

DISCENSO

DISCENSO

Revista de graduação do PET-DIREITO-UFSC



Florianópolis, 2014

Conselho Editorial

Prof. Dr. Diego Nunes (Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC e tutor do PET-Direito); Profa. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi (leciona nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da UFSC e é ex-tutora do PET-Direito); Bolsistas e ex-bolsistas do PET-Direito UFSC: Ana Carolina Bolzani Mozetic, Bruna Bessi Pereira, Camila Guimarães da Silva, Carlos Santos Valeriano, Clara Padiã Lucas, Guilherme Cidade Soares, Laura Rodrigues Hermando, Luiz Felipe Domingos, Thales Donato, Pietra Lima Inácio, Victoria Magnani de Oliveira Nogueira, Weliton Borges Pacheco, William Hamilton Leiria; Ana Maria Garcia, Carla Avellar Lopes, Eduardo Contini, Gaia Tornquist, Lariane Vialli, Marcelo Born. Marja Mangili Laurindo, Murilo Rodrigues da Rosa, Renata Volpato, Rodrigo Timm Serafim, Roger de Oliveira Franco.

Centro de Ciências Jurídicas

Diretor: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Programa de Educação Tutorial (PET-DIREITO-UFSC)

Tutor: Prof. Dr. Diego Nunes

Bolsistas: Ana Carolina Bolzani Mozetic, Bruna Bessi Pereira, Camila Guimarães da Silva, Carlos Santos Valeriano, Clara Padiã Lucas, Guilherme Cidade Soares, Laura Rodrigues Hermando, Luiz Felipe Domingos, Thales Donato, Pietra Lima Inácio, Victoria Magnani de Oliveira Nogueira, Weliton Borges Pacheco.

Capa

?

Diagramação

Rita Motta - Editora Tribo da Ilha

Revisão de Português

Michela Silva Moreira

Endereço

Campus Universitário Trindade, Centro de Ciências Jurídicas, Sala 108

Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

CEP: 88036-970 – Telefone: (48) 3721-6522

<http://petdireito.ufsc.br/> – petdirufsc@gmail.com

D611	Discenso: Revista de Graduação do PET-DIREITO-UFSC. – v.6, n.6 (2014). Florianópolis: Fundação Boiteux, 2014. v. Anual ISSN: 1984-1698 1. Direito – Estudo e ensino. 2. Direito – Filosofia. 3. Direito – História e crítica. I. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Educação Tutorial. Revista Discenso.
------	--

CDU:34

Catálogo na Publicação por: Onélia Silva Guimarães CRB-14/071

Sumário

Apresentação	9
Opinião	11
Entrevista com o Professor Lino Peres Por: <i>João Victor e Priscilla Batista da Silva</i>	15
Debate	31
A Questão da Moradia na Cidade de Florianópolis Por: <i>Murilo Rodrigues da Rosa</i>	35
Políticas Públicas Relacionadas ao Uso Abusivo de Drogas: o programa “De Braços Abertos” analisado na sua formulação Por: <i>Roger de Oliveira Franco</i>	55
Artigos	69
O Direito ao Esquecimento e a (Im)Possibilidade de Reconstrução da História Por: <i>Ana Carolina Marinho de Moraes</i>	73

Se o Brasil Legalizar Olê Olê Olá: a legalização das drogas a partir da criminologia crítica

Por: *Ana Claudia Milani e Silva e Vanessa Kubota Ando* 99

Moral e Direito Enquanto Instrumentos de Dominação

Por: *Carla de Avellar Lopes* 123

Direito como Ideal e Razão Prática: considerações a partir de *Law as a Moral idea*

Por: *Daniel Peixoto Murata* 137

O Fetichismo Formalista do Direito em Hans Kelsen

Por: *Lucas da Costa Nascimento Pinheiro*..... 155

A Irresponsabilidade Organizada e os OGMs: reflexões de uma sociedade de risco

Por: *Marina Demaria Venâncio* 171

Intruso Paradigmático – a adoção da perspectiva restaurativa no direito processual brasileiro

Por: *Mário Edson Passerino Fischer da Silva* 197

Crítica do Cárcere: prisão para quê?

Por: *Matheus Rodrigues Gonçalves* 223

Cultura e Arte 241

Ensaio Sobre a Brasa

Por: *Eduardo Contini de Figueiredo*..... 245

Corsarismo e Ilha-viva

Por: *João Victor Antunes Krieger*..... 247

Poema de Algo

Por: *Lucas Nicholas Santos de Souza* 249

Espaço Público	251
Da Privatização do HU à Truculência do Conselho Universitário: o processo de adesão à EBSEH na UFSC	
Por: <i>Priscilla Batista da Silva</i>	255
 ENED Brasília	
Por: <i>Roger de Oliveira Franco</i>	261

Apresentação

Em tempos em que os ditos *direitos sociais* foram convertidos em *prestações de serviços*, há que se perguntar: qual o papel do Direito enquanto regulador destas relações entre mercado e população? E, ainda, que tipo de democracia o Direito sustenta?

O PET-Direito apresenta o quarto número de sua Revista Discenso, por meio da qual procura dar respostas ou, ao menos, esclarecer o significado de tais perguntas e a engrenagem sociopolítica da qual faz parte o Direito, a partir de sua função reguladora e da possibilidade da construção de uma “real democracia” no âmbito das relações sociais.

Resultado de uma série de esforços do grupo, iniciados com o lançamento da Revista Discenso de nº 1, que concretizou projetos desenvolvidos ao longo do ano de 2012 e que tiveram como tema as relações possíveis entre Direito e Democracia, em especial o grupo de estudos e o Seminário de mesmo nome. A Revista permanece com suas tradicionais divisões, quais sejam: Debate: destina-se aos trabalhos que discutam, sob o viés crítico, acerca da relação do Direito com o tema em foco – neste caso, Democracia; Artigos: espaço para a publicação de textos sobre direito sem necessária vinculação ao tema proposto; Cultura & Arte: seção reservada às mais diversas manifestações artísticas, abrindo espaço às críticas literária e musical, poesia, prosa, resenhas de cinema, fotos, desenhos e trabalhos gráficos em geral; Espaço Público:

reunião de textos críticos, avaliativos e propositivos, versando sobre os cursos de graduação em Direito da UFSC e do país, com abordagem de questões relativas à qualidade de ensino, de pesquisa e de extensão, bem como temas atuais e relevantes aos acadêmicos de direito.

Permanece neste quarto número a intenção que fundamentou a ideia inicial de criar uma revista de âmbito de graduação: a de fomentar o pensamento crítico em uma área que tende a burocratizar-se e cristalizar-se em nome da “segurança jurídica”, artifícios que condicionam a manutenção de certo *status quo* social. Nesse sentido, o PET-Direito almeja promover, na comunidade em geral, discussões acerca das questões fundamentais que sustentam os atuais sistemas econômico, cultural e jurídico e a importância daquelas para a produção constante de um projeto alternativo de sociedade.

Espera-se, com esta nova publicação, que se possa contribuir, ainda que infimamente, para o despertar da crítica nos leitores e para aqueles que pesquisam na área do direito.

Conselho Editorial

DISCENSO

Opinião

Tem algum título nesta seção?

Entrevista com o professor
Lino Peres

Por: *João Victor e Priscilla Batista da Silva*

Entrevista com o Professor Lino Peres¹

*Priscilla Batista da Silva²
João Victor Francelino Martins³*

Discenso: Fala-se muito em Direito à Cidade, então a pergunta é: que cidade é essa e quem teria direito a essa cidade?

Lino: É uma cidade segregada, partida, ela em si e a forma como se conforma já está negando direito.

1 “O professor Lino Peres atua há 35 anos em Florianópolis, ensinando e pesquisando como professor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), na qual ingressou em 1978 e onde é professor Associado e pesquisador do Departamento de Arquitetura e Urbanismo. Atua em planejamento urbano e habitação, participando de diversos projetos de pesquisa e de extensão, por meio de dois grupos de pesquisa e um de extensão. É arquiteto pela Faculdade de Arquitetura da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – 1977, Mestre em Arquitetura (1986) e Doutor em Urbanismo (1994), pela UNAM, México (UNAM). Lino trabalha diretamente junto aos movimentos sociais e, principalmente, às comunidades mais carentes de Florianópolis, auxiliando nas ações de planejamento urbano, plano diretor participativo, mobilidade urbana articulada ao transporte público, saneamento e habitação popular. É defensor do Estatuto das Cidades e foi um dos primeiros a divulgar este histórico instrumento urbanístico e jurídico pelo qual pessoas podem e devem intervir diretamente no planejamento do lugar onde vivem. Foi vereador por breve período, de fevereiro a abril de 2011, e é vereador pelo PT de Florianópolis desde 2013.” Texto adaptado do site oficial do Professor Lino Peres, disponível em: <<http://www.professorlinoperes.com.br//pagina/1/biografia>>.

2 Bolsista do PET Direito UFSC e graduanda em Direito pela UFSC.

3 Graduando em Direito pela UFSC.

Na verdade a questão que está de fundo é que na cidade contemporânea capitalista a égide é o capital, que tudo conforma: trata-se da destruição criadora do capital. De modo geral, no mundo, houve uma compensação pelas políticas de bem-estar social no pós-guerra.

Nos Estados Unidos, a partir do Plano Marshall, a reconstrução das cidades levou à pressão da classe operária por políticas públicas de inclusão e bem-estar para lidar com as grandes populações. A habitação passa a ser um grande direito porque os soldados voltavam da guerra [a Primeira Guerra Mundial] e do contato com a República de Weimar, na Alemanha, onde a habitação passou a ser um elemento constituinte, incluído na Carta Magna. Depois da Segunda Guerra Mundial, então, começa a generalização do direito à cidade e, mais especificamente, do direito à habitação (nas cidades inglesas esse direito já existia, mas entrou tardiamente, por exemplo, na França e na Itália) que foi sendo incorporado aos poucos na Constituição e, posteriormente, tornou-se uma política habitacional. Então, somente no século XX, depois das duas Guerras Mundiais e dos 30 anos de expansão do Plano Marshall a habitação passou a ser incorporada como uma política do Estado.

No Brasil, é com Getúlio Vargas que começa, a partir da substituição de importações, a habitação ser também uma política de Estado com a fundação da “Casa Popular”, por exemplo. Os institutos do setor dos operários industriários e comerciários criaram fundos para a habitação, e Getúlio financiava, em parte, essa política estatal.

No segundo período do governo de Vargas, nos anos 1940, aos poucos se iniciou a generalização da habitação como política pública. No entanto, devido ao giro industrial dos anos 1950 e, depois, dos anos 1970, praticamente nos 20 anos do período militar, ocorreu a inversão da matriz rural-urbana e explodiram as cidades. Diante desse cenário, toda a habitação que se construiu

até então ficou insuficiente, houve uma periferização das cidades brasileiras.

O modelo posto é o industrial, com base no automóvel. As cidades ficaram segregadas e o direito à habitação (que começou no Brasil espelhado, em alguma medida, no estado de bem-estar social europeu) não foi suficiente para aplacar o déficit habitacional, que voltou a crescer nos anos 1980, ainda que tenham sido construídas 4,5 milhões de habitações no período militar (de 1964 a 1985).

As cidades brasileiras se caracterizaram, então, como cidades bipartidas – uma cidade informal e uma cidade formal –, do modelo periférico e embasado no sistema do automóvel – transporte que é caríssimo. A habitação, que foi uma conquista, chegou ao Brasil já de forma desigual: tentou “imitar” o modelo europeu e não conseguiu.

A habitação foi o primeiro direito que Getúlio tentou implementar. Depois, paralelamente, vieram outros direitos sociais: o direito ao voto da mulher, a política da saúde, entre outros.

Durante o Período Militar a habitação foi encarada quantitativamente, e não qualitativamente; mas, o direito à cidade é uma coisa mais sofisticada que implica o direito ao acesso a todos os serviços urbanos. O movimento popular ficou escondido sob o Regime Militar nas igrejas, mas as comunidades de base foram aos poucos germinando uma proposta chamada movimento da reforma urbana, o qual cresceu somente nos anos de 1976, 1977 e 1978 – com a greve da Mercedes Benz operária, já no último general Figueiredo – dando destaque para a questão da habitação. Começaram a aparecer, também, outros direitos – como ao saneamento e à regularização fundiária – porque a dita periferização nas cidades brasileiras gerou um movimento por meio do qual as pessoas que não tinham direito a viver nas cidades formais foram ocupar os mangues, os rios, as encostas, as represas Billings em São Paulo – que é a maior cidade favela sobre um manancial.

Não há uma política habitacional de trazer as pessoas que estão, por exemplo, em morros maciços, para viver na habitação adequada. O passivo gigantesco da cidade informal chegou a ter, por exemplo, em Recife, mais de 50% na ilegalidade; Salvador 60%; Fortaleza 60 a 70%; aqui [em Florianópolis] chegou a ter de 20 a 25%; hoje temos 15% em favelas. Se pegarmos a região metropolitana de Florianópolis, existem mais de 170 assentamentos que conformam esses 15%; mas, se considerarmos níveis de serviços inadequados – problema de pavimentação, transporte inadequado, falta de posto de saúde –, podemos chegar a 50% de irregularidade: não se trata apenas de ter casa [habitação].

Esse passivo gigantesco se expressou no Movimento da Reforma Urbana do período militar – final do governo Figueiredo e o início do governo Sarney – que “desagou” na Constituinte de 1988, inserindo nos artigos 182 e 183 o direito a uma cidade sustentável e ao usucapião coletivo.

A luta, por um lado, é para regularizar essas grandes e gigantescas áreas periféricas e, por outro, é por habitações novas, adequadas e em boa localização. Esse conjunto de demandas leva o movimento a sofisticar sua luta que ultrapassa a visão “da casa” para a visão “da cidade”. A pauta aumenta: “não é só casa, é serviço; é direito à cultura e a se deslocar dentro da cidade”. A juventude da periferia quer, por exemplo, ter direito a ir ao Planeta Atlântida; então, é necessário ter transporte noturno.

Por isso, a questão da mobilidade explodiu em julho de 2013: 85% da população brasileira está dentro das cidades. Se somarmos toda essa população de acordo com a área ocupada, não chegaremos a mais de 10% do território nacional. Logo, existe uma brutal concentração em áreas urbanas, e mais da metade dessas populações estão na periferia. Então, que cidade é essa? Que direito é esse? Não existe direito à cidade, porque ela está sendo construída.

