiones* (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 73-74).

- procedimento continuava a ser dividido nas fases *In Iuri*, perante o Pretor, e *In Iudicio*, perante o *Iudex* ou *Arbiter*;
- na fase *In Iuri* resolvia-se a questão pertinente à existência da fórmula e, por conseguinte, à própria *Actio*;
- na fase *In Iudicio* dava-se a instrução e a prolação da sentença nos estritos termos das fórmulas;
- comparecimento obrigatório das partes que, todavia, poderiam ser auxiliadas por juristas e assistidas por procuradores;
- o ônus da prova incumbia a quem alegava o fato;
- o juiz apreciava livremente a prova constante dos autos, nela formando a sua convicção (surgimento do princípio da livre convicção/convencimento do juiz);
- os atos processuais transcorriam com audiência em contrariedade recíproca entre as partes, verificada na própria construção das fórmulas (origem do princípio do contraditório);

- se houvesse um novo pedido do autor em face do réu, haveria a necessidade de uma outra fórmula; dessa forma, diminuída estava a possibilidade de pedido contraposto;
- o *Iudex* ou *Arbiter* condenava o réu a pagamento de certa quantia em dinheiro, ainda que a demanda versasse sobre entrega de coisa, pois não havia a entrega da coisa.

Mais importante do que essa modificação na órbita do processo privado, foi a unificação das instâncias: com a ingerência da *cognitio* extraordinária do *princeps* ou de seus delegados, em determinadas causas que careciam de tutela jurídica, o procedimento, até então obrigatoriamente bipartido, passa a desenrolar-se, desde sua instauração, até o final, diante de uma única autoridade estatal (magistrado-funcionário). Assim, a decisão do magistrado, no novo sistema processual, não mais corresponderá a um parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, mas, sim, a um comando vinculante de um órgão estatal (TUCCI; AZEVEDO, 1996, p. 48).

Nessa fase não cabia recurso da decisão.

Todo Pretor tinha seu próprio livro de Editos. Eles costumavam trocar informações entre si. Já havia certa configuração de jurisdição. Em uma determinada região, atendida por um Pretor peregrino, deveria ser a demanda levada a ele. Se houvesse mais de um, poder-se-ia escolher.

Com as duas *Lex Julia*, o procedimento voltado para atender a demandas entre estrangeiros e romanos se amplia para atender a todo o Império Romano.

Esse sistema perdurou por muito tempo (já com a jurisdição estatal da *cognitio* extra *ordinem*), até que, após o retrocesso derivado das invasões bárbaras (século das trevas = período do feudalismo), se foi retomar timidamente na Idade Média, notadamente nas penínsulas itálica e ibérica, a evolução jurídica no tocante a ação, processo e direito. Nesta fase, já se reconhecia ao réu o direito a contraprova (princípio do contraditório). A sentença era uma decorrência dos fatos provados. A sentença só afetava as partes. Já existia o recurso de apelação. Aqui o processo já passara a ser visto como instrumento de realização de um Direito, todavia sem lhe ser independente (RODRIGUES, 2003, p. 34).

### **C – Período da *Cognitio Extraordinaria* – 294 d. C.**

O Imperador Diocleciano era um grande administrador. Na seara dos julgamentos, criou um procedimento próprio, da *Cognitio Extraordinaria*, que perdurou até a codificação de Justiniano. Esse procedimento fazia oposição ao período anterior, por certas características. A primeira delas, a participação do Império Romano, que passou a ser atendido não por fórmulas específicas de cada Pretor, mas por um procedimento específico.

O Império Romano atribuiu a função de conduzir o processo desde o início, passando-se pela instrução e julgamento a um único servidor do Estado. Ampliou-se o papel do servidor do Estado, que no período anterior ia apenas até o reconhecimento da *Actio*. Agora, o servidor do Estado se encarregava, inclusive, da execução dos seus julgados. Figurou o poder estatal, com a presença do juiz oficial, servidor do Estado encarregado de julgar. O poder político do juiz/pretor cresceu muito, em face do antigo pretor, pois englobava as funções do *Iudex* ou *Arbiter*. Perdeu-se o sentido em dividir o processo nas fases *In Iuri* e *In Iudicio*. Dessa forma, a *litiscontestatio*, também, perdeu a razão de ser.

O novo sistema resulta da atribuição pelo governo imperial das funções judiciárias a funcionários do Estado, aos quais incumbia, por solicitação dos interessados, presidir e dirigir o processo, desde a sua instauração, proferindo a sentença e dando-lhe execução. Resulta, portanto, da criação do juiz oficial, em substituição do juiz privado do procedimento formulário. O juiz passou a ser um magistrado, um funcionário do Estado, no exercício de uma função pública, qual a de compor as lides, assegurando a paz social (SANTOS, 1981, p. 43).

Como era o procedimento:

1. petição inicial escrita, chamada de *libellus convencionis* (forte utilização da escrita);
2. se a petição estivesse em ordem, passava-se à citação do réu – *litisdenuñtiatio* (origem do Oficial de Justiça – servidor romano auxiliar do juiz);
3. contestação do réu – *libellus contradictionis* ou *libellus respõtionis*;
4. instrução;
5. sentença – *Sententia*;
6. cabia apelação – *Apellatio*;
7. execução.

Características do processo no período da *Cognitio Extraordinaria*:

- criação do juiz oficial em detrimento do particular que era o *Iudex* ou *Arbiter*;
- forte emprego da linguagem escrita;
- procedimento que deixa de ter a divisão em duas fases – *In Iuri* e *In Iudicio* – e deixa de ter a *litiscontestatio* o sentido que havia na *Legis Actiones* e no período do Formulário;
- citação do réu – *litisdenuñtiatio* feita por servidor do Estado;
- possibilidade do prosseguimento do processo na ausência do réu (origem da revelia);
- possibilidade da interposição da *Apellatio* para impugnar a sentença (já que como servidores do Estado, o *Iudex* ou Juiz/ Pretor, poder-se-ia ter recurso ao superior dele que, no caso, era o Imperador);
- com o passar do tempo, o Imperador criou um corpo qualificado para julgar as *Apellatio*, chamados Tribunais de Apelação (vocação do tribunal em sede de apreciação de demandas em grau recursal e não como competência originária);
- execução por força coativa do Estado.

Com a *Apellatio*, o Imperador poderia controlar a fidelidade dos juízes do Império e saber o que se passava com as decisões. Detalhe a ressaltar é que o julgamento baseado no Período *Per Fórmulas* ainda existia para resolver demandas privadas. A *Cognitio Extraordinaria* assumiu papel de destaque para resolver questões nas quais o Império estaria envolvido.

O juiz que não remetesse a *Apellatio* era condenado à morte (Devassa – origem da correição).

A soberania da jurisdição estatal foi repensada diante da sua ineficiência em atender concretamente às demandas a ele chegadas. Dessa forma, fortalecem-se a arbitragem e a conciliação como forma de retorno ao período da *Legis Actiones*.

### **3 PROCESSO NO DIREITO GERMÂNICO/CANÔNICO E COMUM MEDIEVAL**

O titular da jurisdição no direito germano antigo era o povo. A jurisdição se dava nas *Dings*. O papel do chefe da tribo era o de orientar a assembleia, mostrar a *Ding* precedentes, para que a assembleia pudesse formar o seu juízo de convicção. O procedimento era inteiramente oral. O processo/a sentença proferida oralmente vinculava não apenas as partes em litígio, mas toda a assembleia. Resolvida a lide, ninguém poderia mais invocar o objeto daquele processo. O sistema era bastante rudimentar, no qual prevalecia o juramento. “O juiz dos germanos tinha por função, no campo da prova, tão-somente fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o resultado do experimento.” (SANTOS, 1981, p. 45).

Ainda existiam as Ordálias ou juízos de Deus. Deus iria “resolver” quem teria o direito nesse caso. Daí advinham situações das mais esdrúxulas. Em último caso prevalecia o duelo. A participação popular no exercício da atividade jurisdicional remonta a *Ding*, buscava sempre conferir legitimidade às decisões, traço marcante no processo antigo e que perdura até a presente data.

Não se deve esquecer a íntima relação entre Direito e Poder Político.

Com o passar do tempo, o processo germânico começou a se imbricar ao processo romano.



### **3.1 Processo Romano + Processo Germânico (barbárico) = Processo Romano Barbárico**

Mescla de instituições de direito romano com o germânico.

Houve um elemento essencial para a manutenção do processo Romano, o chamado processo Canônico.

Na Idade Média, a Igreja detinha um grande poder político. Como consequência desse poder político, a Igreja desenvolveu um Direito Canônico destinado a regular as suas questões internas. O processo Canônico era lastreado fundamentalmente no processo Romano da *Cognitio Extraordinaria*. O processo Romano foi “salvo” em muito pela atuação dos monges copistas que compilaram os manuscritos do Direito Romano.

Em 1088, surgiu a primeira universidade do mundo, a Universidade de Bolonha. Teve como um dos seus fundadores o monge Irnérius, que era catedrático de Direito Romano. Juntamente com os seus alunos, promoveu uma compilação do Direito Romano com materiais recolhidos dos mosteiros. Ele fundou a Escola dos Glosadores, comentários feitos aos textos romanos. Grandes juristas da época foram desta Escola: Piacentino, Giovanni Bassiano e Búlgaro. Acúrsio, como aluno e glosador de Irnérius, fundou a Escola dos Pós-Glosadores. Teve como alunos Baldo e Ferrari.