Quando a chamada “pauta da reforma urbana” chegou à Constituinte ela trouxe “várias folhas”; mas, o setor imobiliário

não deixou passar, cortou tudo. Bloquearam essa pauta mais extensa e somente sobram dois artigos, 182 e 183, que definem o plano diretor como elemento central, o direito à cidade sustentável e o usucapião coletivo. O restante ficou de fora.

Em 2001, o FHC [Fernando Henrique Cardoso] pressionou o Congresso e conseguiu regulamentar os artigos 182 e 183 [da Constituição Federal/88] na Lei nº 10.257/2001, que tem 56 artigos. E, e aí sim, detalha aquela pauta do Movimento da Reforma Urbana que agora se traduz no chamado Estatuto da Cidade, que é uma grande referência mundial.

Nessa carta, o Estatuto da Cidade, há uma “espinha medular” que é a função social da propriedade e da cidade. O que é a função da propriedade? É preciso estipular o direito jurídico da propriedade privada, que está na “cabeça do juiz” – e na verdade é cláusula pétrea –, dissociando-o do direito de construir. Ou seja: uma coisa é ser dono do terreno, outra é fazer o que quiser com o ele. Não pode porque o uso da propriedade tem que ser socialmente sustentável.

Nesse sentido, podemos falar da Ponta do Coral. O que é a Ponta do Coral? “Você” tem uma torre, dentro do “seu terreninho”, que é uma torre de 18 andares e vai chegar a 22 andares. Mas, se levamos em conta os estacionamentos necessários, os carros não entram no terreno, por mais que sejam feitos dois pisos para baixo. Vão ficar 600 carros espalhados ao longo da Beira-mar [norte], na frente do [supermercado] Angeloni, fazendo a volta na avenida e indo em direção ao Itacorubi. Vai ser uma linha de carros. E esses carros ferem o princípio da função social, porque privatizam o espaço público. Nós, cidadãos, vamos ter que pagar para o dono do terreno ter espaço para carros que o próprio terreno não comporta. Fala-se, então, na função social da propriedade e da cidade, mas o que seria a função social da cidade? A cidade é um princípio medular. Ela tem que cumprir uma função para todos, uma inclusão. É nesse sentido que Henri Lefebvre fala nos anos 1970 em seu livro “Direito à Cidade” que “a cidade é uma

apropriação de todos, é mais sofisticada, é uma obra de arte pública”. E esse conceito no Brasil não existe, está em construção. Eu, com a academia; o “pessoal” com o movimento social. Estamos lutando por isso. Então, quando temos a Ponta do Coral, o Parque da Luz, que são espaços públicos onde queriam colocar um hotel, e “os caras” disseram “não, esse é um espaço para todos, um espaço da cidade”. O conceito social da cidade é que qualquer parte dela deve ser uma ocupação coletiva, e esse é o conceito que no Brasil ainda não foi feito.

Discenso: Sabemos que existe uma relação direta entre o direito e as questões ambientais com a matéria urbanística. O que há de relevante a respeito dessas temáticas, especialmente no que diz respeito ao Estatuto da cidade e aos seus instrumentos? Além disso, o que poderia ser considerado como uma cidade democrática?

Lino: Existem dois conceitos importantes e com os quais devemos trabalhar. O primeiro deles é o da função social da propriedade na cidade e o segundo é sustentabilidade – pela primeira vez, o direito urbano se junta com o direito ambiental, ou seja, uma cidade não basta ser desenvolvida, ela precisa ser ecodesenvolvida, sustentável do ponto de vista ambiental.

A partir daí, entramos em um encontro fundamental entre o que chamamos de “Agenda Verde” e “Agenda Marrom”. A agenda verde é agenda de demandas ambientalistas, é outro ponto do direito ao meio ambiente – é o ambiente, a natureza, como elemento fundamental da estruturação e do território. A agenda marrom é o direito à cidade – da habitação, dos homens, o homem na cidade. Até então, essas duas pautas estavam separadas. Os ambientalistas diziam que “para preservar as áreas [naturais], tem que tirar as pessoas”, uma visão fundamentalista quase, de que a natureza está acima dos homens. Ou, pelo outro lado, que “as cidades humanas, mesmo que configurem depredação ambiental, devem satisfazer a questão habitacional”.

Foi na chamada “APP urbana”, que é um grande movimento no Brasil e aconteceu em três edições, as duas agendas se encontraram e hoje tentam fazer uma sociedade ambientalmente sustentável, mas onde também o homem seja o protagonista, sendo ele parte da natureza. Então, hoje temos como pautas da reforma urbana, que é esse princípio medular, a sustentabilidade, a função social da propriedade e da cidade, e um terceiro aspecto, que é a questão democrática.

Outro ponto importante é que não basta uma cidade ser construída com precisão técnica e/ou sustentável se essa construção for feita por um corpo burocrático ou tecnocrata, como a experiência de Curitiba apontou. De fato, foram vastos os sucessos iniciais dos grandes eixos de trânsito, transporte, seguido das áreas verdes; mas, acredito que para o corpo técnico não tinha consulta da população. E, se a população não se apropria, acaba ficando alienada do processo, tende a não dar valor para aquilo.

É nesse sentido que o Estatuto da Cidade prevê que todo e qualquer plano e projeto urbano deve ter a participação da sociedade organizada, desde a concepção, passando pelo desenho do projeto até a implementação e a avaliação. Todos os passos constituem um processo comunitário e técnico. Então, hoje, o direito à cidade é o direito da sustentabilidade, da cidade que é sustentável ambientalmente e politicamente. Mas o que é “politicamente sustentável”? É um processo que tem um controle exercido pela população, a qual pode controlar seus destinos e participar das decisões da cidade. Em terceiro lugar, há a sustentabilidade cultural. E é esse conjunto de “sustentabilidades” que dá o arcabouço conceitual fundamental e configura o direito à cidade de um ponto de vista mais amplo.

É preciso considerar, ainda, que a cidade não se encerra em si mesma. Existe uma visão muito redutora da cidade em termos territoriais, e isso não pode acontecer. É necessário pensar as regiões metropolitanas. Com isso, nota-se um problema no Estatuto

da Cidade, que é restrito à cidade em sua circunscrição institucional. O Estatuto da Metrópole, que acabou de ser aprovado no Congresso, vai responder a um *gap* entre a visão do restante da federação em relação ao município. Existe uma estação das regiões, mesorregiões, que são verdadeiras manchas metropolitanas. É o nosso [Florianópolis] caso: temos 900 mil habitantes em uma região. Assim, é preciso um comitê que trabalhe na região metropolitana como um todo, e o processo democrático tem que ser metropolitano. Não podemos ficar “cada um no seu casulo”. Trata-se de um conceito importante que é o direto à cidade metropolitana, para além de suas fronteiras, uma visão regional que já é muito cara aos geógrafos há décadas. Ainda que o Estatuto da Cidade tenha sido um grande avanço no Brasil, existe significativa dificuldade para aplicar os seus recentes instrumentos, quais sejam: a questão do imposto de parcelamento compulsório e imposto progressivo no tempo (que atacam uma das grandes doenças da cidade, que são os vazios urbanos). Há de se falar, também, em dois grandes problemas da cidade: a subutilização excessiva ou a sobressaturação do solo. A subutilização pode ser observada nos espaços vazios – terrenos vazios por décadas esperando –, como é o caso da Ponta da Coral que ficou décadas “esperando” e hoje o metro quadrado daquela área vale mais de R\$ 10.000,00. E é por essa razão que o empreendedor tem cinco anos para construir a obra em determinado local, incidindo uma alíquota de 15% por ano. O oposto é a sobressaturação em uma área que não tem infraestrutura adequada. É para evitar isso que se faz a outorga onerosa (por exemplo: um índice máximo que pode ser construído em determinada área de acordo com a infraestrutura disponível; para chegar a esse índice, paga-se ao erário público para criar um fundo urbano que melhore aquela região). Esses dois instrumentos evitam que o setor privado tenha apenas o bônus e a população o ônus. Existem ainda as ZEIS (Zonas Especiais de Interesse Social), as quais pretendem levar serviços básicos e regularização fundiária para as áreas invisíveis, as periferias, aquelas que não estão

no Plano Diretor. Outro instrumento é o direito à perempção, à preferência, com o qual o Poder Público pode definir quais áreas são ou não importantes para a cidade. Com o exposto, quero dizer que o Estado deve ser o protagonista, ele dirige a cidade, não o setor do mercado, o qual deve estar submetido. A experiência europeia é muito boa nesse sentido. O Estado funcionou mesmo. Na Holanda, por exemplo, a maior parte das terras é pública, oriunda de concessões públicas. Há de se falar, também, do meio ambiente, questão sobre a qual a humanidade se deu conta tardiamente. Nos anos 1970, em Stockholm, aconteceu a primeira conferência mundial do meio ambiente porque se notou que estava ocorrendo uma contaminação global, não mais o problema de uma só região. O direito ao meio ambiente sustentável é, então, o mais recente e que está, ainda, em construção no mundo inteiro, articulando-se e com o direito à cidade. Além dele, obviamente, temos vários direitos humanos que estão ainda “incompletos”, como o direito das minorias (LGBT, mulheres, negros, quilombolas, indígenas). Juntamente com o direito à cidade vem o direito ao território. Todo e qualquer direito se realizam territorialmente. É essa a questão do Movimento Passe Livre, que propõe a tarifa zero. Esse direito tem que ser gratuito. O pai que leva seus filhos para a escola, a pessoa que está desempregada e quer buscar emprego e tantos outros precisam “pagar” para realizar essas atividades. Para qualquer lugar aonde se vai, é preciso pagar, e isso é absurdo. Todos esses urbanos e humanos se espacializam no acesso; por essa razão, o transporte é um aspecto fundamental. Não se trata apenas de mobilidade urbana, mas de acessibilidade. A acessibilidade é um direito à cidade universal para todos. O acesso universal que, por exemplo, os cadeirantes exigem, trata-se de um direito profundo e democrático para todos, que precisa chegar à microescala: uma cidade que permita que as pessoas gordas, cadeirantes, cegas, mudas, idosas e gestantes andem livremente. A cidade democrática não é a que atende ao padrão de homem universal, jovem, que pula escada a cada 3,4 degraus... Digo mais, a cidade ideal seria uma cidade

lenta, para os homens lentos, como diz Milton Santos; não a cidade da velocidade. Uma cidade lenta, onde as pessoas pudessem se encontrar, na qual o transporte coletivo – mesmo que gratuito – pudesse ser quase que dispensável e as pessoas pudessem andar a pé, ir para seu trabalho e conviver. Agora, para completar, vou falar o fundamental: Para que serve a cidade, afinal? Originalmente ela foi feita como máquina de produção do capital. Na época da Idade Média, era necessário pedir permissão ao dono da terra até para “casar seu filho”. Agora, na cidade, temos homens livres – esse é o conceito alemão da cidade. Na cidade, é possível vender a força de trabalho para quem quiser. O capitalismo apenas faz esse *undercut* revolucionário, que libertou o homem das suas amarras. Mas, chegando a cidade, ele percebeu que tinha outras escravidões: do capital, do produto, do trabalho. Então, a cidade do futuro com a qual sonhamos já não é mais a do capital. Atualmente vivemos em um *bunker*, dos condomínios fechados e totalmente murados. Hoje o prédio ideal é uma torre que tenha tudo dentro, não mais um condomínio de casarões e mansões. As pessoas não saem dali; quando saem, o fazem em carros blindados. São Paulo é a cidade no mundo que mais consome carros blindados e a primeira ou segunda consumidora de helicópteros. Ou seja, as elites brasileiras abandonaram a cidade. As crianças das grandes elites são um perigo para o fascismo, porque elas se insensibilizam. As crianças andam dentro dos *bunkers*, dentro dos seus shoppings, dos condomínios fechados, saem em carros blindados; depois, entram em um shopping blindado e não conhecem a cidade. Isso é um perigo para a desumanização dos homens da elite. Imagine a insensibilidade da elite governante. A cidade torna-se a terra de ninguém, de ratos, a terra dos bárbaros. Como diria Le Goff, nós estamos voltando à “remedievalização da cidade”. A nossa própria Universidade pode se tornar uma cidade fechada, com telas eletrônicas, com guardas por todos os lados, podendo entrar a Polícia Militar. Ao contrário desse cenário, é preciso tentar uma cidade aberta com a universidade nas suas bordas; no lugar de ter

essas cercas, a moradia estudantil tem que estar nas bordas, o Professor Lamey está projetando. Nós podemos projetar as estações de metrô que passem aqui na frente e que tenha um equipamento coletivo comunitário – com museu, com auditórios – que possa costurar as bordas da universidade para integrar a comunidade. É preciso fazer equipamentos, iluminação, espaços culturais e não um fechamento. Uma cidade que costura. Eu diria que nós temos que fazer um cerzimento⁴ urbano, integrar os pobres e mesclar as classes sociais para que não seja uma cidade periférica. Em São Paulo, o Haddad está tentando isso; mas tem uma reação enorme, porque se rejeita a ideia dos pobres no meio dos ricos.

Primeiro, é preciso romper com a cidade periférica e fazer uma cidade compacta que aproveite os vazios urbanos, que vá colocando não conjuntos habitacionais gigantescos, como os [do programa] “Minha Casa, Minha Vida”, mas que também construa no meio da cidade. Para isso, é necessário ter Bancos de terras: tem que taxar o setor imobiliário e a mais-valia urbana, criar fundos urbanos para que o Estado possa projetar habitações perto de onde as pessoas trabalham – seriam cerzimentos para uma cidade menos desigual e segregada – em vez do absurdo de os trabalhadores demorarem duas horas para ir e duas para voltar de seus empregos. Em Florianópolis, nós estamos chegando a esse ponto. Com uma população de 900 mil na região metropolitana, dependendo da hora do dia está igual ou pior que São Paulo, que tem 15 milhões de habitantes. Portanto, o Estatuto da Cidade é um avanço, mas é insuficiente. Se não houver uma organização popular, uma pressão da população, o direito da cidade vai ficar no sonho.

Discenso: Florianópolis pode ser considerada referência em algum âmbito do planejamento urbano, ou somente reproduzimos aqui os mesmos problemas crônicos vistos em todas as

4 Nas palavras do próprio entrevistado: “Quando a calça rasgava, antigamente as mulheres, as pessoas mais pobres costuravam a calça, cerziam. O cerzimento faz a costura dos fios rompidos; nem se percebe o corte no tecido”.

grandes cidades brasileiras? Diante do cenário Florianopolitano qual a relevância da discussão a respeito da Ponta do Coral?

Lino: A Ponta do Coral é um dos elementos notáveis da paisagem que estamos correndo o risco de perder. Não podemos permitir que alguém do setor privado esteja naquela ponta. Isso seria um privilégio. “Todos” os pontos da cidade podem ser vistos de lá. Ali deve ser uma área a que todos tenham acesso. Trata-se de um problema da paisagem. Mas a privatização da paisagem não é um problema somente ambiental. A Ponta do Coral é simbólica, porque se trata de uma resistência para que a última [das três pontas] seja pública. Aliás, é área verde de lazer no final dos anos 1970, quando então foi passada para hotéis. O que queremos é que volte a ser uma área verde de lazer. É por isso que o movimento da Ponta do Coral está pedindo um movimento por AVL [Área Verde de Lazer] já, e é essa a grande demanda desse momento das três pontas. Então, como uma área pública e para todos, o juiz Krás Borges impôs [sic] à prefeitura que a cada 125m haja acesso à orla – não só à Ponta do Coral mas toda a orla continental e insular –, decisão que vem de antiga lei de 1985, do Plano Diretor dos balneários. A Orla foi sendo privatizada; então, quando se anda em Ingleses [o Bairro Ingleses], em Canasvieiras, hoje não há acesso direto ao mar porque bloquearam, privatizaram a praia. Assim, o que o juiz [citado acima] determinou para o senhor prefeito é que até dia 6 de outubro deve apresentar a proposta de tornar permeável a orla, segundo o que está previsto na lei de 30 anos atrás. Isso é um exemplo de instrumento que quer transformar toda orla insular em área pública, de acesso público, já que a praia, um dos melhores bens públicos que temos aqui em Florianópolis, está sendo privatizada.

Aqui em Florianópolis, infelizmente, as várias gestões “lavam as mãos” e não assumem a responsabilidade em relação às áreas públicas. Pelo contrário, a atual gestão está usando a política de adoção de praças e de ginásios. Daqui a pouco, vão adotar tudo. As empresas adotam as praças e transformam-nas em

elemento de propaganda. O [hotel] Majestic já privatizou a praça ali na frente, que é uma praça pública. Antes da privatização ou adoção, é preciso ir pelo sentido inverso, de o prefeito assumir a gestão pública dos espaços públicos. Em segundo lugar, não dá para deixar o poder público solto. É necessário que haja o controle social. Se existem empresas públicas, elas também estão sujeitas a um controle através dos conselhos ou da ação direta. É o que chamamos democracia participativa direta. Ou mesmo na rua, já que os movimentos [sociais] estão indo para a rua também, somados a uma democracia representativa, que hoje está em crise.

Também por determinação do Juiz Krás Borges foi reestabelecido o núcleo gestor do Plano Diretor participativo, que tinha sido suspenso em agosto de 2013 – foi instaurado em julho e suspenso em agosto. Depois dessa suspensão ocorreu um golpe, porque fizeram o “rolo compressor” da prefeitura com 600 emendas na Câmara dos Vereadores, aprovando na correria o que, aliás, não consiste em Plano Diretor, mas em um zoneamento fragmentado. Agora, devido à determinação da Justiça, finalmente vai se restabelecer o núcleo gestor e as três audiências públicas distritais para reconduzir o processo democrático.

Discenso: Partindo da atual discussão sobre a institucionalização dos Serviços Modelo na UFSC e tendo em vista que participastes por tanto tempo do Ateliê Modelo da Arquitetura, o AMA, qual a importância da extensão popular para a Universidade?

Lino: O Escritório Modelo se diferencia das empresas juniores. O que eu penso ser o ponto em comum entre os dois modelos é que refletem a ânsia dos estudantes em relação aos currículos alienantes, fora da realidade. Os estudantes têm uma necessidade de coisas práticas, de colocar os conhecimentos mais próximos de sua profissão seja pela empresa júnior, que é o modelo tradicional de mercado, seja pela via pública e comunitária, que são os escritórios modelo.

No caso do AMA (Atelier Modelo da Arquitetura) em particular, penso que é um avanço porque, além de formar o estudante, trabalha nessa grande dívida com o povo brasileiro, que são as cidades periféricas, a grande carência habitacional das periferias para as quais os cursos de arquitetura de maneira geral não estão voltados. Os cursos de arquitetura acabam sendo para a classe média – e olhe lá, na crise nem pagam os arquitetos direito – e a arquitetura torna-se quase um bem de luxo, que a população de modo geral nem sabe o que é. Trata-se de um trabalho de educação: o escritório modelo faz o estudante se aproximar e se inteirar dessa realidade. Não se trata uma visão assistencialista porque o estudante dança com essa realidade, a relação é de ida e volta.

O atelier modelo tem uma visão interessante que é a de é um plano nacional da FENEA (Federação Nacional dos Estudantes de Arquitetura), que propõe, o princípio medular que da autogestão estudantil. O estudante faz um trabalho sob orientação, mas não sob coordenação do professor. O professor, ali, não é o centro. Infelizmente, os currículos dos cursos são planos de ensino e não planos de ensino e aprendizagem – nos quais os estudantes seriam o centro.

Os currículos, de forma geral, são os fragmentos de “vários planinhos” de cada professor na sala de aula e o aluno, que deveria ser o centro, passa a ser “coadjuvante”, como disse Paulo Freire há muito tempo. Na extensão, em vez de o professor ser o protagonista e os estudantes meros auxiliares, imitando os escritórios de arquitetura fora da universidade, o estudante é protagonista, questão que é difícil para os professores entenderem. Eu mesmo tive dificuldade. O estudante, na mesma medida em que se empodera, precisa se reeducar. Eles [os estudantes] entendem que não estão exercendo ilegalmente a profissão. É o professor que assina, mas o estudante é quem vai ao encontro da realidade, descobre-a. E, ao ir até a realidade – em uma realidade habitacional no nosso caso – os alunos percebem dimensões que o professor, mesmo que seja o coordenador, não se dá conta. A realidade faz a demanda,

e os estudantes vão buscar as respostas para as perguntas que eles mesmos levantaram. Por isso, esse modelo é horizontal.

Além disso, o saber popular também é trazido como um elemento da realidade. Há uma interlocução entre o saber técnico e o saber aprendido na empiria dos moradores. Daí advém uma riqueza fantástica de objetos de estudo e de pesquisa, o que é incrível. O objeto de estudo não é inventado, ele salta na frente dos estudantes quando se envolvem com a realidade. Os estudantes são sensíveis e “se metem” em várias áreas, e isso gera um problema. É por isso que está por se construir um modelo ainda mais interdisciplinar. Agora, por exemplo, com a Serrinha e com o galpão cultural que eu projetei, estamos retomando esse projeto e chamando a Geografia, a Botânica, a Engenharia Sanitária, a História... Mais de sete áreas para fazerem o projeto do galpão cultural. Para além do interdisciplinar, o transdisciplinar, porque é a população que fala como protagonista e não são apenas os nossos técnicos vão dizer o que a comunidade tem que fazer. Temos que construir não “para” a população, mas “com” a população e com outras áreas. Existe um cruzamento no qual os professores são meios auxiliares. Somente nesse projeto já temos pelo menos oito professores.

Então isso é uma questão fantástica, que vai para além da Universidade. Essa é a Universidade com a qual a gente sonha, que não vai se realizar porque uma parte dela reproduz a sociedade e reproduz também as elites. Reproduz um modelo vertical e autoritário, onde professores são sádicos e rodam alunos porque gostam de rodar. Cultiva-se essa visão hierárquica, da excelência e da competência. A desigualdade lá de fora está aqui dentro. Eu luto, também, para que essa Universidade se aproxime e tente diminuir o sofrimento da população ao máximo, e acredito que essa é a luta de todos nós aqui dentro da Universidade.

Entrevista concedida no dia 30 de junho de 2015.

DISCENSO

Debate

Tem algum título nesta seção?

A questão da moradia na
cidade de Florianópolis

Por: *Murilo Rodrigues da Rosa*

Políticas públicas relacionadas ao uso abusivo
de drogas: o programa "De Braços
Abertos" analisado na sua formulação

Por: *Roger de Oliveira Franco*

A Questão da Moradia em Florianópolis

Murilo Rodrigues da Rosa¹

Resumo: *A questão urbana ganhou imenso destaque no debate público brasileiro após as jornadas de junho de 2013. A deterioração da qualidade de vida nas grandes cidades é motivo de indignação de grande parte da população, e nesse quadro a falta de moradia é um dos problemas mais graves. Este artigo visa a investigar as especificidades da moradia, ou de sua falta, na cidade de Florianópolis, a partir do direito à cidade.*

Palavras-chave: *Moradia; Urbanização; Direito à Cidade; Dependência.*

Abstract: *The urban question has gained immense prominence in Brazilian public debate after big protests in June of 2013. The deterioration in the quality of life in major cities is cause for outrage of large part of the population, and in this context the lack of housing is a major problem. This article aims to investigate the specifics of housing, or its absence, in the city of Florianópolis, from the point of view of the right to the city.*

Keywords: *Housing; Urbanization; Right to the City; Dependency.*

¹ Acadêmico da 8ª fase do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e bolsista do Programa de Educação Tutorial – PET Direito – UFSC.

Introdução

As cidades brasileiras perceberam um crescimento exponencial nos últimos 50 anos, e Florianópolis – capital de Santa Catarina – não foi exceção. Apesar de não ser uma grande metrópole, a cidade sofre de problemas crônicos que atingem quase a totalidade das grandes cidades, como a falta de moradia, de infraestrutura, a imobilidade, e a violência.

A questão da moradia está umbilicalmente ligada à produção capitalista do espaço, como mostraremos neste artigo. Em Florianópolis, ela se agrava por se tratar de uma cidade turística, com atributos naturais que não podem ser reproduzidos, e que se transformam em objeto de especulação e de renda da terra para poucos empresários que detêm a sua propriedade. A valorização imobiliária está ligada à especulação, e esta eleva os preços dos imóveis e dos aluguéis, expulsando os trabalhadores precarizados para fora da ilha e fazendo da capital um produto exclusivo daqueles que podem pagar.

O quadro é ainda mais preocupante porque devemos situar a cidade no Brasil, país subdesenvolvido e dependente, no qual os salários são historicamente rebaixados e a exploração do trabalho se efetiva predominantemente pela mais-valia absoluta. Isso dificulta ainda mais o acesso à mercadoria moradia, e a autoconstrução de residências é um elemento de barateamento da força de trabalho.

Vemos que os planos diretores aprovados muitas vezes não se realizam, permanecendo apenas palavras escritas sem eficácia, discursos de boas intenções, ou se realizam na parte que convém ao poder público e às grandes construtoras que financiam as campanhas dos governantes. Quanto ao último plano diretor da ilha, a polêmica se acentua, porque ele foi considerado irregular pelo judiciário por descumprimento da Lei Federal nº 10.257 de 2001, o Estatuto da Cidade.

A despeito dos avanços na positivação de instrumentos jurídicos que façam valer a função social da propriedade urbana e

da própria cidade, esses instrumentos se encontram subutilizados. Por fim, devemos colocar a pergunta: é possível resolver a questão da moradia? Esse talvez seja um dos maiores problemas colocados para as cidades brasileiras nessa segunda década do século XXI.

1 A cidade da periferia dependente

Quando falamos de Florianópolis, devemos ter em mente o contexto no qual esta cidade está inserida, para não cairmos no erro recorrente na academia brasileira, de importar teorias dos países dominantes, realizando o que Maricato denomina de “mimetismo intelectual”² sem atentar para as especificidades locais e regionais.

As raízes da desigualdade no Brasil são antigas, herança do passado colonial, com base na cultura do latifúndio e edificada pelo trabalho escravo. Nem o latifúndio, nem a desvalorização do trabalho manual e do trabalhador foram superados pela república e pelo trabalho livre. Quando o trabalho vira mercadoria, deveria ser função do mercado garantir suas condições de existência, mas isso não aconteceu no século XX no Brasil³. Em vista disto, considerando as limitações e o escopo deste trabalho, iremos abordar brevemente o processo de construção das cidades pelo qual passamos no último século.

No país, a estrutura econômica dependente se apoia na superexploração da força de trabalho⁴. Ruy Mauro Marini demonstrou que a associação do capital estrangeiro com a burguesia nacional permitiu a integração dos países da América Latina no mercado mundial ao mesmo tempo em que sepultou as aspirações pelo desenvolvimento autônomo desses países. Entender este processo é fundamental, porque a moradia é parte essencial da reprodução da força de trabalho. No entanto, como era abundante

2 MARICATO, Ermínia. *O impasse da política urbana no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 120.

3 Id. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 12.

4 MARINI, Ruy Mauro. *Subdesenvolvimento e Revolução*. 3. ed. Florianópolis: Insular, 2012. p. 61.

a força de trabalho e essa abundância permitia a sua exploração nos mais altos níveis, os grupos dominantes não precisaram se preocupar com a habitação dos trabalhadores. Foi o que se passou nas cidades nas décadas 1950 e 1960:

Um fenômeno similar se deu nas cidades. Desorganizando a antiga produção artesanal – principal fonte de emprego para as massas urbanas –, e se beneficiando das fortes migrações de trabalhadores que a arcaica estrutura agrária não absorvia, os capitalistas industriais se viram frente a uma oferta de mão de obra em constante expansão. O fato de que, ao buscar aumentar sua mais-valia relativa, tenham lançado mão de uma tecnologia que poupa mão de obra importada dos países centrais, acentuou ainda mais o crescimento relativo da oferta de trabalho, de encontro à redução sistemática das oportunidades de emprego na indústria. A principal consequência dessa situação foi que a exploração dos trabalhadores urbanos se manteve sempre no limite do suportável.⁵

Portanto, a urbanização de São Paulo, do Rio de Janeiro ou de Belo Horizonte é estruturalmente diferente daquela de Londres, Paris ou Nova Iorque, ainda que possamos tirar lições destas. Com efeito, Castells deixa muito claro essa diferença ao explicar a rápida urbanização dos países periféricos. Nos países centrais, a urbanização teve grande correlação com a industrialização em curso no século XIX, as grandes massas urbanas foram empregadas na indústria, e observou-se uma relação positiva entre nível de desenvolvimento econômico e grau de urbanização⁶. No Brasil, de modo diverso, a crise no campo atuou como força de expulsão do trabalhador rural, que migrou para as cidades em busca de melhores condições. “A fuga para as cidades é, em geral, considerada muito mais como o resultado de um *push* rural do que um *pull* urbano, quer dizer, muito mais como uma decomposição da

5 MARINI, 2012, p. 68.

6 CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 78.

sociedade rural do que como expressão do dinamismo da sociedade urbana”⁷.