À insistente reação do direito romano e à extensão do campo de aplicação do direito canônico, de fundo justinianeu, a oporem obstáculos à prática exclusiva do processo romano-barbárico, se acrescentou, no século XI, um fato novo, de larga e profícua repercussão, decisivo na evolução do processo. Foi a criação das Universidades, a primeira das quais em Bolonha, no ano 1088 (SANTOS, 1981, p. 45-46).

A diferença entre as duas Escolas era a ênfase a prática forense, dada pelos glosadores diferentemente dos pós-glosadores.

O jurista Bartolo de Sasso Ferratto teve seus pareceres considerados como fontes do Direito em Portugal e Espanha.

A partir de Bolonha, o processo Romano cresceu tanto que passou a superar o Canônico e acabou por prevalecer a este que regulava, essencialmente assuntos de foro interno a Igreja.

O processo Romano-Canônico: era uma mistura do processo germânico, canônico, romano, com as contribuições dos glosadores. Processo que misturava as regras costumei-

ras daquele tempo com as regras canônicas. Trata-se de um processo escrito e moroso. Praticamente não se utilizava de legislações, porque estas quase não havia. E eram de forma inexpressiva as existentes.

Em fins da idade média, surgem as cidades – burgos – como contraforma da descentralização político-social feudal. Essas cidades fizeram com que surgisse a necessidade de elaboração de normas, chamadas de estatutos ou estatutos comunais, que regulamentavam a vida nos burgos. Eles beneficiavam, de certa forma, a todos. Era interessante ao Rei porque permitia a este centralizar o poder político; aos comerciantes, por dar amparo jurídico as suas transações; bem como às pessoas que eram igualmente protegidas pelas normas. As corporações de ofícios se beneficiavam pelos privilégios das normas conferidos a elas. Por conta disso, surgiram as legislações.

Processo comum medieval: resultava da aplicação as regras costumeiras do tempo, com o processo canônico, a contribuição dos comentaristas e práticos, acrescida da legislação comunal. Processo inteiramente escrito, moroso, com uma infinidade de graus recursais, diferente ao processo germânico puro – logo após a queda de Roma – que era inteiramente oral. Diante disso, o Papa Clemente V criou o processo sumário, o que hoje é chamado de procedimento. Processo este despido de formalidades, com concentração de atos e um retorno a oralidade e uma supressão no número de recursos.

#### **4 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PROCESSUAL APÓS A QUEDA DO IMPÉRIO ROMANO**

Essa evolução passou por três fases:

- **PRAXISMO (Século V d. C. até 1807);**
- **PROCEDIMENTALISMO (1807 até 1868);**
- **RECONSTRUÇÃO CIENTÍFICA DO PROCESSO (1868...)**

##### **4.1 Praxismo (Século V d. C. até 1807)**

Período da alta Idade Média. Caracterizava-se pela ausência de leis/normas escritas. A resolução de demandas não era feita pela norma, mas pelos costumes, daí o praxismo – vem da prática que conduz ao resultado.

Nesse momento, a propositura e a resolução das demandas se encontravam nos modelos de como se propor e resolver uma demanda. Esses modelos eram passados de pai para filho. O processualista daquela época não se pautava por normas, mas por modelos. Ele

estudava o processo a partir dos modelos. Uma atitude “descritivista” de modelos. Como não havia norma, o modelo, no praxismo, se justificava.

Características:

- ausência de normas;
- formulação de modelos de como se propor e se decidir uma demanda e
- atividade limitada a uma atitude meramente “descritivista” de modelos.

O processualista daquela época não estudava o processo em seus conceitos, em sua teoria, mas na *práxis* dos modelos que eram examinados, principalmente pelos pós-glosadores que criticavam os glosadores por não se dedicar ao estudo da prática forense.

O processo de execução é uma criação praxista.

#### **4.2 Procedimentalismo (1807 até 1868)**

Em 1807, surgiu um fato de grande importância que acarretou a mudança no processo: a era Napoleônica e sua edição de um Código Civil e de Processo. Napoleônica – representante de uma burguesia que rompe com a aristocracia nobre. O praxismo, diante do lema Igualdade, Liberdade e Fraternidade, perdeu o sentido. O modelo não podia mais passar de pai para filho: ele teria que ser democratizado. Como democratizar um modelo? Por meio da inserção do modelo na própria lei. Era isso que procedimentalizava o procedimentalismo. O modelo estava na lei, na norma. O Estado, cumprindo o papel de facilitar a democratização, a Igualdade.

#### **4.3 Reconstrução Científica do Processo (1868...)**

Mas, a atividade do processualista continuava a ser uma conduta meramente “descritivista” de modelos, até 1868. Não havia uma preocupação com os institutos processuais na sua formulação teórica, mas, sim com a prática na propositura e decisão na demanda.

Pela primeira vez se identifica claramente no direito processual uma discussão teórica. Müther, jurista germânico, em 1855, redigiu um artigo em que era questionada a *actio* romana, que vinha desde Celso – grande Civilista Romano do período clássico do Formulário – mas, em momento algum, rompia com ela. Diante dessa visão de Müther, Windscheid escreveu outro artigo questionando esse posicionamento, justificando com argumentações apresentadas há pouco tempo então por Savigny. Esse posicionamento

teve uma réplica de Müther, que começou a analisar uma nova visão do processo que se afasta em parte da resignação a formulários. O que levou a um novo posicionamento, de Windscheid.

Esse fato foi muito importante para que pudesse o processo ser pensado de forma crítica. Discussão sobre institutos de direito processual na sua origem, na sua essência, na sua natureza. O processo, dessa forma, passou a ser analisado à luz, não apenas instrumental, de seus instrumentos.

Em 1868, Oskar Von Büllow publicou a obra “Dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias”, obra-marco do início da reconstrução científica do processo. Ele lançou as bases da relação jurídica processual. Sustentou estar o direito processual extremamente atrasado, porque os processualistas não discutiam processos; mas, sim, modelos. Os processualistas da época não sabiam nem mesmo conceituar processo. Isso era inadmissível, porque Savny, algumas décadas antes, havia lançado as bases jurídicas da relação jurídica material (baseada em sujeito ativo e passivo).

Oskar Von Büllow sustentava que o processo não era formado pela relação jurídica apresentada por Savigny, mas era formado por outra relação jurídica, chamada de relação Jurídica de Direito Processual.

Ele dizia que a relação jurídica processual era uma relação triangular:

<b>Estado-Juiz</b>	
<b>Sujeito Ativo</b>	<b>Sujeito passivo</b>

Hoje essa relação não é triangular, mas perpassa pelo juiz, não comunicando diretamente os sujeitos passivo e ativo.

Logo, o processo não estava dentro do Direito Material. Ele não poderia ter o mesmo conteúdo da relação jurídica de direito material. Os processualistas passaram, então, a estudar se a *Actio* estava de fato dentro do Direito material, como sustentava Savigny.

Em 1870, Adolf Wach lançou uma obra importantíssima chamada “Da Pretensão da Mera Declaração”, na qual sustentou que a ação não serve apenas para, na órbita do processo civil, para se obter a condenação de alguém, mas também para se obter certeza jurídica. Portanto, a ação não é apenas um instrumento para se condenar o réu a uma obrigação de dar, fazer ou não fazer, mas é um instrumento de se alcançar a certeza jurídica. Lançadas estavam as bases para a teorização da sentença declaratória. Mesmo assim, Adolf Wach era ainda concretista. Dagenkölb e Plotzs apresentam a existência da

ação independentemente de o autor ter ou não ter razão no caso concreto, uma visão abstrata. Na Itália, Chiovenda lançou as bases da chamada “teoria da ação como direito potestativo”, em que a ação é vista como direito de poder.

Ainda na Itália, logo após Giuseppe Chiovenda, surgiu Ramiro Podetti, que lançou as bases da chamada trilogia estrutural do processo. Segundo ele, o processo é formado por três aspectos: ação, jurisdição e processo. A ação provoca a jurisdição (Estado-Juiz) que se concretiza mediante o processo. O processo é o meio em que o Estado, no exercício de sua função jurisdicional, irá compor a lide. Concretizará, o Estado, a sua outorga jurisdicional pedida na ação.

Henrico Redenti, Emílio Bettina, Piero Calamandrei, Carnellutti e Capeletti (para muitos, pai da instrumentalidade do processo) e Enrico Tulio Liebman (fundador da Escola Paulista de Processo – que dominou a formulação teórica do processo no Brasil – como Frederico Marques, Alfredo Buzzaide (“pai” do Código de Processo Civil de 1973), que se contrapõe à Escola Sulista de Processo), Arruda Alvim e Vicente Greco – a Escola Paulista de Processo tem a ver com uma teoria de poder, na esteira dos processualistas italianos.

A partir de 1868 se desencadeou todo esse processo, na época da unificação italiana e alemã, desenvolvendo o processo nestes países em que havia o processo de reunificação política – Garibaldi, na Itália, Lindenburg e Bissman, na Alemanha. Por conta disso, da unificação, precisavam lançar as bases para uma jurisdição em um Estado unificado e que precisava, na sua essência, ser um Estado forte. É forte aquele Estado que decide e faz cumprir suas decisões – Jurisdição como: poder, função e como atividade de um Estado. *Actio* – processo de fortalecimento e centralização do Poder Político do Estado.

Como desvio para explicação, diz-se que a arbitragem, pensada quando da análise da lei que tenciona regulamentá-la, afeta o poder Estatal em sua soberania, na medida em que não submete as suas decisões à possibilidade de controle judicial – fruto do neoliberalismo e da relevância do capital na sociedade. Note-se que a arbitragem, igualmente, atende a um público muito específico e não é o comum do povo, mas a classe empresarial e industriária.

Jurisdição e poder do Estado estão imbricados em uma íntima relação. A jurisdição do Estado define a competência do Estado.

## 5 FASE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Processo é visto como um instrumento para a consecução de seus fins perante a sociedade. Não interessa mais ao processo apenas estudar conceitos, mas estudar como ele está chegando à sociedade. O processo deve ser analisado, portanto, dentro de um ângulo externo, ou seja, as pessoas estão satisfeitas com o processo? Pergunta que a instrumentalidade do processo faz e busca as respostas quanto a alguma insatisfação, como a morosidade, etc. Mauro Capelletti é visto como o pai da instrumentalidade do processo. Há preocupação como as ações civis públicas, as ações coletivas, o acesso à Justiça, o papel dos juizados, a possibilidade da parte, por ela própria, deduzir sua participação em juízo, etc.

## 6 A PROBLEMÁTICA DA AÇÃO: O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE

### 6.1 Noções Introdutórias ou Concepção Privatista da Ação: Doutrina Civilista ou Concepção Privatista da Ação concepção Romanista ou Clássica da Ação

Celso, grande jurista romano, conceituou a *Actio* romana como o direito de reclamar em juízo aquilo que se é devido. A questão que se coloca é: quem é que irá dizer se isso é devido? – o Estado, em última análise, mas, a norma em primeiro lugar, como reflexo de direito material. Logo, segundo Celso, a *Actio* é o direito de reclamar em juízo aquilo que o direito material diz ser devido. Passou-se a entender que a ação não existia como direito autônomo, mas estava dentro do direito material.

O processo seria como um mero adendo à seara do direito privado. A *Actio* não existia como um elemento autônomo. Ela estava contida no direito material. A partir daqui, formulou-se a Doutrina Civilista – *Actio* compreendida como um mero capítulo do direito privado, concepção imanentista da ação – *Actio* dentro do direito material.

A *Actio* seria o próprio direito material a reagir quanto à sua ameaça ou violação. O processo não era mais visto como um elemento autônomo em relação ao direito material.

Daí surgem três primeiras consequências básicas:

- não existe ação sem direito, pois a ação está dentro do direito material;
- não existe direito material sem ação;
- a ação segue a natureza do Direito, ou seja: se o Direito material é privado, a ação será privada; se o direito material é público, a ação será pública.

Essa concepção não foi questionada por mais de 1.500 anos.

Segundo Savigny, a *Actio* seria um mero elemento na vida do direito privado. Até que no ano de 1855 apresentou-se a polêmica Mütler x Windscheid.

## 6.2 Polêmica Mütler x Windscheid

Em um artigo, Mütler sustentou uma nova reflexão da *Actio* Romana, tendo colocado em dúvida a circunstância da *Actio* Romana se encontrar inserida no direito material. Discutiu a possibilidade de a *Actio* estar fora do direito material. Entrou em debate pleno com Windscheid, fiel discípulo de Savigny.

A partir de então, começou-se a discutir e a estudar a *Actio* como estando fora do direito material.

Adolph Wach fez publicar a sua obra “Da Pretensão da Mera Declaração”. Nessa obra, ele lançou as bases para a chamada Teoria do Direito Concreto à Tutela.

## 6.3 Teoria do Direito Concreto à Tutela

Segundo Adolph Wach, a *Actio* não serve apenas para se obter a condenação de alguém. Ela serve também para se obter uma declaração acerca da existência ou não de uma relação jurídica. A ação serve também para se alcançar/obter certeza jurídica. Ela pode pressupor a existência de um direito não violado ou ameaçado. Isso poderia levar a uma incongruência, pois a sentença poderia declarar a inexistência de uma relação jurídica e, implicitamente, a inexistência de um direito material subjetivo.

O questionamento quanto a incongruência da concepção privatista/romanista: se a *Actio* está dentro do direito material, como é que ela provaria que ele não existiria?

Essa teoria nova de Adolph Wach revelou o caráter autônomo da ação exerceu influência no mundo todo. A *Actio*, portanto, seria um direito oponível em relação ao Estado e ao Réu.

Com Adolph Wach está a origem da inafastabilidade, pois a tutela jurisdicional seria alcançada mediante direito oponível em face do estado e do Réu.

*Actio* – direito de se pedir a prestação jurisdicional em face do Estado em demanda contra o Réu. A ação, ainda segundo Adolph Wach, apesar de autônoma em relação ao

Direito Material, estaria subordinada a ele. Só se tem a *Actio* se a sentença entender que seria procedente o pedido. Se não há *Actio*, haveria, então, uma pretensão infundada. Ele não explica todo o processo que seria formado antes, mesmo que a *Actio* não fosse reconhecida com a improcedência do pedido. Mesmo porque só a procedência da demanda faria com que se configurasse a *Actio*.

Adolph Wach não explica essa questão, diante da forma que a concepção Romanista ainda possui.

Para a existência do processo deveriam ser analisados os requisitos processuais e os requisitos materiais manifestados nas condições da ação.

#### **6.4 Teoria da Ação como Direito Potestativo**

Teoria formulada por Chiovenda, que seguia Adolph Wach, com a diferença de que o italiano vislumbrava na ação um direito de poder. Segundo ele, o autor tinha o poder jurídico/direito de mover o aparato jurisdicional do Estado sem que o réu nada pudesse fazer a respeito disso. A ação é o direito do autor oponível contra o réu. O papel do Estado foi ignorado pelo jurista italiano. A ação é o poder jurídico de realizar a condição necessária para a atuação da vontade da lei. Poder jurídico de movimentar o aparato estatal da jurisdição para levar o Estado a proferir a sentença. A teoria de Chiovenda era autônoma, mas se diferenciava da teoria de Adolph Wach porque o direito de ação era oponível não contra o Estado, mas contra o Réu. Mover a máquina do Estado, na jurisdição, sem que o réu nada pudesse fazer a não ser se defender. A teoria de Chiovenda continuava a ser concretista, ou seja, a presença ou não da ação estava condicionada ao caso concreto.

Não se deve esquecer o viés político que movimenta o processo, pois, assim como Adolph Wach, que formulou a sua teoria na Unificação Alemã, Chiovenda desenvolveu a teoria nos tempos da unificação italiana. Necessidade de um Estado forte, que exercesse a jurisdição. Essa teoria, apesar de “ignorar” o Estado, é uma muito centralizadora, pois o cidadão-réu nada poderia fazer para impedir a atuação do Estado, da máquina jurisdicional, que é o legitimado para prestar a atividade jurisdicional. A teoria de Chiovenda é a mais estatizante de todas.

A Bula papal *Rerum Novarum*, de Leão XIII, veio legitimar toda e qualquer atuação do Estado quanto aos Direitos Sociais, manifestado na atuação do Estado enquanto verificada na ação em face da jurisdição do processo.



### **6.5 Teria da Ação em Sentido Abstrato**

Segundo Dagenkölb e Plorz, a ação não tem nada a ver como caso concreto. Ela está relacionada a um direito que o cidadão tem de mover o aparato do estado no exercício do direito de Ação. O Estado tem que dar uma resposta para o autor e para o Réu, seja ela positiva ou negativa, que não repercute no direito do autor de solicitar a prestação jurisdicional. Outra coisa é o conteúdo dessa resposta. O Estado, mediante pedido do autor, obriga-se a prestar a tutela jurisdicional. Surge em contraposição a Teoria Concretista da Ação.

Direito público (oponível contra o Estado), autônomo (desvinculado de direito material) e abstrato (desvinculado da razão do autor no caso concreto). Esse direito existe independentemente de o autor ter ou não ter razão na sua pretensão – percebe-se aqui, mais uma vez, a inafastabilidade. Essa teoria também reforça politicamente o Estado, pois reafirma o seu papel na jurisdição como porta de entrada da ação. Eles reforçam a teoria de Adolph Wach quanto à oponibilidade do direito de ação contra o Estado, que havia sido colocada em questionamento por Chiovenda.

O papel do Réu permanece o mesmo em relação as teorias concretistas, mas como um pequeno acréscimo – consubstanciada no artigo 158, parágrafo único, do Código de Processo Civil brasileiro (CPC): a desistência da ação só produz efeitos após homologação por sentença; e do art. 267 § 4.º do CPC: autorização do réu, após recebida a ação, para a extinção do feito (desistência da ação, por parte do autor). Também são características: o direito de defesa, como o direito de ação, é público (oponível contra o Estado), autônomo (desvinculado de direito material) e abstrato (desvinculado da razão do autor no caso concreto). O Estado se obriga à prestação jurisdicional em face do autor (com o despacho de recebimento em caso de vara única ou com a distribuição da ação quanto forem mais varas – no direito processual brasileiro atual) e do réu (com a citação deste – no direito processual brasileiro atual).

A exemplo do autor, o réu também é credor da tutela jurisdicional do Estado. O que não se verificava nas correntes anteriores. A isonomia das partes se estabelece.

### **6.6 Diferenças das Teorias Concretistas e Abstratas**

Na Teoria Concretista, o papel do juiz se limitava a examinar os requisitos formais do processo – os chamados pressupostos processuais do processo. Presentes estes, o juiz passava ao exame dos requisitos materiais ou condições da ação. Presentes todos, logo,

o autor tinha razão na sua postulação. Portanto, o papel do juiz se limitava à verificação dos pressupostos formais e materiais.