Alberto Passos Guimarães, no clássico *Quatro Séculos de Latifúndio*, irá apontar de maneira muito precisa o êxodo rural que acontecia naquele momento, fruto da condição miserável e vil do trabalhador do campo:

Por causa da rigidez do monopólio da terra, que constitui o principal obstáculo à multiplicação, em muito maior escala, dos estabelecimentos agropecuários, uma parte da população rural se desloca para as áreas urbanas. Os dados dos dois últimos censos mostram que, no intervalo de 1950-1960, dos 19 milhões de habitantes com os quais se acrescentou a população do país, ficaram na zona rural 5,8 milhões e passaram à zona urbana 13,2 milhões.⁸

Assim sendo, o crescimento populacional das grandes metrópoles aconteceu sem uma integração nas atividades produtivas. O desemprego, o subemprego e o emprego mal remunerado fizeram grandes massas de trabalhadores serem forçadas à moradia informal, por não poderem participar do mercado, fazendo com que a cidade legal seja a exceção nas cidades brasileiras.⁹

Castells, em seu *Prólogo da edição para a América Latina: A questão urbana nas sociedades dependentes* irá sintetizar da seguinte forma:

Na realidade, a questão urbana nas sociedades dependentes parece contar de uma só vez três grandes fenômenos: Uma especificidade da estrutura de classes, derivada da dinâmica do desenvolvimento desigual e consistente, sobretudo no processo de superpopulação relativa, articulado estreitamente à expansão do setor monopolista hegemônico ligado

7 Ibid., p. 85.

8 GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981. p. 210.

9 MARICATO, 2012, p. 105.

à lógica do capital multinacional. Tal é a problemática da ‘marginalidade’.

Uma especificidade do processo de reprodução coletivo da força de trabalho, que determina a não exigência estrutural da reprodução de uma parte dessa força do ponto de vista estrito da acumulação do capital. A consequência é a ‘urbanização selvagem’ subjacente à problemática da marginalidade ‘ecológica’. A assistência pública, ao nível de consumo, para as massas populares, em termos de uma estratégia populista de mobilização social.¹⁰

A construção da habitação pelos próprios moradores utilizando métodos arcaicos, mão de obra familiar ou voluntária, e os materiais disponíveis deve-se à superexploração da força de trabalho na qual se estrutura a industrialização brasileira e ao grande contingente de desempregados que formam o “exército de reserva”. Maricato vai dizer “[...] o rebaixamento do preço da força de trabalho, resultado [...] da autoconstrução da moradia operária, é determinante para o sucesso do processo de acumulação industrial”.¹¹

As consequências são danosas para a urbanização brasileira. Sem a preocupação da reprodução coletiva da força de trabalho, o Estado brasileiro se ausentou dos investimentos públicos necessários nas cidades, investindo apenas onde era de interesse do capital imobiliário, criando ilhas de primeiro mundo em um mar de desigualdade. Raquel Rolnik¹² nos explica que o Estado tem papel preponderante na segregação social do território, fazendo investimentos localizados em algumas partes da cidade com equipamentos públicos de lazer e infraestrutura, enquanto abandona outras partes. Esses investimentos são feitos para fortalecer a lógica que explicaremos a seguir, de aumentar o valor de alguns lugares centrais ou socialmente apreciados aumentando, assim, os aluguéis e o preço da terra, forçando os trabalhadores a se deslocarem em direção às periferias distantes.

10 CASTELLS, 2012, p. 21.

11 MARICATO, op. cit., p. 129.

12 ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 6. reimpr. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2009. p. 52.

Na penúria de moradias e na falta de políticas públicas adequadas, as favelas cresceram em todas as grandes cidades, tomando uma dimensão assustadora e que deixa a divisão social à vista de todos. Os números disponíveis sobre as favelas quase sempre são estimativas pouco confiáveis, por causa da falta de metodologia adequada e da dificuldade em acessar esses lugares. Maricato vai colocar: “Os números a respeito são, novamente, imprecisos e mesmo inexistentes na maior parte das cidades brasileiras. A falta de rigor nos dados, que nos mostra o pouco interesse no conhecimento do tema, já é, por si só, reveladora”.¹³ Mesmo com as dificuldades, a autora apresenta uma estimativa, levando em consideração dados das secretarias municipais e dos governos dos estados, na tentativa de fazer uma aproximação mais fiel à realidade brasileira:

Consultando diversas fontes, o Labhab/Fauusp reuniu alguns dados estimados para a população moradora de favelas em algumas cidades brasileiras: Rio de Janeiro, 20%; São Paulo 22%; Belo Horizonte, 20%; Goiânia, 13,3%; Salvador 30%; Recife, 46%; Fortaleza, 31%. Os dados mostram um quadro que é impressionante sob qualquer critério.¹⁴

Contudo, é necessário, para avançar na análise e entender a totalidade do problema, verificar de perto a própria mercadoria moradia e delinear sua especificidade.

2 A especificidade da mercadoria “moradia”

Aqui, queremos demonstrar brevemente os traços mais gerais para entendermos como se dá a especulação imobiliária. Em termos simples, a especulação imobiliária é a compra de um

13 MARICATO, 2013, p. 39.

14 Ibid., p. 38.

imóvel somente visando à valorização e, conseqüentemente, ao lucro sobre este imóvel. É uma operação na qual importa apenas o valor de troca e uma expectativa de aumento deste, deixando o valor de uso em segundo plano.

Castells vai apresentar as características da moradia como um produto e, como toda mercadoria, a sua produção visa ao lucro. A produção da moradia resulta da articulação dos seguintes elementos: “[...] o terreno no qual se constrói, os materiais ou elementos incorporados na construção e a construção do imóvel propriamente dita”¹⁵.

Em primeiro lugar, é importantíssimo destacar que a disponibilidade da terra é parte considerável da construção, ainda mais em Florianópolis, uma ilha com grandes áreas de preservação ambiental protegidas por lei e um espaço limitado. Assim, os terrenos são alvo de especulação, em uma articulação da renda imobiliária com o lucro capitalista. O mercado prioriza certas localizações socialmente valorizadas, e os preços sofrem alta sem outra justificativa a não ser a destes benefícios especulativos. Castells vai apontar que isso tem como consequência que: “[...] por outro lado, dadas as taxas de lucro destes investimentos, há uma tendência a não vender, ou a vender apenas por preços tais que só podem ser pagos, frequentemente, por sociedades que adquirem visando à superespeculação. Isto provoca a escassez dos terrenos”¹⁶.

No entanto, Castells vai colocar que a especulação não é causa preponderante da penúria de moradias, ela é uma de suas consequências. As causas da defasagem entre construção e necessidade de moradias se encontram no próprio processo de produção de moradias, o qual o autor espanhol descreve da seguinte forma:

Não há praticamente construção privada de moradia ‘social’, ao mesmo tempo em que encontramos indústrias que fabricam bens de consumo destinados a todas as faixas de renda.

15 CASTELLS, *op. cit.*, p. 228.

16 *Ibid.*, p. 229.

Se isto é verdade, podemos supor que a rentabilidade dos capitais neste setor é bem menor que nas outras indústrias, a tal ponto que são desencorajados e torna-se necessária uma intervenção pública maciça para limitar os prejuízos. Com efeito, a taxa de rotação do capital investido na construção é especialmente longa, devido à lentidão da fabricação, à carestia do produto a ser adquirido, que limita os compradores, e faz com que se opte pela solução do aluguel, à extensão do prazo de obtenção de lucro, a partir do pagamento dos aluguéis, e sobretudo devido à sensibilidade da moradia às reivindicações sociais que motivam a intervenção frequente do Estado com medidas tais como convelamento dos aluguéis que ameacem o lucro. Este fato gera outros dois: a fraqueza da massa de investimentos privados neste setor, e a busca de uma alta taxa de lucro a curto termo, sem a normalização de um lucro moderado a longo termo, como é o caso dos grandes trusts industriais.¹⁷

Por conseguinte, os capitais imobiliários não se interessam na construção da moradia social, ou popular, por conta da baixa taxa de lucro e da demora no retorno do capital, priorizando empreendimentos que objetivam sempre o alto lucro especulativo ou a atender à demanda solvável da classe média criada através de programas de financiamento.

No Brasil, os programas que mais se destacam são a experiência do Banco Nacional de Habitação (BNH) durante a Ditadura Militar e, mais recentemente, o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) a partir de 2009, no segundo mandato do governo Lula e executado durante o governo Dilma. A crítica que se estabelece ao PMCMV é seu foco no mercado imobiliário – e a incrível concentração de capital gerada por intermédio do programa, e a preponderância das construções para a faixa de renda de três a dez salários mínimos, visto que a maior falta de moradias se encontra na faixa de renda de até três salários mínimos.

17 Ibid., p. 230.

Conjuntamente, é destacada a falta de qualidade até mesmo técnica e de acabamento nas construções, haja vista a ênfase na quantidade e não na qualidade.¹⁸

3 Florianópolis: o projeto da ilha da magia

Com o processo descrito em mente, analisemos agora a cidade de Florianópolis. Na cidade que é considerada a melhor capital para se viver no Brasil, de acordo com a publicidade oficial, o terreno, o preço dos imóveis e os aluguéis são altamente valorizados, tornando-se um obstáculo à moradia popular. Por suas características geográficas, a ilha foi configurada para abrigar a classe média e a elite, enquanto os trabalhadores precarizados devem morar no continente.

3.1 Moradia: ocupação do território

Pelos motivos apontados, muitos trabalhadores optaram pelas ocupações ilegais, em terrenos impróprios para construção que foram deixados de lado pelo mercado formal. Esse fenômeno ocorreu em todo o Brasil, como dito anteriormente, já que em grandes metrópoles grande parte da população se encontra nas favelas¹⁹. Em Florianópolis, de acordo com dados da Secretaria de Habitação e Saneamento da Prefeitura²⁰, cerca de 51 mil pessoas moram nas 64 favelas da região. Essas ocupações se encontram em encosta de morros, como no Maçico do Morro da Cruz, ou em dunas e outros terrenos de preservação ambiental. Elas são

18 Para uma crítica mais aprofundada do Programa Minha Casa Minha Vida, recomenda-se: FERREIRA, João Sette Whitaker (Coord.). *Produzir casas ou construir cidades?* Desafios para um novo Brasil urbano. Parâmetros de qualidade para a implementação de projetos habitacionais e urbanos. São Paulo: LABHAB; FUPAM, 2012.

19 MARICATO, 2013, p. 133.

20 Disponível em: <http://www.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/22_11_2011_17.23.25.defd0b90d23c5d2b34648aba948b69c9.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2014.

caracterizadas pela falta de infraestrutura, pelo risco de deslizamentos, pela insegurança na posse e na propriedade, pelo risco de despejo, pela fragilidade ambiental. As ocupações constituem verdadeira cidade ilegal, uma cidade à margem da própria cidade e da cidadania.

O que vemos em todo país é que essas ocupações são permitidas historicamente, porque a classe trabalhadora precisa de um local para morar. Elas são espontâneas, caóticas, individuais. Entretanto, quando um grupo de trabalhadores se organiza e ocupa um terreno central, ganhando grande visibilidade na mídia, o poder público se mobiliza para rapidamente fazer cumprir a lei.

O caso mais recente da capital de Santa Catarina aconteceu neste ano, na ocupação denominada “Amarildo”. Cerca de 750 famílias ousaram ocupar um grande terreno que não estava sendo utilizado às margens da SC-401. Essas famílias, organizadas, e com rede de apoio de movimentos sociais, entraram no terreno no dia 16 de dezembro de 2013 pedindo “terra, teto e trabalho”, e rapidamente foram chamadas de invasoras e criminosas pela mídia. E, no dia 19 do mesmo mês, ou seja, em apenas três dias, foi expedida uma liminar de reintegração de posse pelo juiz da 2ª Vara Cível de Florianópolis. Apesar da resistência dos trabalhadores e de uma luta jurídica travada pelos advogados que os assessoraram, a comunidade foi despejada em abril deste ano, e os seus moradores foram encaminhados para a periferia da Palhoça, cidade da região metropolitana de Florianópolis.

Sobre essa forma de funcionamento do poder público, Maricato faz a seguinte observação:

Como parte das regras do jogo, a ocupação de terras urbanas tem sido permitida. O Estado não tem exercido, como manda a lei, o poder de polícia. A realidade urbana é prova insofismável disso. Nota-se inclusive uma relação entre áreas de proteção ambiental e áreas inadequadas à ocupação (beira de córregos, encostas deslizantes, várzeas inundáveis, beira de autopistas) e o uso do solo pela moradia pobre. Parece que

tudo pode desde que não afronte as áreas valorizadas pelo mercado. Aí se aplica a lei. O resultado, este sim, é uma grande baderna. É cada vez mais insustentável o nível de comprometimento ambiental e de qualidade de vida dessas metrópoles que mantêm, através de políticas arcaicas e de ardilosa representação, o encobrimento da senzala, ou da cidade ilegal.²¹

Este tipo de acontecimento, porém, tem o poder de dar visibilidade a essas pessoas e às suas demandas que normalmente são invisíveis, e de colocar o poder público em xeque, uma vez que ele afronta diretamente a especulação imobiliária e seu domínio da cidade. A situação criada demanda uma resposta, expõe o impasse e a situação de parte da população local. A ocupação é resultado da organização e da consciência dos trabalhadores precários de que eles possuem o direito, inclusive constitucional, a ter uma moradia adequada. Infelizmente, a resposta ainda é a repressão e o despejo. As famílias são enviadas para longe, neste caso, para outra cidade, ainda que vários dos indivíduos que estavam no terreno trabalhem em Florianópolis, muitos destes, ironicamente, no setor da construção civil.