Por outro lado, o papel do juiz abstracionista possui uma fase a mais. Segundo a Teoria Abstracionista da ação, o juiz primeiramente examina os requisitos formais, chamados pressupostos processuais. Presentes estes, o juiz passa ao exame dos requisitos materiais, ou condições da ação. Presentes todos os requisitos, o juiz passa ao exame do mérito da causa – a própria lide. O papel do juiz aqui é mais amplo, pois ele passa a examinar o próprio mérito – decorrente da pretensão deduzida pelo ator e a resistência apresentada pelo réu.

## **7 CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES**

### **7.1 Classificação Romana das Ações**

Eram classificadas em:

- ação real – aquela que tinha por objeto um direito real – exemplo: propriedade;
- ação pessoal – aquela que tinha por objeto um vínculo de natureza obrigacional. Exemplo: perdas e danos e indenizatória;
- ação reipersecutória – aquela que tinha por objeto a busca de um bem em tese perdido. Exemplo: ação reivindicatória;
- ação penal – aquela que tinha por objeto a aplicação de uma sanção de índole penal ao Réu;
- ação mista – aquela que mesclava alguma dessas ações. Exemplo: ação reivindicatória cumulada com perdas e danos e indenização.

### **7.2 Classificação Praxista das Ações**

- Ação ordinária – destinada às ações comuns em geral;
- ação sumária – eram aquelas que tinham um procedimento mais célere que as ordinárias;
- ação sumariíssima – deveria ter o procedimento mais célere de todos.

### **7.3 Classificação Moderna das Ações**

Adolph Wach dizia que as classificações Romana e Praxista das ações não classificam as ações, pois aquela classifica o Direito Material, enquanto esta classifica o procedimento. Apresenta então:

**7.3.1 Tutela jurisdicional:** autor pede, dá ensejo à ação. Porque a ação é a porta de entrada para que o autor peça ao Estado-Juiz a tutela jurisdicional objeto da ação.

- Ação: conhecimento (declaratória, condenatória e constitutiva);
- execução;
- cautelar.

Cabe aqui a observação de que, pela obra de Pontes de Miranda, insere-se a ação Mandamental – o que a parte quer é a expedição de uma ordem dirigida a autoridade pública. Exemplos: *Habeas Corpus* e Mandado de Segurança.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com essas breves exposições, consideram-se não encerradas, mas apenas iniciadas as reflexões a respeito da temática, cara aos processualistas e à Academia jurídica em geral.

## REFERÊNCIAS

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. O direito nas sociedades primitivas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito e sociedades no oriente antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Data do Recebimento: maio/2013. Data da Aceitação: setembro/2013



# **Educação para o Desenvolvimento: a Teoria do Capital Humano no Brasil nas décadas de 1950 e 1960**

MARIA HELENA DE SOUZA IDE<sup>1</sup>  
CÉSAR ROTTA JÚNIOR<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutora em Educação pela Georg August Universität Göttingen. Professora do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social – PPGDS, Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento Social pelo PPGDS, Universidade Estadual de Montes Claros UNIMONTES.

## 1 INTRODUÇÃO

A educação veio sendo afirmada no Brasil, desde o fim do século XIX e início do século XX, como fator fundamental para o desenvolvimento da nação pelo viés da ascensão social e melhoria de qualidade de vida tanto individual quanto social. Importante se faz, portanto, refletir e explicitar sobre que pressupostos parece se sustentar, até os dias de hoje, tal afirmação.

Educação e desenvolvimento são termos demasiadamente próprios dos tempos histórico-culturais em que são construídos, motivo pelo qual apresentam uma considerável diversidade conceitual que se julga importante elucidar. Faz-se necessário esclarecer, desde já, que são termos historicamente recentes, próprios do século XX, embora tenham raízes mais remotas. Assim, termos como *instrução pública* e *crescimento econômico* parecem ser conceitos outrora utilizados para designar aquilo que atualmente passou a se denominar educação e desenvolvimento, respectivamente.

O presente trabalho discorrerá, em especial, sobre as décadas de 1950 e 1960, em que a chamada *Economia da Educação*<sup>2</sup> se solidifica, influenciada pela *Teoria do Capital Humano*<sup>3</sup>, o que impactou de forma estrutural as reformas no sistema de ensino brasilei-

---

<sup>2</sup> De acordo com Blaug (1975), este seria um ramo da economia cujo objetivo maior seria descrever e explicar, embora faça uma ressalva à possibilidade de prescrever e recomendar, as perspectivas de crescimento econômico de um país ou região pela via do investimento em educação.

<sup>3</sup> A Teoria do Capital Humano será, adiante neste capítulo, melhor explicitada e discutida, e por esse motivo optou-se por não tentar defini-la ainda, haja vista o risco de simplificação em que se incorreria. Por enquanto, pode-se adiantar que o termo aparece, pela primeira vez de forma suficientemente sistematizada, em artigo publicado por Theodore W. Schultz, economista norte-americano, em 1960, em suplemento da revista científica americana *Journal of Political Economic* (SAUL, 2004).

ro no período, sempre no sentido de adequá-lo às demandas do desenvolvimento econômico capitalista.

O ponto de partida teórico é caracteristicamente crítico ao contexto esboçado no qual a relação entre educação e desenvolvimento foi e é por vezes tida, ideologicamente, como fato natural, fato que acaba por revelar sua sustentação sobre bases político-liberais. As raízes dessa relação, tão difundida e tão pouco problematizada até este início de século XXI, remontam aos ideais liberais, como o individualismo, a liberdade, a propriedade, a igualdade e a democracia<sup>4</sup>.

Aproximando-se do referido período histórico, as décadas de 1950 e 1960, a díade educação-desenvolvimento guardava íntima relação, no mais das vezes, à noção de *desenvolvimento econômico*, conforme já denunciado por Romanelli (1983, p. 26):

Quando se trata de estudar o problema das relações entre o desenvolvimento e a educação, o mais comum é a limitação do conceito de desenvolvimento a seu exclusivo aspecto econômico. Na verdade, os indicadores que mais facilmente se evidenciam nessa relação são os que se referem à Economia. Costuma-se tratar o problema das necessidades do desenvolvimento maximizando as necessidades criadas pela expansão econômica. É por isso que, quando se fala em necessidades educacionais do desenvolvimento, geralmente se pensa em necessidades de qualificação de recursos humanos.

Quando a díade educação-desenvolvimento passa a ser entendida de forma mais ampla, e não apenas enquanto a primeira sendo pré-requisito ao segundo – uma educação mais ampla – direciona-se a um desenvolvimento de cunho social, e não tão somente econômico. Cabe apontar que se trata aqui de uma diferenciação que passa pela educação enquanto simples preparação para o mercado de trabalho ou qualificação de recursos humanos, e por uma educação de caráter mais abrangente, crítica, que tem como pressuposto a formação com vistas ao exercício da plena cidadania. Uma educação que se direciona apenas às exigências de um projeto de desenvolvimento econômico é uma educação incompleta, distorcida, apta a formar trabalhadores alienados, não-cidadãos.

---

<sup>4</sup> Neste ponto, refere-se à compreensão que Cunha (1985, p. 28) possui do liberalismo. Um “sistema de crenças e convicções, isto é, uma ideologia. Todo sistema de convicções tem como base um conjunto de princípios ou verdades, aceitas sem discussão, que formam o corpo de sua doutrina ou o corpo de idéias nas quais ele se fundamenta”.

## 2 RETOMADA HISTÓRICA

Para Cunha (1985), a expansão do sistema de ensino brasileiro parece ter ocorrido em um movimento que reivindicava de um lado o rompimento com os privilégios outrora percebidos por um grupo social até então dominante, privilégios estes hereditários; e de outro, a construção de uma sociedade aberta, que pressupunha o direito às capacidades e liberdades individuais. Neste sentido, a educação escolar pública de qualidade enquanto direito de todos passa a ocupar um lugar de destaque na sociedade moderna.

Segundo Romanelli (1983), o sistema de ensino brasileiro se expandiu de forma mais vertiginosa a partir da década de 1930, de modo a responder ao intenso crescimento demográfico do período e à intensificação do processo de industrialização. Porém, a autora sustenta que tal expansão, embora tenha efetivamente ocorrido, foi, além de insuficiente em termos quantitativos, estruturalmente deficiente. Isso porque haveria um descompasso entre o sistema educacional e o sistema econômico. Ou, nas palavras da autora:

Em educação, esse nível de percepção, quando chega a distinguir a defasagem entre aquilo que a escola oferece e aquilo de que carece o desenvolvimento, tende a provocar mudanças que procuram tão-somente escolher modelos de estrutura educacional mais avançados, sem se preocupar com a análise crítica da situação que provocou e alimentou a defasagem. Empenha-se, então, em modernizar a estrutura do ensino, equipá-la para tarefas mais dinâmicas e dotá-la de mais eficiência na produção do contingente humano de que carece o modelo econômico (ROMANELLI, 1983, p. 25).

O trecho transcrito aponta uma questão deveras importante: o movimento do sistema de ensino brasileiro parece ter seguido uma direção de cunho meramente adaptativo, de adequação àquilo de que carecia o desenvolvimento econômico do país. Fato esse que aparece no cenário nacional com mais força justamente nas décadas de 1950 e 1960, no bojo do nacional-desenvolvimentismo brasileiro, momento histórico que será mais bem discutido à frente.

Assim, a ampliação do acesso à educação em massa da população se apresenta como uma estratégia do Estado, que necessita, em virtude da ampliação e diversificação da produção industrial, de mão de obra qualificada, apta a exercer funções que viessem a aumentar, cada vez mais, como é próprio do modo de produção capitalista, tanto a produção e o excedente como a inovação técnica que permitiria o avanço a formas cada vez mais eficientes de acumulação de capital.



Tal panorama remete a um contexto técnico-científico que se encontrava em constante evolução, cujo propósito seria possibilitar novas maneiras de se produzir mais a um custo menor. Desta forma, cabe à ciência e a técnica ocupar um lugar de protagonistas neste processo, sendo que para isto precisam obter uma legitimação enquanto capazes de operar tal evolução contínua. Assim, para Mendonça et al (2006, p. 98):

[...] a superação da situação de dependência econômica e a busca de emancipação social orientaram um conjunto de ações no âmbito do debate intelectual e da formulação de projetos de reorientação das políticas de Estado, que visavam a articulação entre industrialização, desenvolvimento científico e renovação educacional.

Por outro lado, conforme a educação passa a ocupar um lugar ímpar no imaginário social quanto à possibilidade de inclusão e ascensão social que ela daria àquele que a ela tivesse acesso, passa-se aos poucos à situação de tratar enquanto natural a necessidade de uma cada vez maior escolarização, o que contribui para a perda de visão do caráter histórico-cultural do processo. Souza (2007, p. 7) descreve de forma precisa o lugar que a educação escolar assumiu na sociedade moderna:

Tornou-se senso comum apontar a educação como fator de reconstrução social. Por extensão, universalizou-se também a associação de educação à escola, à modernidade, à cidadania e ao desenvolvimento social. Palavra mágica no discurso cotidiano, a educação passou a ser vista como elemento-chave no combate a todos os males do corpo e da alma, os transtornos da ausência de sentido para a vida, as aflições de um cotidiano atormentado por exclusão social, preconceito, violência, desemprego, crise de valores, ausência de limites, etc.

Cunha (1985) afirma que é a partir da ascensão da burguesia ao poder que amplia a noção de educação enquanto fator de reconstrução individual se amplia em direção à noção de educação para a reconstrução social. Tal fato parece guardar íntima ligação com a construção desse lugar de destaque que aos poucos a escolarização passou a ocupar na sociedade moderna. No caso do Brasil, é a partir da República que as políticas públicas de educação passam a surgir na forma mais estruturada, no sentido de estendê-la à população como um todo, já que até o fim do Império esta se organiza de forma absolutamente elitista (FREITAG, 1986).

Duas são as funções, no Brasil, segundo Cunha (1985), do fenômeno que o autor chama de “liberação da educação” entendida esta como a ampliação do sistema de ensino às camadas populares: as funções econômicas e as funções político-ideológicas. A primeira diz respeito às relações entre escolaridade e emprego, entre educação e mercado de trabalho. Cunha (*op. cit.*) discute e aponta a fragilidade do modelo de planejamento

educacional baseado no *manpower approach*, na ideia de investimento em capital humano, argumentando que este pressupõe uma relação direta e necessária entre capacitação do trabalhador e desenvolvimento econômico pela via do mercado de trabalho.

A segunda diz respeito a todo o discurso do Estado em prol do fortalecimento da díade educação-desenvolvimento, de cunho marcadamente nacionalista. Continuando com sua análise, o autor afirma que a ideia aqui não se restringe apenas ao incremento da produção, mas também que a educação escolar viria a produzir novos hábitos de consumo na população, por meio da construção de uma imagem de *necessária* industrialização e urbanização do país.

Assim, a ascensão da educação escolar ao lugar de via de acesso ao desenvolvimento sofreu forte influência da Teoria do Capital Humano, nos anos de 1950 e 1960, conforme anteriormente assinalado. Este foi um momento histórico peculiar do ponto de vista das discussões acerca do desenvolvimento que se pretendia para o país, em que surgem reformas educacionais importantes, com o intuito, no mais das vezes, de aproximar-se ao um modelo de desenvolvimento ainda tomado mais pelo seu viés econômico.

### **3 O CONTEXTO HISTÓRICO DAS DÉCADAS DE 1950 E 1960**

As décadas de 1950 e 1960 são um período privilegiado no que se refere à relação educação-desenvolvimento, período em que o Brasil passava por séria crise econômica, social e política (CUNHA, 1999). Momento histórico conturbado, em que os ideais de progresso e modernização ganhavam novo fôlego, e os discursos da época advogavam – além de questões ligadas à industrialização, bem como a infraestrutura que esta viria a exigir, como transporte, energia, mão de obra e outros – questões ligadas à educação, com foco especial à expansão e democratização no acesso ao sistema público de ensino.

É nestas décadas que surge com grande força estudos sobre a Teoria do Capital Humano e se fortalece a economia da educação, cuja tese central é, segundo Freitag (1986), a de que há uma taxa de retorno individual e social àquilo que se investe em formação do trabalhador, tratada esta última, neste contexto, enquanto sinônimo de educação. Para a mesma autora, tal tese “mascara a exploração e alienação da força de trabalho.” (p. 32), o que elucida o processo de transformação das relações de trabalho do período. Para a autora, a posição da Sociologia da Educação em se abster, até esse momento histórico, da discussão acerca das relações entre educação e sistema econômico abriu espaço à construção de disciplinas como *Economia da Educação* e *Planejamento Educacional*, com pressupostos advindos da Economia. A título de ilustração, Freitag (1986, p. 27)

afirma que autores como Schultz (1971), Becker (1964) e Solow (1963), entre outros, partiam da tese que advoga que há uma

[...] alta correlação entre crescimento econômico e nível educacional dos membros de uma sociedade dada. Partindo de uma abordagem econômica, não encontravam eles uma explicação satisfatória do crescimento econômico do mundo ocidental dos últimos decênios que seguem a II Guerra Mundial. Os fatores *input* da função crescimento – capital e trabalho – não bastaram para justificar o *output* (taxa de crescimento) registrado. [...] Becker e Schultz procuravam desvendar o mistério, atribuindo à educação a causa do crescimento excedente. Aceita como válida essa hipótese, os investimentos econômicos ‘rentáveis’ seriam aqueles que se concentrassem no aumento quantitativo e qualitativo da educação formal da população ativa. Desde então vem se falando em investimento em *recursos humanos*, formação de *capital humano*, formação de *manpower*. [Grifos originais].

Sobre o contexto brasileiro do referido período, Chaves (2006, p. 706), informa que:

Nos anos 1950, o Brasil estava mergulhado em um grande debate nacional em torno da necessidade de sua modernização econômica, política, social e cultural. Estado e sociedade organizada procuravam alternativas que permitissem à nação romper com seu passado colonial, marcado pela exploração e pela estagnação econômica, e afirmar sua autonomia pela aceleração do processo de industrialização.

É importante lembrar que o período aqui tratado foi, na América Latina, fortemente influenciado pelos ideais da Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL). A CEPAL, órgão vinculado à ONU, instituída a partir do fim da década de 1940, deu importante contribuição à discussão sobre o conceito de desenvolvimento na América Latina. Seus integrantes buscavam discutir e difundir, principalmente nas décadas de 1950 e 1960, um corpo de conhecimento a respeito dos processos que serviriam como incentivo ou como barreira ao desenvolvimento (COLISTETE, 2001).

A Teoria do Capital Humano acabou por desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento de uma ideologia meritocrata no contexto da educação e do mundo do trabalho. A ideia de que o trabalhador é responsável pela sua própria e contínua capacitação para a melhoria da produtividade se sustenta em pressupostos meritocratas e de intenso estímulo à competitividade. Inicia-se um movimento de afirmar e firmar a necessidade de que as pessoas deveriam se adaptar aos novos tempos, às novas relações de trabalho e de relações sociais como um todo.

Assim, a ideologia nacional-desenvolvimentista parece ter sofrido forte influência da Teoria do Capital Humano, ou a primeira se tornou terreno fértil ao crescimento e expansão

da segunda, no sentido em que o Estado promoveu importantes reformas educacionais nesse período, como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação de 1961 (Lei n.º 4.024, de 20-12-1961), Constituição Federal de 1967, a reforma do ensino superior de 1968 e a reforma do ensino de 1.º e 2.º graus, de 1971, por exemplo (FREITAG, 1986).

O papel das reformas seria, portanto, responder a uma defasagem entre aquilo que a industrialização nascente no país necessitava no momento e o tipo de escola que ainda se mantinha ativa. Em outras palavras, uma escola ainda arcaica se mantinha enquanto aquilo de que carecia o crescimento (econômico) do país não era contemplado, tendo essa crise atingido seu ápice na década de 1960 (ROMANELLI, 1983). Assim, as grandes reformas no sistema de ensino brasileiro nessa década se deram em direção a uma maior adequação deste àquilo de que necessitava o país para se desenvolver. Ou, nas palavras da autora,

As reformas efetuadas durante esse período visaram, teoricamente, a uma adequação maior do sistema educativo ao modelo de desenvolvimento adotado. Nesse sentido, ganhou importância a necessidade de afastar do sistema tudo quanto tivesse relação com a velha concepção de educação própria da mentalidade pré-capitalista, e os termos 'eficácia' e 'produtividade' adquiriram um conteúdo ideológico (ROMANELLI, 1983, p. 15).

Refletindo de forma mais detida sobre tais reformas, encontra-se a noção de que giraram em torno da passagem de um currículo humanista a um de cunho técnico-científico. Cabe esclarecer que embora tal movimento já se configurasse e se processasse desde o início do século XX, sob forte influência, neste ínterim, do movimento escola-novista, a conjuntura histórica do início da década de 1960 abriu espaço para que a mudança, de fato, ocorresse. E parece haver uma forte ligação com o modelo de desenvolvimento que passa a ser adotado no Brasil nesse período.