Quando falamos de ocupação do solo e de moradia, a diferenciação de *habitat* e *habitar* elaborada por Henri Lefebvre²² é muito interessante. Para o filósofo, o primeiro conceito designa a moradia em sentido estrito, e o segundo envolve a relação do habitante com a cidade. É muito claro para Lefebvre que o problema da cidade vai muito além do problema da moradia.²³ Tratando a cidade como um todo, o francês irá elaborar o conceito de “direito à cidade” tomando o estatuto de um meta-direito, pois é aquele que permite e o lugar no qual se realizam os outros direitos. Enquanto o direito à cidade dos trabalhadores for ignorado, muitos outros direitos são negados.

21 Ibid., p. 156.

22 LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2010. p. 66.

23 Ibid., p. 86.

3.2 Plano Diretor como aposta de redenção

Por sua importância estratégica, o Plano Diretor aparece como um dos objetos principais de discussão em torno da política urbana da cidade. Muito foi escrito problematizando os grandes planos e projetos influenciados pelo urbanismo funcionalista e hegemônico na maior parte do século XX²⁴, e não seria possível abordar aqui tal discussão; no entanto, é oportuna a menção de que existem os mais diversos posicionamentos sobre a eficácia deste instrumento.

Sobre o plano florianopolitano, diversos questionamentos são levantados logo de início, principalmente sobre sua formulação. Absurdos formais, como desrespeito ao Estatuto da Cidade, assim como a falta de debate democrático e participação informada foram as questões mais importantes que levaram a Justiça Federal a mandar a Prefeitura refazer o Plano Diretor em 8 de março de 2014, a pedido do Ministério Público Federal.

As discussões para a construção do Plano Diretor de Florianópolis começaram em 2006, com um grupo formado a partir de representantes eleitos nos distritos, que realizaram audiências, reuniões e oficinas. No entanto, o novo prefeito, eleito em 2012, ignorou o trabalho realizado e encaminhou um projeto “técnico” à Câmara de Vereadores, e esta, por sua vez, apresentou mais de 600 emendas, aprovando 305 delas.²⁵

A Justiça Federal impôs a obrigação de refazer as audiências, para legitimar o Plano com a participação social. Contudo, o que a prefeitura se limitou a fazer foram audiências públicas praticamente “homologatórias” do seu Plano já constituído e acabado, apresentando-o como se fosse o consenso formulado da cidade.

24 PEREIRA, Elson Manoel. Políticas municipais de habitação: qual conteúdo para qual cidade? In: _____. (Org.). *Planejamento urbano no Brasil: conceitos, diálogos e práticas*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2013. p. 142.

25 WEIS, Cristian. Série de reportagens aponta mudanças e discordâncias sobre o novo Plano Diretor de Florianópolis. *Diário Catarinense*, 3 maio 2014. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/05/serie-de-reportagens-aponta-mudancas-e-discordancias-sobre-o-novo-plano-diretor-de-florianopolis-4491065.html>>. Acesso em: 5 set. 2014.

Como Arantes, Vainer e Maricato apontam em seu livro *A cidade do pensamento único*, tal consenso é a despolitização da cidade²⁶, considerando-se que o argumento técnico, supostamente neutro, dará conta de abrigar os interesses da cidade, prescindindo, assim, de um debate dito desnecessário e, em última instância, inútil para a elaboração do Plano Diretor.

Analisando seu conteúdo, vemos que as propostas da administração pública são muito frágeis para resolver o problema da moradia adequada à população. A proposta acerta em urbanizar as favelas já estabelecidas, prática que se tornou consenso a partir dos anos 2000 entre os planejadores urbanos como melhor forma de dar dignidade a essas pessoas²⁷. Infelizmente, ainda há um déficit grande de moradias; afinal, de acordo com a prefeitura, 15.800²⁸ pessoas estão cadastradas à espera de moradia própria e não há prazo para resolver este enorme déficit. Faltam investimentos do setor público, já que o setor privado não possui interesse em construir moradias para famílias de baixa renda razão do baixo retorno financeiro e das características já descritas sobre o processo de fabricação.

Entretanto, o governo segue fazendo investimentos regressivos, urbanizando as áreas mais valorizadas e tratando de garantir os lucros das empreiteiras. Uma das propostas do poder público é transferir o Centro-Sul, grande centro de convenções, para o bairro Saco dos Limões, abrindo, assim, uma nova avenida de possibilidades para as construtoras, urbanizando aquele bairro e atraindo capital para a construção de prédios comerciais, mas deixando investimentos para moradia popular em segundo plano.

26 ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia.. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 98

27 MARICATO, 2012, p. 67.

28 De acordo com entrevista do diretor da Secretaria de Habitação e Saneamento de Florianópolis, Américo Pescador, dada em maio de 2014 para o jornal Zero. SHIOZAWA, G; VARGAS, M. Mais de 15 mil esperam por moradia: políticas públicas e verbas são insuficientes, levando famílias a optar pela informalidade. *Zero*, Florianópolis, p. 6, maio 2014, ano XXXIII, n. 2. Disponível em: <<http://hemeroteca.ciasc.sc.gov.br/zero/zerojornais/zero2014mai002.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

A questão ambiental aparece como ponto central das críticas à ordenação proposta. A Ponta do Ataliba, por exemplo, torna-se área mista comercial, podendo receber edificações com até seis andares em 50% de sua área. Assim como está previsto o luxuoso hotel da Ponta do Coral, outro grande empreendimento polêmico, principalmente pelo impacto ambiental a ser causado sobre a área.

Parece-nos evidente, pelo modo autoritário como o Prefeito e a Câmara de Vereadores aprovaram o atual Plano Diretor, o seu caráter antidemocrático. Por mais que seja refeito incontáveis vezes, não se pode apostar nele como redenção da cidade, porque significaria cometer o erro de pensar que situações sociais podem ser facilmente transformadas por decreto ou legislação.

3.3 A cidade empreendedora

Florianópolis se encaixa cada vez mais no conceito de “cidade empreendedora”, utilizado por David Harvey²⁹ para explicar as práticas das municipalidades para se tornarem atraentes para o capital investidor. A cidade se adequa às necessidades colocadas, excluindo obstáculos, alterando zoneamentos, dando grandes incentivos fiscais, que supostamente seriam recompensados pelos investimentos feitos na cidade. Cria-se uma imagem estimulante, bonita, ambientalmente sustentável, a “ilha da magia” na qual não cabem ocupações, reivindicações, protestos, favelas. A ilha é projetada para ser uma cidade-modelo, uma cidade de padrão europeu em terras tupiniquins. Ela não é pensada, entretanto, em sua dimensão humana e social, da qualidade de vida dos trabalhadores que moram em Biguaçu, na Palhoça, em São José e que passam de 2 a 3 horas por dia se locomovendo de suas residências até o local de trabalho em ônibus, normalmente lotados. Não é dada nenhuma alternativa viável às pessoas que moram em locais impróprios, com risco de deslizamento, alagamento, ou outras áreas inseguras. Harvey coloca:

29 HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

Consideremos a questão, em segundo lugar, do ponto de vista dos locais que se candidatam a aumentar ou perder sua vitalidade econômica se não oferecerem às empresas as condições necessárias para se estabelecerem ou permanecerem na cidade. De fato, a redução das barreiras espaciais intensificou ainda mais a concorrência, entre localidades, estados e regiões urbanas, pelo capital destinado ao desenvolvimento. Assim, a governança urbana se orientou muito mais para a oferta de um “ambiente favorável aos negócios”, e para a elaboração de todos os tipos de chamarizes para atrair esse capital à cidade. Naturalmente, o empreendedorismo crescente foi consequência parcial desse processo. No entanto, percebemos aqui esse empreendedorismo crescente sob uma luz diferente, pois a busca para se obter capital de investimento confina a inovação a um caminho muito estreito, elaborada em torno de um pacote favorável ao desenvolvimento capitalista e a tudo que isso acarreta. Em resumo, a missão da governança urbana é atrair fluxos de produção, financeiros e de consumo de alta mobilidade e flexibilidade para seu espaço.³⁰

Esses fluxos se tornam antissociais quando dão o direcionamento do governo, quando as verbas de infraestrutura, saneamento e urbanização são pensadas e direcionadas para atender à demanda de criar um “ambiente favorável aos negócios” e não um ambiente favorável às pessoas. A própria subjetividade dos moradores da cidade é esquecida, abandonada, repaginada para adequar-se às novas exigências. E a análise de Harvey é ainda mais pessimista, pois considera que a tendência da sociedade capitalista é a concentração e centralização do capital e sua volatilidade na sociedade da informação, influenciando diretamente a política urbana:

Como, atualmente, o capital tende a ter mais mobilidade, resulta que, provavelmente, crescerão os subsídios locais ao capital, enquanto diminuirá a provisão local para os

30 HARVEY, 2005, p. 179.

desprivilegiados, criando uma maior polarização na distribuição social da renda real.³¹

Certamente, a dinâmica social não pode ser prevista com exatidão. O que se faz é apontar as tendências que não devem ser ignoradas. Com efeito, a cidade empreendedora aparece cada vez mais como cidade-mercadoria, como exposto por Arantes, Vainer e Maricato:

Em síntese, pode-se afirmar que transformada em coisa a ser vendida e comprada, tal como a constrói o discurso do planejamento estratégico, a cidade não é apenas uma mercadoria, mas também, e sobretudo, uma mercadoria de luxo, destinada a um grupo de elite de potenciais compradores: capital internacional, *visitantes e usuários solváveis*.³²

A pergunta que irrompe é: como ficam os grupos que não podem pagar por essa mercadoria de luxo?

Considerações finais

A questão da moradia colocada no início deste texto não é de fácil resolução. Suas raízes são profundas, e ela está tanto no passado colonial escravagista brasileiro como no próprio sistema de produção capitalista dependente que moldou nosso país. Entender o desenvolvimento histórico de nossas cidades é o primeiro passo para encarar o problema e apresentar soluções. Os movimentos sociais que se organizaram em torno da Reforma Urbana conseguiram grandes conquistas a partir da redemocratização do Brasil, como incluir na Constituição Federal um capítulo sobre a política urbana, a promulgação do Estatuto da Cidade, a criação do Ministério das Cidades, o programa Minha Casa Minha Vida.

31 Ibid., p. 182.

32 ARANTES; VAINER; MARICATO, 2012, p. 83.

Entretanto, falta uma política governamental mais direcionada para as classes baixas, visto que o Minha Casa Minha Vida tem um foco muito maior na classe média.

Sendo a falta de moradia no Brasil uma questão política, apenas uma articulação que influa na política pode ser capaz de modificar o atual cenário que se apresenta tanto no país quanto em Florianópolis. Exemplo disso é o crescente destaque do Movimento dos Trabalhadores Sem Teto de São Paulo, que vem conseguindo, por meio de sua organização e ação militante, pautar a orientação da Prefeitura da maior metrópole brasileira.

Outrossim, é imprescindível que o governo tome atitudes quanto à ordenação e construção do espaço, mas que vá além do mero interesse dos capitais da construção civil, atendendo às necessidades da população em geral. Destaca-se que a falta de habitação está relacionada intimamente com o transporte público, com o saneamento básico, com políticas de emprego e com várias outros serviços de responsabilidade estatal e com a economia do país.

Finalmente, o conceito de “direito à cidade”, já mencionado, pode ser útil para novas formulações de sociabilidade pelos movimentos sociais. Como coloca Lefebvre: “O direito à cidade se manifesta como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat, e ao habitar.”³³ Novas formas devem surgir a partir do esgotamento do sistema ao qual estamos submetidos.

33 LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2010. p. 134.

Referências

ALFONSIN, Jacques T. A função Social da Cidade e da Propriedade Privada Urbana como Propriedades de Funções. In: _____.; FERNANDES, Edésio (Org). *Direito à moradia e segurança da posse no estatuto da Cidade: diretrizes, instrumentos e processos de gestão*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único: desmanchando consensos*. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Tradução de Arlene Caetano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009.

FERREIRA, João Sette Whitaker (Coord.). *Produzir casas ou construir cidades? Desafios para um novo Brasil urbano. Parâmetros de qualidade para a implementação de projetos habitacionais e urbanos*. São Paulo: LABHAB; FUPAM, 2012.

GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

HARVEY, David. *A produção capitalista do espaço*. São Paulo: Annablume, 2005.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2010.

MARICATO, Ermínia. *Brasil, cidades: alternativas para a crise urbana*. 7. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

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

MARINI, Ruy Mauro. *Subdesenvolvimento e Revolução*. 3. ed. Florianópolis: Insular, 2012.

FLORIANÓPOLIS. *Plano Municipal de Habitação de Interesse Social: Produto 03 – Necessidades Habitacionais*. Florianópolis: Prefeitura Municipal, 2010. Disponível em: <http://portal.pmf.sc.gov.br/arquivos/arquivos/pdf/29_11_2010_14.57.05.14381dca035194b8e0dae9a22f3f2603.pdf>. Acesso em: 5 set. 2014.

PEREIRA, Elson Manoel. Políticas municipais de habitação: qual conteúdo para qual cidade? In: _____. *Planejamento urbano no Brasil: conceitos, diálogos e práticas*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2013.

ROLNIK, Raquel. *O que é cidade*. 3. ed. 6. reimpr. São Paulo: Brasiliense, 2009.

SHIOZAWA, G; VARGAS, M. Mais de 15 mil esperam por moradia: políticas públicas e verbas são insuficientes, levando famílias a optar pela informalidade. *Zero*, Florianópolis, p. 6, maio 2014, ano XXXIII, n. 2. Disponível em: <<http://hemeroteca.ciasc.sc.gov.br/zero/zerojornais/zero2014mai002.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2014.

WEIS, Cristian. Série de reportagens aponta mudanças e discordâncias sobre o novo Plano Diretor de Florianópolis. *Diário Catarinense*, 3 maio 2014. Disponível em: <<http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/geral/noticia/2014/05/serie-de-reportagens-aponta-mudancas-e-discordancias-sobre-o-novo-plano-diretor-de-florianopolis-4491065.html>>. Acesso em: 5 set. 2014.