Souza (2008), ao analisar os movimentos dos modelos curriculares da educação brasileira, elucida que essa passagem se deu de forma lenta e progressiva, em virtude da luta interna travada entre educadores e intelectuais partidários e não-partidários de tais reformas. Também fica claro que a maioria dos educadores envolvidos no debate ocorrido ainda na década de 1920, sob a regência de Fernando de Azevedo, era a favor de uma remodelagem, principalmente da escola secundária, direcionada às necessidades da moderna sociedade brasileira, sob impulso principal do processo de industrialização e urbanização do país.

A respeito da citada luta interna, nota-se que grande era a polêmica quanto aos reais objetivos das reformas. Para alguns educadores, entre eles Lourenço Filho, tratava-se de

uma mudança não só benéfica, mas necessária ao desenvolvimento do país, haja vista a situação deplorável em que se encontrava o sistema de ensino brasileiro e o seu atraso econômico e social. Para outros, no entanto, a questão não se restringia, ou não deveria se restringir, somente a atender às exigências do desenvolvimento, pois tratava também da possibilidade de emancipação das camadas populares da sociedade (SOUZA, 2008).

Um ponto-chave das reformas educacionais desse período foi a intervenção de organismos internacionais, principalmente por meio do que ficou historicamente conhecido por “acordos MEC-USAID”. Segundo Romanelli (1983), tais acordos de cooperação internacional foram implantados e exercitados entre os anos de 1964 e 1968, embora alguns tenham vigorado até 1971. De forma ampla, influenciaram, principalmente, as reformas no ensino superior, todas com vistas à modernização do sistema de ensino.

#### **4 A TEORIA DO CAPITAL HUMANO**

Pretende-se aqui descrever, ainda que de forma sucinta, dada sua complexidade e o limite deste artigo, a Teoria do Capital Humano, com foco especial para pressupostos teóricos que lhe sustentavam e naquilo em que estes se relacionam com o contexto histórico descrito acima, principalmente no concernente à sua vinculação com o modelo de desenvolvimento descrito.

Theodore Schultz, economista norte-americano, é nome de referência na explanação que aqui se delineará, haja vista seu pioneirismo no campo da Economia da Educação. Em obra fundante dos principais termos da Teoria do Capital Humano, Schultz (1967) argumenta, ainda em seu prefácio, em favor da necessidade premente da época em esclarecer o chamado “terceiro fator”. Assim, o que, além do capital e da força de trabalho, influiria no processo de crescimento econômico de um país ou região. Para ele, a educação estaria ligada a este terceiro fator, já que o investimento no trabalhador promoveria uma elevação da sua “produtividade econômica” (p. 12). Ainda na introdução do seu texto, afirma que

Este ensaio se fundamenta na proposição segundo a qual as pessoas valorizam as suas capacidades, quer como produtores, quer como consumidores, pelo autoinvestimento, e de que a instrução é o maior investimento no capital humano. [...] O valor econômico da educação depende, predominantemente, da procura e da oferta da instrução, considerada como investimento (SCHULTZ, 1967, p. 13).

O autor se pauta na comparação explícita entre a escola e a indústria enquanto linha de raciocínio para a explanação acerca do necessário investimento em educação e no retor-

no, individual e, por isso, também social, que tal investimento proveria, quando afirma que as “escolas podem ser consideradas empresas especializadas em ‘produzir’ instrução.” (SCHULTZ, 1967, p. 19). Continuando, Schultz procura dimensionar de forma mais clara sua proposição ao colocar que

É verdade que a instituição educacional não possui algumas das características econômicas de uma indústria convencional. Com algumas exceções sem importância, as escolas não são organizadas e administradas para obtenção de lucro. [...] Os estudantes, ou as famílias que os mantêm, via de regra, não pagam todos os gastos acarretados pela instrução. Segundo a concepção de que a instrução eleva as futuras rendas do estudante, tal instrução possui os atributos de um investimento (1967, p. 19-20).

No trecho acima, o autor deixa claros os pressupostos econômicos da teoria, quais sejam, de que o investimento que o trabalhador realiza em si mesmo se transforma, necessariamente, em capital humano, já que o torna mais capacitado e qualificado para o exercício de seu trabalho e para a melhoria da sua renda. Além disso, também transparece que tal fato se amplia ao todo da sociedade, o que leva a notar uma ligação de manutenção e/ou ampliação/aprofundamento das relações sociais baseadas no sistema capitalista de produção.

Uma digressão necessita ser feita. Para Frigotto (2006), o termo “capital humano” não teve sua origem em Schultz, sendo que já veio sendo utilizado até antes da década de 1950, inclusive no Brasil. Afirma que a sistematização da teoria foi de responsabilidade, em grande medida, deste último, principalmente na obra a que aqui se faz referência (SHULTZ, 1967).

Outro autor que contribuiu de forma fundamental à edificação da teoria foi Gary Becker que, em 1964, publicou obra intitulada “Human Capital”, na qual amplia a discussão sobre a Teoria do Capital Humano para outras esferas, como àquilo que chamou de economia da família (SAUL, 2004). Para Santos (2004), os estudos de Gary Becker tiveram primazia no desencadeamento da construção teórica a respeito do capital humano, o que teria sido, para a autora, apenas retomada por Schultz.

Para Castro (1976), um autor de referência na discussão sobre capital humano no Brasil, a compreensão de educação enquanto capital humano é não só relevante como “analiticamente muito conveniente porque permite a utilização, em educação, de todo o instrumental de análise desenvolvido na teoria do capital.” (p. 2).

Segue afirmando que o investimento realizado em capital humano não deve ser entendido como causa de desenvolvimento econômico, mas como acréscimo que o potencializa.

Assim sendo, corrobora com a argumentação clássica de entendimento do capital humano enquanto “terceiro fator” no processo de desenvolvimento da economia capitalista. Realiza, no texto, uma análise microeconômica por meio de cálculos econométricos, com o objetivo último de chegar a índices de retorno daquilo que fora investido em educação. Disto conclui que, no período por ele estudado, cabe dizer que se trata do mesmo período aqui posto sob análise, (1) em geral as taxas de retorno em educação, em capital humano, são significativamente maiores que as taxas de retorno de investimentos realizados em capital físico e (2) o retorno é mais expressivo na educação de nível técnico, seguida pela educação elementar e, por último, o ensino superior.

A estas conclusões cabem algumas reflexões, pautadas no contexto histórico do período. Este era um momento em que ocorria, por forte influência do nacional-desenvolvimentismo brasileiro, intenso estímulo à indústria. E era uma indústria que absorvia, principalmente, mão de obra de nível técnico, o que poderia, em parte ao menos, explicar por que o retorno do que fora empregado na formação técnica era maior, pois correspondia exatamente àquilo de que a indústria nascente mais necessitava, àquilo de que carecia o desenvolvimento econômico do país.

Outro ponto importante nesta análise remete, como afirma Freitag (1986), ao lugar ocupado pelo ensino secundário no contexto da época, que teria sido, então, estimulado e criado com o intuito de possibilitar alguma ascensão social aos filhos das classes pobres. Como estes cursos eram noturnos, em sua maioria, possibilitavam aos alunos pobres trabalhar durante o dia e frequentar a escola à noite. Assim, a autora afirma, de forma inequívoca, que não se tratava de uma livre opção, tal e qual pregavam os ideais liberais, mas uma possibilidade dentro de um contexto restritivo e determinado pela condição de classe.

A título de exemplo, Castro (1976), descreve da seguinte forma o que chama de “estimação da rentabilidade”:

A estimação da rentabilidade, ou retorno da educação, envolve comparações de custos e benefícios localizados em pontos diferentes no tempo, o que nos leva a: I) construir, geralmente pelos métodos dos mínimos quadrados, perfis idade-renda, onde para cada idade podemos estimar a renda de máxima verossimilhança; II) usar para o cálculo da rentabilidade a “taxa de rendimentos internos”, que é a taxa de desconto que iguala a série dos custos à série dos benefícios para um certo nível de educação. Com estas hipóteses, podemos calcular a rentabilidade de qualquer tipo de educação (CASTRO, 1976, p. 21).

Em texto posterior, Schultz (1987), depois de realizar algumas reflexões acerca daquilo que denomina “qualidade da população”, e sobre a forma importante com que vinha crescendo, principalmente nos países de baixa renda, acaba por afirmar que mesmo assim “a maioria das pessoas do mundo inteiro continua percebendo uma remuneração ínfima por seu trabalho.” (p. 31). E aponta como motivos subjacentes a tal situação a falta, ainda premente, da expansão da tecnologia enquanto instrumento de subjugação da natureza pelo conhecimento e habilidades humanas. Assim, o contrassenso é tomando pelo autor enquanto justificativa da *ainda* existente desigualdade social e econômica nestes países, faltando-lhes investir, ainda mais, em sua população, a fim de efetivamente promover aquilo que a elevação da “qualidade da população” *necessariamente* desencadeia: a equalização social.

Dentre as reflexões que realiza, destaca-se aquela em que figuram alguns termos que começavam a refletir e resumir, no início da década de 1980, o caráter liberal da teoria do capital humano nas ações do Estado na regulação da economia e do sistema de ensino. Elas foram postas em destaque.

O valor do capital humano adicional depende do *bem-estar* adicional que os seres humanos extraem dele. O capital humano contribui para a *produtividade do trabalho* e para a *capacidade empreendedora* valiosa tanto na produção agrícola quanto na produção não agrícola, na produção doméstica, no tempo e em outros recursos que os estudiosos destinam a sua instrução, e na migração para melhores oportunidades de emprego em que viver (SCHULTZ, 1987, p. 25). [Grifos nossos].

Isto posto, começa-se a se delinear a utilização que o modelo de desenvolvimento fez da Teoria do Capital Humano na qualidade de sustentáculo das ações do Estado e do mercado. O modelo adotado pelo Estado no período aqui tratado se pautou, em grande medida, no discurso que o conceito de capital humano tornou possível: a saída para o atraso brasileiro seria o investimento pesado na indústria, e que esta, por sua vez, necessitaria de mão de obra qualificada. A educação aparece, então, enquanto fator de desenvolvimento e, para além disso, capaz de operar uma justa distribuição de renda entre a população. Cabe acrescentar que se tratava de um momento histórico em que o Estado de Bem-Estar Social vigorava na Europa, o que remetia ao Estado, inclusive o brasileiro, a regular e se responsabilizar pelo crescimento econômico e pela expansão do sistema de ensino (SANTOS, 2004).

Neste ponto, vários foram os autores que, de uma forma mais ou menos direta teceram comentários críticos aos pressupostos básicos da teoria em questão, no mais das vezes utilizando um viés clássico de análise, no sentido de que esta se estruturava em favor de



interesses de classe, mais especificamente da classe dominante em detrimento da classe dominada. Apesar disso, peculiaridades podem ser encontradas, às quais será feita referência agora.

Uma das grandes críticas adveio da Sociologia do Trabalho que também se ocupou, de alguma forma, da problemática. Um de seus mais expressivos expoentes, Braverman (1987-[1974]), teceu comentários acerca da relação instrução-trabalho. Embora não o tenha feito de forma sistemática e direta, denomina “qualificação média” o processo pelo qual o trabalhador, ao mesmo tempo em que adquire maior quantidade e qualidade de capacidade produtiva, menos sabe, efetivamente, do processo de produção de que faz parte. Ou, em suas palavras:

Quanto mais a ciência é incorporada no processo de trabalho, tanto menos o trabalhador compreende o processo; quanto mais um complicado produto intelectual se torne a máquina, tanto menos controle e compreensão da máquina tem o trabalhador. Em outras palavras, *quanto mais o trabalhador precisa saber a fim de continuar sendo um ser humano no trabalho, menos ele ou ela conhece*. Este é o abismo que a noção de ‘qualificação média’ oculta (BRAVERMAN, 1987, p. 360). [Grifos nossos].

Mesmo na economia, críticas foram feitas à ideia de que uma vez desenvolvido economicamente um país, automaticamente bem distribuídas serão suas riquezas, entendendo aqui tal noção como um dos pilares da teoria do capital humano. A principal, sem dúvida, foi a de Furtado (1981). Nesta obra, o autor constrói uma proposta de modelo do subdesenvolvimento brasileiro, e busca compreender as razões para o aumento do abismo de desigualdade que se instala no país. O eixo da argumentação do autor é a constatação de que crescimento econômico e desenvolvimento não são a mesma coisa, e mesmo que não há uma relação causal e linear entre eles.

Na primeira parte da obra, o autor explicita de forma clara e declarada o “mito do desenvolvimento econômico” enquanto orientador da apreensão e compreensão da realidade social:

A literatura sobre desenvolvimento econômico do último quarto de século nos dá um exemplo meridiano desse papel diretor dos mitos nas ciências sociais: pelo menos noventa por cento do que aí encontramos se funda na idéia, que se dá por evidente, segundo a qual o *desenvolvimento econômico*, tal como vem sendo praticado pelos países que lideraram a revolução industrial, pode ser universalizado (FURTADO, 1981, p. 160). (Grifos originais).

Ao colocar, na segunda parte do livro, que o Brasil veio crescendo, economicamente falando, principalmente nos últimos anos da década de 1960, a taxas significativas, e que,

apesar disso, os níveis de desigualdade de renda aumentaram, o autor reitera sua posição de desconstrução do mito do desenvolvimento econômico. É, nesta direção, muito mais crítico, inclusive, ao próprio sistema de produção capitalista, que busca continuamente o progresso técnico que é, em suas palavras “[...] o conjunto das transformações sociais que tornam possível a persistência do processo de acumulação, por conseguinte a reprodução da sociedade capitalista.” (FURTADO, 1981, p. 7).

Tais sentidos demonstram de forma ímpar que a relação que a educação e o desenvolvimento vieram assumindo neste processo histórico é caracteristicamente de cunho liberal e economicista, sendo a primeira sempre encarada como um importante fator a ser constantemente transformado e adequado às necessidades do prolongamento do processo de acumulação capitalista.

Tal fato corrobora muito com a posição que Cunha (1985) defende, ao afirmar que

o planejamento do sistema de ensino, orientado pelo Estado, fará com que a educação escolar produza aquilo que espontaneamente (por si só) não poderá fazer: a equalização de oportunidades educacionais, logo sociais, até o limite das potencialidades de cada indivíduo (CUNHA, p. 54-55).

A visão liberal do sistema de ensino é, ao mesmo tempo, definida e criticada por Cunha (1985, p. 52), conforme passagem abaixo:

A imagem da escola é a de um mecanismo pelo qual os talentos inatos são transformados em habilitações cambiáveis, por sua vez, em renda, sob a forma de salário ou lucro. A sociedade aberta é aquela que permite aos indivíduos de cada qualidade/quantidade de talento atingirem o seu degrau. A sociedade brasileira, no seu estado atual, entretanto, não é ainda completamente aberta, pois há fatores que impedem a entrada (ou exigem a saída prematura) de muitos indivíduos da escola/escada antes de atingirem o “seu” degrau.

Castro (1976), por sua vez, sustenta-se em uma visão liberal de escola e de aluno para defender que o aumento de renda das pessoas estaria intimamente associado às suas condições de “educabilidade”. Algumas condições que tornariam as pessoas educáveis ou não, como condições nutricionais, familiares, biológicas e psicológicas, principalmente intelectuais, estariam por trás da efetiva escalada social. Porém, o autor, ao mesmo tempo em que indica tais influências, as trata de forma naturalista, nada histórica, em que cada indivíduo deveria, a seu esforço pessoal, sobrepor-se às dificuldades, deixando então transparecer um ideal neoclássico importante, o da *meritocracia*. E aos que não lograssem êxito, que viessem a ocupar cargos mais baixos, com salários mais baixos.

Outra importante crítica advém da Sociologia da Educação e foi realizada por Freitag (1986), uma obra clássica na qual a autora constrói uma crítica contundente ao discurso que afirma ser a educação o instrumento de ascensão individual e social pela via do acesso ao mundo do trabalho, e coloca a teoria do capital humano como grande espelho dessa afirmação. No trecho abaixo tal ideia fica clara:

A força do trabalho não é qualificada, no interesse do trabalhador, para que melhore sua vida, se independentize e se emancipe das relações de trabalho vigentes, mas sim, para aprimorar e tornar mais eficazes essas relações, ou seja, a dependência do trabalhador em relação ao capitalista. [...] A economia da educação, baseada nos princípios da economia neoclássica, nada mais faz explicar 'o crescimento econômico' por manipulações feitas com o auxílio da intervenção estatal na composição orgânica do capital (FREITAG, 1986, p. 28-29).

A autora prossegue construindo uma importante crítica ao economicismo próprio à teoria do capital humano, que se pauta sempre na perspectiva da relação custo-benefício dos investimentos do Estado no sistema de ensino. Afirma que a defesa dos ideais de que todos se beneficiam com o investimento realizado é, a seu ver, ideológica, já que suplanta as suas reais consequências. A autora não nega que haja crescimento econômico. No entanto, discorda quanto ao benefício de cada um e de todos, pois segundo sua análise, parece haver uma grande distância entre eles. A própria história demonstra que o contexto econômico pós-desenvolvimentismo se configurou um aumento, por vezes vertiginoso, das desigualdades sociais brasileiras.

Frigotto (2006) teceu uma das mais contundentes críticas à Teoria do Capital Humano. Pautado em uma matriz analítica marxista clássica, vê na referida teoria uma proposta burguesa tanto de educação quanto de desenvolvimento. Seu argumento perpassa pela noção de que o discurso que percebe a educação como via de desenvolvimento, na feição de crescimento econômico, é próprio de uma visão liberalista clássica, de um mercado autorregulado e regulador das relações sociais. Em suas palavras:

A concepção do capital humano, como vimos, postula que a educação e o treinamento potenciam trabalho e, enquanto tal, constitui-se num investimento social ou individual igual ou superior ao capital físico. Um acréscimo marginal de treinamento, de educação, corresponderia a um acréscimo marginal na produtividade do indivíduo. Do investimento em educação redundariam taxas de retorno individuais ou sociais. Há, nessa concepção, um vínculo direto entre educação e produção. O que se discute é apenas se esse vínculo se dá mais ao nível do aprendizado de habilidades, do desenvolvimento de 'atitudes' funcionais ao processo produtivo. A partir dessa concepção linear deriva-se, [...] a ideologia burguesa do papel econômico da educação. *A educação e a qualificação aparecem como panacéia para*

*superar as desigualdades entre nações, regiões e indivíduos.* O problema da desigualdade tende a reduzir-se a um problema de não-qualificação (FRIGOTTO, 2006, p. 136). [Grifos nossos].