Políticas Públicas Relacionadas ao Uso Abusivo de Drogas: o programa “de braços abertos” analisado na sua formulação

Roger de Oliveira Franco¹

Resumo: *O presente trabalho pretende analisar a formulação do programa “De Braços Abertos”, implementado na cidade de São Paulo, a partir do estudo de Políticas Públicas, a fim de identificar os grupos de interesse. Para tal fim, será estudada a transição da política de drogas brasileira e os conceitos da literatura de políticas públicas.*

Palavras-chave: *Políticas Públicas; Drogas; De Braços Abertos; Cidade de São Paulo.*

Abstract: *This paper aims to analyze a formulation of the paulistan program called “De Braços Abertos”, from the study of public policy in order to identify groups of interest. For this purpose, will be studied the transition from Brazilian drug policy and concepts of public policy literature.*

Keywords: *Public Policy; Drugs; “De Braços Abertos”; São Paulo City.*

¹ Acadêmico da 9ª fase do curso de graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e bolsista do PET-Direito UFSC

Introdução

O Programa “De braços abertos”, aplicado na cidade de São Paulo, surge como vanguarda em política pública sobre drogas. O enfoque dado à reabilitação psicossocial dos usuários, que se cadastram no programa voluntariamente, diferencia-se de práticas repressoras, passando a ser uma política de saúde e bem-estar.

A implementação do programa no início de 2014 (14 de janeiro de 2014) e a posterior regulamentação (28 de abril de 2014), por meio do Decreto nº 55.067, que altera o Programa Operação Trabalho, surgem em meio a mudanças da agenda da prefeitura de São Paulo, que passa então a priorizar uma demanda antes sem destaque.

Por meio do programa, são oferecidas aos participantes vagas em oito hotéis da região central da cidade, três refeições diárias, participação em uma frente de trabalho, duas horas de capacitação e remuneração de R\$ 15 por dia. E, aos finais de semana, todos os beneficiários têm ainda a oportunidade de participar de oficinas de arte, música e cultura, além de atividades esportivas. É o que prevê o artigo sexto do Decreto nº 55.067, incisos de I a VII.

Os dados coletados no início da implementação dessa política mostram resultados importantes. Ainda no mês de junho de 2014, a equipe de saúde que atua na região da Luz constatou que usuários reduziram de 50% a 70% o consumo médio de crack. Em outro levantamento, realizado pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social, realizado até 8 de maio de 2014, apurou que das 429 pessoas (sendo 274 homens e 155 mulheres), 318 estão trabalhando nas atividades propostas pela Prefeitura. A maioria trabalha com varrição: 246 pessoas. Na Fábrica Verde, onde se desenvolvem atividades de jardinagem, trabalham outras 54. E em repartições públicas, como nas secretarias de Assistência e Desenvolvimento Social e de Saúde ou na própria Prefeitura, trabalham 18². O presente artigo se propõe a compreender o contex-

2 Beneficiários do “De Braços Abertos” recebem aval para reingressarem no mercado de trabalho. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/3308#ad-image-0>>. Acesso em: 12 set. 2014.

to normativo e o motivo de o programa ter adentrado à agenda da prefeitura de São Paulo. Para tanto, primeiramente se trabalhará com as legislações sobre drogas adotadas no Brasil, enfocando no surgimento das políticas públicas voltadas à reabilitação psicossocial dos usuários de drogas, a partir da redução de danos. Mais adiante, a fim de analisar o programa adotado pela cidade de São Paulo no subitem quatro do presente artigo, serão apresentados os conceitos envolvidos no estudo de políticas públicas, área hoje pouco estudada nos cursos de direito e tão necessária para compreender “[...] a coordenação dos meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetos socialmente relevantes e politicamente determinados”³.

1 O Brasil e a política de redução de danos

As regulações sobre drogas e as políticas de controle sobre o uso, tanto no Brasil como em outros Estados, são estabelecidas a partir das convenções internacionais sobre a temática. A Organização das Nações Unidas (ONU) e regionalmente a Organização dos Estados Americanos (OEA) – das quais o Brasil faz parte – fixam políticas de drogas que devem ser seguidas pelos Estados-membros. É diante dessa regulação que muitos países encontram dificuldades na mudança de suas políticas internas⁴. A Organização das Nações Unidas elaborou três documentos, que ainda guardam efeitos, como referência para as legislações nacionais dos Estados-membros. A saber: a Convenção única sobre Entorpecentes, de 1961, a Convenção sobre substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1998.

3 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2. tir. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 239.

4 BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Prevenção dos problemas relacionados ao uso de drogas: capacitação para conselheiros e lideranças comunitárias*/Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas. 6. ed. Brasília, DF: SENAD-MJ/ UTE-UFSC, 2014. p. 213.

As duas primeiras definem substâncias que devem ficar sob o controle da comunidade internacional, além de estabelecer regras para garantir a disponibilidade de tais substâncias para uso médico e científico. A última, diretrizes para o controle e a punição do tráfico ilícito de entorpecentes e estratégias de colaboração entre os países. Dessa forma, exige-se que os Estados sigam e deem resposta ao uso danoso e ao tráfico ilícito de drogas⁵. Nas últimas décadas, países e ONG's passaram a problematizar a política de drogas fundada na repressão. Repensando esse viés, emanaram novas normas de direito internacional que serviram de proposta para alternativas no enfrentamento da questão. Nessa esteira, aprofundaram-se debates sobre políticas públicas que resultassem em medidas mais efetivas na busca pela saúde dos usuários e dependentes químicos, que não fosse a resposta criminalizante do uso.

A partir da década de 1970, alguns países implementaram as chamadas políticas para redução de danos. É o caso da Holanda, uma das primeiras nações a adotar a redução de danos como princípio para as políticas de saúde; entre as medidas estão o uso da metadona como droga substitutiva à heroína e a distribuição de seringas em ambientes de uso controlado. Como resultado, houve queda no número de usuários portadores de HIV e também a queda na faixa etária dos usuários de heroína. Atualmente mais de 60% dos usuários de Amsterdã têm mais de 50 anos, o que demonstra a diminuição do consumo entre os jovens.⁶ O objetivo da política de redução de danos não é necessariamente a abstinência imediata do usuário – que participa na condição voluntária – mas sim minimizar os problemas decorrentes do uso de drogas, e de seu abuso, o que comprovadamente aumenta o sucesso na reabilitação dos participantes.

5 BRASIL, 2014, p. 214.

6 NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Em SP, agência da ONU debate políticas que garantam direitos humanos das pessoas que usam drogas*. 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/em-sp-agencia-da-onu-debate-politicas-que-garantam-direitos-humanos-das-pessoas-que-usam-drogas/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

A Lei nº 11.343/2006, conhecida como Lei de Drogas, figura entre seus princípios (art. 4, VII) a atenção e reinserção social de usuários e dependentes, a redução de riscos e de danos sociais e à saúde. Logo, as políticas de redução de danos encontram amparo no arcabouço legal, tendo suporte para serem efetivadas pelos órgãos oficiais de saúde.

Ainda sobre a criminalização dos usuários de drogas, existem vários arranjos que caracterizam as legislações nacionais⁷. Em sua maioria, a criminalização do tráfico de drogas ilícitas é acompanhada de penas severas, ao passo que o consumo tem punições mais brandas. É o caso do Brasil – o que se tem chamado de *despenalização do uso de drogas*. Outro grupo de países percebe no uso uma infração administrativa, não cabendo ao poder judiciário coibi-lo. Nesse caso, temos a chamada *descriminalização do uso de drogas*. Um terceiro arranjo existente é o que ocorreu em alguns estados dos Estados Unidos e no Uruguai, permitindo-se o uso recreativo da maconha. A chamada *legalização do uso*. Essas experiências internacionais têm servido para que o Brasil formule uma política interna de drogas. No ano de 2005, foi aprovada a nova Política Nacional sobre Drogas (PNAD) brasileira, fixando fundamentos objetivos, diretrizes e estratégias para que houvesse maior controle sobre o mercado de drogas ilícitas. Para a efetivação do PNAD, editou-se a Lei nº 11.343, que inovou ao trazer a despenalização do consumo de drogas, mantendo a criminalização da conduta, sem contudo corresponder à pena privativa de liberdade. O art. 28 dessa lei prevê que o uso está sujeito a penas alternativas, como a prestação de serviços comunitários ou medidas educativas – medidas restritivas de direito.

Deve-se mencionar que a Lei de Drogas deixa aberta quais as substâncias de uso e comércio são proibidas. Essa particularidade autoriza a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) a classificar, por meio da Portaria 344, as drogas permitidas ou não

7 BRASIL, op. cit., p. 216.

para o consumo.⁸ Apesar de abrandar a pena para o consumo, a nova Lei de Drogas se tornou mais rigorosa para o tráfico de substâncias ilícitas. O art. 33 prevê pena de cinco a 15 anos de reclusão para as condutas relativas ao tráfico, que podem ser aumentadas por meio das qualificadoras e circunstâncias agravantes.

Nos últimos anos o governo federal formulou o programa “Crack, é Possível vencer”⁹, estruturando-o nos eixos: prevenção, cuidado e autoridade. O programa, apesar de sua denominação aludir ao crack, não se restringe a essa substância, compreendendo também as drogas lícitas e ilícitas. Ele tem como principal objetivo o fortalecimento da rede de atenção às pessoas em situação de risco em decorrência do consumo de substâncias psicoativas; para isso, investiu-se na criação de enfermarias especializadas, CAPS e unidades de acolhimento voluntário. Dessa forma, o Brasil, ao menos normativamente, tem se inserido no grupo de países que adota políticas públicas por meio da Redução de Danos – talvez seja de se questionar se as iniciativas presentes são em número suficiente e contam com o amparo necessário – para o tratamento dos usuários em situação de abuso, e que não retira direitos e tampouco desumaniza o tratamento daqueles que se submetem à reabilitação. Há, portanto, nessa política pública a tentativa de reforçar laços dos participantes com seus familiares e com a sociedade, promovendo os princípios basilares do bem-estar e da saúde.

2 O estudo de políticas públicas

Para entender a formulação do programa “De Braços Abertos”, é necessária antes a compreensão das políticas públicas. Para tanto, o presente trabalho toma de empréstimo o modelo de análise *multiple streams* de John Kingdon, que explica como uma demanda

8 BRASIL, 2014, p. 219.

9 Ibid., p. 221.

social se torna uma política pública. Esse modelo se torna essencial para o estudo do direito administrativo, em específico das políticas públicas, para a compreensão sobre a construção jurídica do tema de modo a tornar operacional o conceito de política.

John Kingdon, no livro “Agendas, *alternatives*, and *public policies*”, descreve que o ciclo de políticas públicas é formado pelo conjunto de processos autônomos¹⁰, que compreende: o estabelecimento de uma agenda; a especificação das alternativas, a partir das quais as escolhas são feitas; uma escolha final entre as alternativas disponíveis, que se dá por votação no Legislativo ou decisão presidencial; e, finalmente, a implementação da decisão¹¹.

Na descrição do modelo de múltiplos fluxos (*multiple streams*), o autor se debruça somente sobre duas fases: a formulação da agenda governamental (*agenda-setting*) e as alternativas para a construção das políticas (*policy formulation*), nas quais se propõe a explicar por que alguns temas conquistam espaço na agenda de políticas públicas, tornando-se importantes para um governo, e outros não, e por que algumas soluções são seriamente consideradas enquanto outras são desprezadas.

No processo da arena política (*politics stream*), três fatores influenciam a agenda governamental. O primeiro é denominado por Kingdon de “humor” nacional, no qual a percepção de uma oportunidade ou de condições favoráveis pelos membros do processo decisório pode resultar na proposição de problemas, da mesma forma que pode retirar outros¹². O segundo fator do processo político é composto pelas forças organizadas, exercidas principalmente pelos grupos de pressão¹³. Por fim, o terceiro e último fator a afetar a agenda são alterações dentro do próprio

10 KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Boston: Longman, 1984. p. 3.

11 CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, v. 61, p. 20-40, 2006. p. 25.

12 KINGDON, op. cit., p. 157.

13 Ibid., p. 160.

governo (*turnover*): seja de funcionários em funções de liderança, na diretoria de entes da administração indireta, na composição do Legislativo etc.¹⁴, bem como da jurisprudência acerca de determinado tema. Os primeiros momentos de um governo são, geralmente, o momento de maior possibilidade para fazer modificações na agenda¹⁵.

O consenso construído na arena política é um contraste do construído pelos especialistas, já que a persuasão dá lugar à barganha¹⁶. No entanto, é a confluência entre eles que explica por que algumas situações se tornam importantes para um governo, fazendo com que se tornem política pública.

Há, no entanto, mais uma determinação capaz de gerar modificações da agenda e na elaboração de estratégias e proposições: os atores em questão. John Kingdon diferencia-os em mais influentes, aqueles que carregam consigo um peso de grande importância, e operadores que atuam na definição das mesmas alternativas. Aquele grupo é liderado por atores reconhecidos e que ficam à frente, com grande visibilidade – é o caso dos integrantes do primeiro escalão, líderes governamentais, parlamentares e grupos organizados.

O autor confere especial relevância aos atores que agem como empreendedores de políticas públicas (*policy entrepreneurs*). Esses sujeitos que estão dispostos a investir seus recursos – tempo, energia, reputação, dinheiro – para agenciar temas que lhes possam favorecer. Podem ser políticos eleitos, funcionários públicos de carreira, lobistas, acadêmicos ou jornalistas e são motivados pela combinação de diversos elementos, como preocupação com certos problemas, busca de benefícios próprios – como proteger ou aumentar seu orçamento burocrático, reconhecimento de suas realizações, promoção de seus valores e até mesmo o mero prazer em participar.