O principal argumento do autor é que, como sugere o título da obra<sup>5</sup>, a escola parece, para um observador desavisado, improdutiva, devido à dificuldade de acesso e permanência, aos altos índices de evasão. E a limitada qualidade do ensino é, justamente porque excludente, produtiva, pois fornece mão de obra às várias faixas de ocupação do mercado de trabalho, principalmente àquelas de nível baixo (FRIGOTTO, 2006). Aparenta, pelo que se vê, haver certa ligação entre a “semiquificação”, tal e qual Braverman (1987) a define, e a “produtividade da escola improdutiva”: tratar-se-ia de uma escola baseada, estruturada, mediada por relações sociais de cunho capitalista, por isso intrinsecamente excludentes, que visa formar não apenas trabalhadores qualificados, mas também, ou prioritariamente, trabalhadores de nível baixo ou médio.

A educação, então, principalmente no tocante às suas relações com a sociedade e o seu desenvolvimento, veio assumindo papéis diferentes em sociedades, culturas e contextos históricos diferentes. Em termos teóricos, duas importantes posições se fizeram presentes: uma relacionada ao otimismo pedagógico, que vê a educação escolar como fator de integração e coesão social, de cunho positivista, como em Durkheim, e outro que, ao acusar a primeira, pensa a educação em termos de tomada de consciência de certas condições estruturais desiguais que a educação escolar somente legitima, como em Marx. Muitas outras posições oscilantes entre tais extremos já foram construídas e defendidas, no entanto estas duas são referências a todas as outras.

Enguita (1989) vê essa oposição em termos da *sociologia funcionalista norte-americana*, que crê que a

estratificação social é a melhor forma pela qual a sociedade pode assegurar o bom desempenho das funções que são necessárias. [...] O mercado e a escola seriam os dois dispositivos essenciais de crivo e seleção dos indivíduos para distintas funções (p. 140).

E, do lado oposto, o estruturalismo marxista, principalmente althusseriano.

Já Souza (2007), argumenta que, como referido no início deste capítulo, a imagem da educação enquanto fator de reconstrução social tem suas raízes no período iluminista, mas que o positivismo exerceu influência deveras importante, citando Durkheim como

---

<sup>5</sup> O título da obra a que aqui se refere é “A Produtividade da Escola Improdutiva”.

um dos grandes responsáveis por esse entusiasmo pedagógico. Cabe ressaltar que, no Brasil, o movimento da Escola Nova foi o grande ícone desses ideais de reconstrução social pela educação.

Retornando o autor, oposta a esse lugar reconstrução estaria a acusação de reprodutora das desigualdades. Nesse lugar, Souza (2007) coloca Marx, que via a educação na qualidade de parte do aparato da superestrutura, em parte responsável pela reprodução da ideologia burguesa, que impediria a efetiva transformação da sociedade. A meio termo, se assim se pode chamar, o mesmo autor pontua a posição, representada no período foco deste estudo, pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, autor de referência quanto à denúncia de papel reprodutor da estrutura da sociedade desempenhada pelo sistema de ensino, embora de forma não apenas referente na distribuição dos bens materiais, mas também dos bens culturais e simbólicos (BOURDIEU; PASSERON, 2008).

A principal denúncia realizada pelos autores é a de que o desempenho de cada sujeito dentro do sistema de ensino estaria intimamente ligado às relações e práticas sociais que este estabeleceu durante a vida, e não simplesmente, como argumentam os teóricos do capital humano, em virtude de suas capacidades intelectuais inatas. E, para além disso, também demonstram que as crianças das camadas populares têm muito menos chance de obter êxito no processo de escolarização porque todo este se organiza em função de práticas sociais distintas à sua origem social. Isto porque o trabalho pedagógico, o currículo, as relações sociais da/na escola são pensadas de acordo com os hábitos e práticas das camadas privilegiadas (BOURDIEU; PASSERON, 2008).

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Dessa forma, as análises aqui delineadas têm em comum a noção de que a estrutura da sociedade baseada em relações capitalistas de produção exerce forte influência nas formas de organização dessa sociedade e do sistema de ensino, dos papéis que ele cumpre, efetivamente, na manutenção ou não da desigual distribuição dos bens materiais, culturais e simbólicos.

O modelo de educação pensado para o Brasil nas décadas de 1950 e 1960, tanto em sua estrutura quanto em seu currículo, tinha como objetivo promover aquilo que faltava a uma nação que se pretendia moderna, ou seja, o crescimento econômico via educação do trabalhador. Assim, a Teoria do Capital Humano com seus pressupostos baseados na defesa da inequívoca relação entre educação e desenvolvimento aparece como a solu-

ção mágica a resolver os graves problemas sociais e econômicos. Segundo Oliveira (2000, p. 223, citado por AGUIAR, 2008, p. 242):

Surgida no bojo da ideologia desenvolvimentista, a Teoria do Capital Humano contribuiu largamente para o discurso e a crença na eficácia da educação como instrumento de distribuição de renda e equalização social. Esta teoria apareceu assim como instrumento indispensável aos países subdesenvolvidos [regiões] para alcançar o desenvolvimento pretendido. A Teoria do Capital Humano partia da suposição de que o indivíduo na produção era uma combinação de trabalho físico e educação ou treinamento. Considerava o indivíduo produtor de suas próprias capacidades de produção, por isso denominava investimento humano o fluxo de despesas que o próprio indivíduo devia efetuar em educação para aumentar a sua produtividade.

Trazendo a discussão para a atualidade, pode-se afirmar que apesar da relativa perda de prestígio da Teoria do Capital Humano nas décadas que se seguiram, o processo de fortalecimento da díade educação-desenvolvimento encontra-se bastante presente através de um viés cada vez mais meritocrata e individualista que domina e estabelece a ligação entre o educação e empregabilidade. A reestruturação produtiva capitalista, desencadeada no fim da década 1980, desempenhou um papel reforçador demasiado importante nesse processo. No caso do Brasil, nota-se uma crescente retirada da responsabilidade do Estado da cena educacional, e uma correspondente ampla abertura ao sistema privado de ensino, principalmente em nível de ensino superior.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leticia Carneiro. A política educacional catarinense na década de 60: educação, desenvolvimento e teoria do capital humano. **Revista Histedbr On-line**, Campinas, [S. n.], n. 30, p. 228-247, jun. 2008.

BLAUG, Mark. **Introdução à economia da educação**. Porto Alegre: Globo, 1975.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX**. Rio de Janeiro: Guanabara, 2008.

CASTRO, Cláudio de Moura. **Desenvolvimento econômico, educação e educabilidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro/MEC, 1976.

CHAVES, Miriam Waidenfeld. Desenvolvimentismo e pragmatismo: o ideário do Mec nos anos 1950. **Cadernos de Pesquisa**, [S. l. n.], v. 36, n. 129, p. 705-725, set./dez. 2006.

COLISTETE, Renato Perim. O desenvolvimentismo cepalino: problemas teóricos e influências no Brasil. **Estudos Avançados**, [S. l. n.], v. 15, n. 41, 2001.

CUNHA, Luís Antônio. **Educação e desenvolvimento social no Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1985.

CUNHA, Luís Antônio; GÓES, Moacyr de. **O golpe na educação**. 10. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999. (Coleção Brasil: os anos de autoritarismo).

ENGUITA, Mariano Fernández. **A face oculta da escola: educação e trabalho no capitalismo**. Porto Alegre: Artmed, 1989.

FREITAG, Bárbara. **Escola, estado e sociedade**. 6. ed. São Paulo: Moraes, 1986.

FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento econômico**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1981.

GRIGOTTO, Gaudêncio. **A produtividade da escola improdutiva**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

MENDONÇA, Ana Waleska P. C. et al. Pragmatismo e desenvolvimentismo no pensamento educacional brasileiro dos anos de 1950/1960. **Revista Brasileira de Educação**, [S. l. n.], v. 11, n. 31, jan./abr. 2006.

ROMANELLI, Otaíza de Oliveira. **História da educação no Brasil (1930/1973)**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

SANTOS, Aparecida de Fátima Tiradentes dos. Teoria do capital intelectual e teoria do capital humano: estado, capital e trabalho na política educacional em dois momentos do processo de acumulação. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO, 27., Caxambu, MG, 2004. Anais... Disponível em: <<http://www.anped.org.br/reunioes/27/gt09/t095.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2009.

SAUL, Renato P. As raízes renegadas da teoria do capital humano. **Sociologias**. Porto Alegre, [S. n.], ano 6, n. 12, p. 230-273, jul./dez. 2004.

SHULTZ, Theodore W. **O valor econômico da educação**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1967.

\_\_\_\_\_. **Investindo no povo**: o segredo econômico da qualidade da população. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

SOUZA, João Valdir Alves de. **Introdução à sociologia da educação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

SOUZA, Rosa Fátima de. **História da organização do trabalho escolar e do currículo no século XX**: ensino primário e secundário no Brasil. São Paulo: Cortez, 2008.

Data do Recebimento: junho/2013. Data da Aceitação: setembro/2013



## NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço [estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br](mailto:estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br) com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
  - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
  - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
  - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
  - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
  - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
  - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
  - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
  - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

### **Publicações impressas**

#### **Publicações avulsas:**

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

#### **Artigos em publicações avulsas:**

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

#### **Artigos em publicações periódicas:**

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

#### **Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:**

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <[www.abnt.org.br](http://www.abnt.org.br)> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



**CAMPUS JK**

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK  
Montes Claros - MG  
(38) 3690-3600

**CAMPUS SHOPPING**

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova  
Montes Claros - MG  
(38) 3224-7900

**CAMPUS FASASETE**

Av. Villa Lobos, 730 -  
Mangabeiras  
Sete Lagoas - MG  
(38) 3771-8178



Impressa

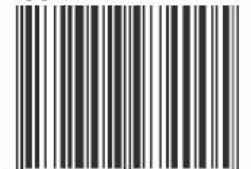
ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005