14 Ibid., p. 161.

15 Ibid., p. 171.

16 Ibid., p. 171.

Atuam especialmente em três conjunturas: quando buscam o reconhecimento de um problema que os preocupa, exercendo pressão para que o seu ingresso na agenda de discussão; quando promovem suas propostas de solução por meio do convencimento, ou da redução da resistência às ideias propostas; quando promovem a conexão dos fluxos, unindo suas propostas e soluções favoritas no momento apropriado, ao identificar janelas de oportunidade que facilitam a ascensão das suas ideias ao topo da agenda.¹⁷

3 Programa “De Braços Abertos”

Em São Paulo, “[...] entre a Rua Helvetia e a Alameda Dino Bueno, bem como a extensão e concentração em torno da Rua dos Gusmões, Rua Apa e baixos do viaduto do Minhocão”¹⁸, localiza-se a região popularmente conhecida como Cracolândia. Esta região pontualmente desperta a atenção das gestões de São Paulo. Quando isso acontece, na maior parte é caso de polícia: como, por exemplo, foi o caso da Operação Sufoco¹⁹, mais conhecida como Dor e Sofrimento, levado a cabo em 04/01/2012, onde se tentava abrir espaço para o processo de “revitalização” da região, rebatizada pelo ex-prefeito Gilberto Kassab como Nova Luz – “região que seria privatizada e entregue à especulação imobiliária.” A operação foi marcada pela repressão a moradores e a pessoas em situação de dependência das drogas. Anos antes Kassab, em 31 de maio de 2007, afirmou à Folha: “A Cracolândia não existe mais. Existem incentivos, como abatimento de 80 por cento do valor que as empresas gastarem com compra e reforma dos

17 FRANCO, Caroline da Rocha. *A formulação da política de agrotóxicos no Brasil*. 2014. 195 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

18 ADORNO, Rubens Camargo Ferreira. *Etnografia da cracolândia: notas sobre uma pesquisa em território urbano*. *Sau. & Transf. Soc.*, Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 4-13, 2013.

19 BRITO, Gisele. ‘Cracolândia’ troca Sufoco por Braços Aberto. *Carta Capital*, 16 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cracolandia-troca-sufoco-por-bracos-abertos-mas-ha-duvidas-sobre-novo-programa-6234.html>>. Acesso em: 12 maio 2014.

imóveis e impostos municipais. Até agora 62 empresas demonstraram interesse de se mudar para a região”.²⁰ A formação da região da Cracolândia se confunde muito com a história da construção das cidades brasileiras no intenso processo de urbanização, e de seu modelo excludente. Em São Paulo, a região já na década de 1970 era conhecida por Boca de Lixo, reduto da pobreza e da marginalidade cravado na cidade legal.

No início de 2014, porém, a Cracolândia ganhou as manchetes. Contudo, desta vez, não por mais uma operação policial, e sim como território em que se daria o “Programa De Braços Abertos”: política pública que trabalha em múltiplas frentes, com o auxílio de assistentes sociais, médicos, psicólogos no tratamento voluntário dos cadastrados no programa. Uma política que por si só sai na frente ao não se utilizar de bombas e balas para dispersar os usuários da região.

A Cracolândia, como já é de todo sabido, é conhecida por ser a maior concentração para o consumo de crack e de outras substâncias na cidade de São Paulo. Daí ser o primeiro local escolhido para a adoção dessa política pública.²¹ Como afirma Rubens Camargo Ferreira Adorno, em sua Etnografia da Cracolândia:

A cracolândia pode ser pensada como um espaço marcado pela sociabilidade direta de pessoas que se identificam com o território (uma localidade, mas também um território simbólico e existencial) e, também, pela variada e multifacetada interação dos frequentadores da cracolândia com diferentes agentes institucionais, apontando para modos de gestão do estado pelas margens. Consideramos a perspectiva dos frequentadores da cracolândia como um caminho privilegiado para a compreensão das políticas de combate ao crack.

Como visto, toda política pública passa pela fase de formulação, em que grupos de interesse agem para que determinada po-

20 BRITO, loc. cit.

21 ADORNO, 2013, p. 9.

lítica adentre a agenda governamental. Nesse sentido, é possível identificar três atores interessados na formulação de políticas para a Cracolândia: I) os movimentos que pautam políticas de saúde – como foi no caso do “De Braços Abertos”, visto que se percebem avanços na Redução de Danos (historicamente no Brasil a RD foi adotada, progressivamente, como política para a redução da contaminação pelo vírus HIV e do consumo de substâncias ilícitas), II) os vizinhos do entorno, que convivem indiretamente com as pessoas em situação de uso abusivo de drogas, III) e especuladores, que se interessam pelo mercado de imóveis da região.

O primeiro grupo luta pela redefinição da política oficial de saúde, propugnando um novo paradigma ético no cuidado com os “abusadores” de substâncias psicoativas. Dessa forma, há o enfrentamento das políticas antidrogas punitivistas mantidas desde o período ditatorial, a fim de renovar o paradigma de “combate” às drogas.

O segundo age para a saída dos “incômodos” vizinhos. De certa forma, o programa “De Braços Abertos” está indiretamente resultando nisso. Junto com o programa, houve uma intensificação da polícia na região, fazendo com que houvesse uma redução de 80% no fluxo de usuários ao longo dos meses. Além disso, o número de prisões na região aumentou em 83%, número impulsionado pelas detenções por tráfico. Sem contar que há relatos de que os barracos montados nas calçadas haviam sido retirados dos moradores sem consentimento²². Por fim, há um terceiro grupo – que podemos chamar de especuladores – defensores dos ganhos de capital em função do mercado imobiliário da região. É o que se percebe por meio da valorização percebida dos prédios residenciais e comerciais localizados na Cracolândia, coincidente com o período da chamada “revitalização” da Nova Luz. A Planta Genérica de Valores (PGV), utilizada para o cálculo do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), revela alguns números. A revisão dos valores venais proposta pela gestão de Fernando

22 SÃO PAULO (PREFEITURA). *Operação ‘De Braços Abertos’ inicia desidratação do ‘fluxo’ da Cracolândia e empareda comércios irregulares*. 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/2017#ad-image-0>>. Acesso em: 12 set. 2014.

Haddad representa uma alta de 135% no valor do metro quadrado das construções existentes na região da Rua Helvetia com a Alameda Dino Bueno. De acordo com o documento, o metro quadrado de uma casa localizada na Alameda Dino Bueno custa hoje R\$ 1.420. Em 2009, seu valor venal era de R\$ 602. Em outro ponto, na Rua Helvetia, também na Cracolândia, a valorização foi parecida – passou de R\$ 615 para R\$ 1.452²³.

Considerações finais

O estudo de políticas públicas, ainda que de maneira introdutória, na graduação é incipiente, para não dizer que inexistente. Talvez ainda haja uma dificuldade de se relacionar a importância das políticas públicas na implementação dos direitos essenciais encartados na Constituição Federal. Daí de se perceber como é cada vez mais necessário que o Direito se insira em seu estudo, compreendendo a formação e o mecanismo de escolha. O Direito não deve se preocupar somente com códigos; deve apreender a realidade social que o completa, o extrato político que o torna legítimo.

A partir da análise do programa “De Braços Abertos”, sobre o viés das políticas públicas, foi possível situar o contexto em que se apresenta essa política pública – redefinição ética da política oficial de saúde –, que sofre influências tanto externas (convenções internacionais) como internas (políticas de redução de danos e outros grupos de interesse). O programa se mostra promissor na sua proposta: reabilitar psicossocialmente usuários e dependentes químicos. No entanto, não deve ceder para o fim das práticas repressoras anteriormente vistas na cidade de São Paulo: a *gentrificação* dos usuários em situação de rua.

23 FERRAZ; Adriana; BURGARELLI, Rodrigo. Preço do metro quadrado tem alta de 135% na Cracolândia. *O Estado de S. Paulo*. 4 out. 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,preco-do-m-tem-alta-de-135-na-cracolandia-imp-,1081779>>. Acesso em: 12 set. 2014.

Referências

ADORNO, Rubens Camargo Ferreira. Etnografia da cracolândia: notas sobre uma pesquisa em território urbano. *Sau. e Transf. Soc.*, Florianópolis, v. 4, n. 2, p. 4-13, 2013.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Prevenção dos problemas relacionados ao uso de drogas: capacitação para conselheiros e lideranças comunitárias* / Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Política sobre Drogas. 6. ed. Brasília, DF: SENAD-MJ/ NUTE-UFSC, 2014.

BRITO, Gisele. 'Cracolândia' troca Sufoco por Braços Aberto. *Carta Capital*, 16 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/cracolandia-troca-sufoco-por-bracos-abertos-mas-ha-duvidas-sobre-novo-programa-6234.html>>. Acesso em: 12 maio 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2. impr. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 1-49.

CAPELLA, Ana Cláudia N. Perspectivas teóricas sobre o processo de formulação de políticas públicas. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*, v. 61, p. 20-40, 2006.

FERRAZ; Adriana; BURGARELLI, Rodrigo. Preço do metro quadrado tem alta de 135% na Cracolândia. *O Estado de S. Paulo*. 4 out. 2014. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,preco-do-m-tem-alta-de-135-na-cracolandia-imp-,1081779>>. Acesso em: 12 set. 2014.

FRANCO, Caroline da Rocha. *A formulação da política de agrotóxicos no Brasil*. 2014. 195 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

KINGDON, John W. *Agendas, Alternatives, and Public Policies*. Boston: Longman, 1984.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. *Em SP, agência da ONU debate políticas que garantam direitos humanos das pessoas que usam drogas*. 19 nov. 2014. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/em-sp-agencia-da-onu-debate-politicas-que-garantam-direitos-humanos-das-pessoas-que-usam-drogas/>>. Acesso em: 12 set. 2014.

SÃO PAULO (PREFEITURA). *Operação ‘De Braços Abertos’ inicia desidratação do ‘fluxo’ da Cracolândia e empareda comércios irregulares*. 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portal/noticia/2017#ad-image-0>>. Acesso em: 12 set. 2014.

DISCENSO

Artigos

Tem algum título nesta seção?

O Direito ao Esquecimento e a (im)possibilidade
de reconstrução da história

Por: *Ana Carolina Marinho de Moraes*

Se o Brasil legalizar olê olê olá: a legalização
das drogas a partir da criminologia crítica

Por: *Ana Claudia Milani e Silva e
Vanessa Kubota Ando*

Moral e Direito enquanto instrumentos de dominação

Por: *Carla de Avellar Lopes*

Direito como ideal e razão prática: considerações
a partir de Law as a Moral idea

Por: *Daniel Peixoto Murata*

O fetichismo formalista do direito em Hans Kelsen

Por: *Lucas da Costa Nascimento Pinheiro*

A irresponsabilidade organizada e os OGMs:
reflexões de uma sociedade de risco

Por: *Marina Demaria Venâncio*

Intruso paradigmático – a adoção da perspectiva
restaurativa no direito processual brasileiro

Por: *Mário Edson Passerino Fischer da Silva*

Crítica do Cárcere: prisão para quê?

Por: *Matheus Rodrigues Gonçalves*

O Direito ao Esquecimento e a (Im)Possibilidade de Reconstrução da História

Ana Carolina Marinho de Moraes¹

Resumo: A repercussão midiática de um crime é capaz de ultrapassar o interesse público inerente aos fatos que permeiam o cotidiano social, em especial os delitos. Diante do fortalecimento das mídias sociais, capazes de violar a privacidade dos indivíduos pela exploração de sua imagem, o Direito ao Esquecimento foi inserido na tutela da dignidade humana objetivando impedir a estigmatização social de egressos do sistema prisional pela divulgação ilimitada de sua vida. Ocorre que a tutela do esquecimento não deve ser confundida com instrumentos políticos de manipulação do inconsciente coletivo, tendo sua área de atuação restrita, na qual é incapaz de violar o direito à memória dos fatos e crimes históricos.

Palavras-Chave: Direito ao esquecimento; Liberdade de Informação; Privacidade; Direito à memória.

Abstract: The media repercution of a crime is able to overcome the public interest on events of the social life. Due to the growth of social media, capable of violating individual privacy, the “right to be forgotten” was inserted on the concept of human dignity as a way to prevent individual out jail social stigmatization through media image exploitation. The protection of forgetting should not be confused with political instruments of collective unconscious’ control, as long as it is applicable only in restricted hypotheses, being, therefore, incapable of violating the right to memory of historical facts and crimes.

Keywords: Right to be forgotten; Freedom of information; Privacy; Right to memory.

1 Servidora Pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Introdução

Antes do Cristianismo era comum desestimular a prática de ilícitos por meio da divulgação do crime, seguido pela exposição de partes do corpo do condenado em praça pública, nas muralhas dos castelos e nos centros comerciais, de modo que todos tivessem ciência do delito, de seu autor e das consequências. Hoje em dia, pode-se afirmar que a difusão ilimitada dos crimes cometidos, propagando e perpetuando o delito ocorrido mediante ampla divulgação e exploração do fato e da vida íntima dos envolvidos, substituiu a prática antiga.

A superabundância de informações e imagens geradas pela mídia da qual resulta uma coletânea sem coerência contextual e temporal dos fatos que são transmitidos, originou, nas palavras da Ministra Carmen Lúcia, o “Estado Espetáculo”². A cobertura de crimes possui seu espaço reservado nesse teatro. A prisão tornou-se, nesta sociedade de mídias e formas sem conteúdo, um ato de grande repercussão social, sobrepondo a apuração do ilícito na forma da lei e a proteção da imagem do indivíduo envolvido. É claro que o cidadão inserido em um contexto social possui o direito de ser informado a respeito de investigações envolvendo fatos e pessoas que influenciam de alguma forma a dinâmica urbana, uma vez que sob a prática de crimes existe um interesse público inerente. É inequívoco que o interesse e o direito sob a informação é legítimo na medida em que informa, contextualiza e elucida o indivíduo dos fatos cotidianos.

Este direito coletivo à informação está inserido na mesma norma constitucional que garante a liberdade de informar dos meios de comunicação, estando igualmente legitimado o exercício informativo da imprensa na transmissão de informações sobre crimes e seus autores. Ocorre que, sob a forma e a finalidade com

2 STF. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89429. Impetrante Hélio Máximo Pereira. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402446>. Acesso em: 4 abr. 2014.

que as informações chegam até a população, existe uma atuação midiática que é capaz de ultrapassar a intenção informativa e elucidativa para incorrer em entretenimento e especulação.

Assim sendo, observado o alto grau de influência que os propagadores de notícias exercem no inconsciente coletivo, regulando em grande parte aquilo que a população lembra ou esquece, torna-se necessário regulamentar a transmissão de informações que possam em alguma medida ultrapassar a função e a liberdade informativa garantida à imprensa. Isso porque uma relação descontextualizada e atemporal entre informação, crime e sociedade é capaz de gerar danos à esfera pessoal do indivíduo noticiado.

Foi neste contexto que surgiu o Direito ao Esquecimento. No Brasil, foi inserido na tutela da dignidade da pessoa humana pelo Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, visando a regulamentar a transmissão de informações à sociedade que possam em alguma medida ofender a intimidade do indivíduo noticiado quando já superada a utilidade social daquilo que foi publicado.

Ao versar sobre o referido direito, o Enunciado nº 531 destacou a origem da tutela ora comentada ao campo das condenações criminais, especificamente, aos indivíduos que já tiveram suas infrações penais julgadas. Pela via da proteção à intimidade, trata-se de tutela que objetiva restringir o acesso às informações sobre uma pessoa envolvida em investigação criminal mediante uma limitação temporal à veiculação da notícia. Em outras palavras, referido direito objetiva tutelar, em especial, indivíduos envolvidos em processos criminais que, passados alguns anos, continuam sendo objeto das transmissões jornalísticas.

Ocorre que, muito embora a própria justificativa do Enunciado tenha registrado que a tutela do esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos passados ou reescrever a própria história, a preocupação com as consequências da aplicabilidade do direito estudado a fatos tidos por históricos, comprometendo a memória coletiva, ensejou amplos debates entre juristas nacionais. A possibilidade da concessão do esquecimento constituir-se

em censura aos meios de comunicação – na medida em que permite a retirada de circulação de fatos determinados, bem como o comprometimento da historicidade do que é narrado – foram colocados como fatores de impedimento à aplicação do direito em foco.

Concomitantemente, o requerimento de ser esquecido foi posto como instrumento legal capaz de violar um direito preexistente, o Direito à Memória, visto que a concessão de tutela do esquecimento permitiria apagar fatos que ocorreram no passado e reconstruir a história ocorrida. Discute-se, ainda, o comprometimento do interesse público inerente às notícias associado a uma intenção de manipular as informações divulgadas à população.

Assim, optando-se por analisar somente os meios jornalísticos televisivos e impressos de divulgação da notícia, o presente artigo, identificando a quem tutela o esquecimento enquanto direito, qual a sua área de atuação e os seus parâmetros de aplicação, objetiva traçar um paralelo entre o contemporâneo Direito ao Esquecimento e os mecanismos já existentes capazes de comprometerem efetivamente a consciência coletiva dos fatos e possibilitarem uma modulação da história.

1 O direito ao esquecimento

O direito de ser esquecido foi diretamente tratado pelo Conselho da Justiça Federal por intermédio da publicação do Enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, cujo teor determinou que “[...] a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Asseverando que, entre os direitos da personalidade protegidos no art. 11 do Código Civil, encontra-se o de ser esquecido, referido enunciado adicionou proteção de parte específica do passado do indivíduo à norma que já tutelava a imagem, o nome e os demais aspectos de sua vida privada.

Referida inserção no ordenamento jurídico brasileiro restou justificada nos seguintes termos:

Os danos provados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.³

Em termos jurídicos, a aplicabilidade do direito estudado no cenário interno deve se dar em acordo com a base principiológica decorrente dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, mas também do direito positivo infraconstitucional que dispõe sobre a privacidade.⁴ Enquadrando-se na regulação normativa dos direitos da personalidade e da proteção da vida privada dispostos no Código Civil, o vértice constitucional do Direito ao Esquecimento é encontrado na limitação legal e jurisprudencial já existente à liberdade de informação e no princípio da dignidade da pessoa humana. A liberdade de informação atua como parâmetro balizador da aplicação do referido direito na medida em que seu exercício legítimo requer a contemporaneidade da notícia e a proteção aos valores protetivos da pessoa humana. Isso porque a informação está sujeita a um prazo de validade na medida em que se esgota a relevância social do fato e a intenção de esclarecimento à sociedade.

A concessão de liberdade para a imprensa tratar de notícia sobre crime cometido por um indivíduo a qualquer tempo extrapolaria, em alguma medida, o interesse público inerente ao

3 BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

4 STJ. Superior Tribunal de Justiça. RE no RECURSO ESPECIAL: RE no REsp 1334097 RJ 2012/0144910-7. Relator Ministro Humberto Martins. DJ 11/10/2017. Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509639798/re-no-recurso-especial-re-no-resp-1334097-rj-2012-0144910-7>. Acesso: 02/12/2019.

fato, sendo capaz de violar a privacidade do cidadão noticiado e prejudicar eventual reinserção na sociedade caso tenha cumprido pena. Portanto, impor uma limitação à atuação midiática torna-se um ato legítimo se o exercício da atividade informativa adentrar a esfera de fatores da vida privada do indivíduo quando já superada a utilidade social daquilo que se noticia.

Informada a ocorrência do delito, demonstrado o funcionamento do aparato estatal e imposta uma sanção proporcional ao que foi cometido, restam satisfeitos o direito coletivo à informação e o interesse público que permeia os ilícitos cotidianos. Ultrapassada esta fase, o Direito ao Esquecimento se sobrepõe à liberdade de informação ao almejar impedir o uso ilimitado da imagem do autor de um crime pela imprensa, livre de intenção informativa ou elucidativa. A publicidade dada ao fato e ao indivíduo envolvido após isso é de mero entretenimento da parcela social que ocupa a plateia televisiva, sendo capaz de estigmatizá-lo e impedir sua eventual ressocialização.

Portanto, a comunicação do fato e da resposta estatal satisfazem o interesse público subjacente ao crime e permitem que seja resguardada vida privada do autor do delito após superado o conteúdo informativo daquilo que se noticia, cumprindo a finalidade de impedir uma estigmatização social de indivíduo envolvido em fato criminoso.

De forma simplificada, o Direito aqui tratado versa em grande parte sobre a relação entre informação, crime e sociedade. Pretende impedir abuso de direito dos órgãos propagadores de informação frente à privacidade e o direito de ressocialização de cidadãos comuns que cometeram certa vez um crime que, por algum motivo peculiar, atraiu a atenção da mídia.

1.1 A possibilidade de reconstrução da história

Conforme estudado, o Direito ao Esquecimento nasce dentro do contexto da inundação do espaço público por questões

estritamente privadas, permitindo a ampliação da proteção à privacidade da pessoa pela inclusão do parâmetro temporal ao controle das informações do indivíduo a seu respeito. Cabe, nesse momento, verificar a possibilidade de a aplicação desse instituto permitir uma manipulação da memória coletiva. Vejamos.

Johann Michel, estudioso francês contemporâneo, publicou recentemente um artigo a respeito de seus estudos sobre o fenômeno do esquecimento.⁵ Como resultado de sua pesquisa, apresenta uma tipologia de esquecimentos.

O primeiro tipo citado é por Michel nomeado de “esquecimento omissão”. Trata-se de condição normal de funcionamento da memória humana quanto à sua seletividade e consequente impossibilidade de armazenamento de tudo aquilo que é transmitido ao indivíduo.

Prosseguindo na tipologia apresentada, apresenta o “esquecimento negação”, aquele que se encontra interligado diretamente a uma patologia da memória ligada a traumas que não foram superados; para tanto, não constituem o consciente do indivíduo. Muito embora explicado como tipo patológico e involuntário, Johann explica que o esquecimento negação é aplicável à memória coletiva nas ocasiões em que, devido ao peso traumático dos acontecimentos passados, eles tendem a ser rejeitados da esfera consciente das lembranças de uma dada sociedade em um determinado momento de sua história. Assim, trechos da história coletiva podem ser negados pelas autoridades públicas legítimas em benefício de realidades mais apaziguadoras ou aceitáveis.⁶

Reconhecendo que a involuntariedade do esquecimento da negação é difícil de entender quando aplicado à coletividade, a política do esquecimento nas concepções de Michel Johann apresenta, ainda, o “esquecimento manipulação”. Este seria fortemente

5 MICHEL, Johann. Podemos falar de uma política do esquecimento? *Revista Memória em Rede*, Pelotas, v. 2, n. 3, ago./nov. 2010. Disponível em: <www.ufpel.edu.br/ich/memoriaemrede>. Acesso em: 4 jun. 2014.

6 *Ibid.*, p. 18.

marcado pela atuação ativa e voluntária de agentes públicos encarregados de transmitir a memória oficial, mediante atos conscientes de promoção do esquecimento, tais como “vazios narrativos nos discursos oficiais, os lugares amnésicos e a ausência de comemorações”⁷.

Por último, recorta-se do estudo publicado, o que Michel apresenta como o “esquecimento destruição”, categoria definida como a mais violenta, radical e que não objetiva à reconciliação nacional. Nas palavras do autor:

Essa forma instituída de esquecimento é utilizada no sentido de construir uma memória oficial hegemônica em detrimento de memórias coletivas concorrentes que são o objeto de uma ação sistemática de aniquilação (destruição de documentos públicos, autos de fé etc...). Através dessas ações, objetiva-se fragmentar ou até mesmo eliminar a identidade coletiva (em sua reprodução física, social e simbólica). A técnica do esquecimento destruição se encontra, sobretudo, nas ações de extermínio étnico ou genocídios [...].⁸

Da exposição da pesquisa do estudioso citado, objetiva-se demonstrar que entre os quatro tipos-ideais de esquecimento trabalhados até o momento nenhum contempla o esquecimento que intitula o presente artigo. Na negociação entre o que vale a pena lembrar ou esquecer, o Direito ao Esquecimento objeto do Enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil tem espaço de aplicação somente em nível individual, diante de uma proteção à esfera íntima do indivíduo em face de exploração ilimitada pela mídia. Trata-se de exercício da proteção à intimidade do indivíduo por meio da possibilidade de autodeterminação e autogerenciamento das informações pertinentes a sua pessoa frente a um uso ilimitado da liberdade de informação pelos meios de comunicação. Isso porque, “no âmago do direito à privacidade está o controle

7 Ibid., p. 20.

8 JOHANN, 2010, p. 25.

de informações sobre si mesmo”⁹. Desse modo, a aplicação desse mecanismo legal adentraria o contexto de um quinto tipo de esquecimento registrado por Michel Johann, qual seja, o “esquecimento terapêutico”, identificado como mecanismo de cura da própria memória atuante quando se observa que “um excesso de memória [...] inibe a construção de novos horizontes de espera, fazendo com que os indivíduos tendam a voltar-se a si próprios”¹⁰.

Lado outro, delimitando o estudo para os fenômenos criminais, é possível observar que esse excesso de memória que faz com que os indivíduos voltem para si próprios pode ser aplicado aos efeitos estigmatizantes que o discurso ilimitado da mídia a respeito de um crime pode causar ao indivíduo ao sair do sistema prisional. Crime este que não compromete a historicidade de um fenômeno social por já ter transcorrido os passos da publicidade midiática na data de sua descoberta e satisfeito o interesse público quanto à contextualização e esclarecimento do ocorrido.

Neste panorama, observa-se que, em reconhecimento à proteção da esfera íntima do indivíduo envolvido em processo criminal frente ao interesse público, a tutela dos processos de memória e esquecimento inerentes à pessoa humana já é exercida pelo ordenamento jurídico vigente. Trata-se, por exemplo, da disposição inserida no art.202, da Lei de Execuções Penais, que estabelece que, cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça qualquer notícia ou referência à condenação.

Cometido um crime e consumada a atuação estatal por meio da aplicação de uma sanção, qualquer transmissão informativa que se faça sobre o fato poderia ultrapassar o exercício legítimo da liberdade de imprensa para incorrer em abuso.

9 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 379.

10 JOHANN, op. cit., p. 25.

Assim, comprovado o auto de grau de receptividade e absorção pelo público das informações propagadas pela imprensa, a veiculação de notícia sobre crime pretérito seria capaz de marcar o indivíduo perante o olhar coletivo, reacendendo uma desconfiança acerca de sua índole. Essa inserção no consciente popular faz emergir uma memória frágil e sem utilidade pública.

Além da inutilidade para a conjuntura social, importa destacar os dispositivos normativos que relacionam tempo, memória e direito, que a Constituição da República, em seu artigo 5º, XLVII, “b”, assegura que “não haverá penas de caráter perpétuo”. Quanto a isso, questiona-se a que caráter poderia ser atribuída a estigmatização do egresso do sistema prisional quando este retorna à sociedade após o cumprimento de sua pena, senão ao de perpetuidade do estigma de ex-presidiário?

Previsto constitucionalmente um direito fundamental de proteção à privacidade, e, cumprida uma sanção determinada pelo Estado em razão de um delito perpetrado, não há que se impor ao indivíduo o equivalente a uma pena perpétua mediante a exploração infundada do fato delituoso por ele cometido amparada em um suposto interesse público.

O direito de ser esquecido permite questionar até que ponto e por quanto tempo um indivíduo que comete um crime pode ser inserido dentro dos parâmetros de periculosidade social. Questiona-se, ainda, se suposta periculosidade seria eterna ou se, por outro lado, efetivada a compensação do dano pela restrição da liberdade, o indivíduo estaria livre para recair no esquecimento e ser deixado em paz. Deve-se ter em mente que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade¹¹. Isso porque:

O final do percurso penal (instrução dos autos, processos, pronunciamento e execução da pena) é, de fato, a reabilitação do culpado. Reabilitar que dizer apagar as incapacidades, restaurar a capacidade humana fundamental do cidadão portador de

11 LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

direitos e obrigações. Reabilitar quer dizer reduzir progressivamente a exclusão social do condenado, a distância a qual era mantido, e da qual a detenção carcerária continua sendo o arquétipo, facilitar, enfim, sua reinserção no seio da sociedade.¹²

A propósito, ressalta-se que, atualmente, podemos distinguir três funções esperadas da pena nos sistemas penais contemporâneos, relacionando cada uma a uma dimensão temporal distinta: uma função preventiva voltada para o futuro, uma função de reparação com eixo no presente e uma função de retribuição ancorada no passado¹³. Diante desse panorama, qualquer que seja a gravidade do delito cometido pelo sujeito, ele não se reduz a isso; e, desse ponto de vista, a sanção surge como o primeiro passo em direção a outro futuro, além da simples repetição de um passado culpável.¹⁴ Nesse sentido, entra em xeque a função reabilitadora da sanção, visto que o próprio fato de haver cumprido com a pena que foi imposta ao indivíduo implica um demérito perante a comunidade capaz de impedir sua ressocialização aos olhos dos demais cidadãos. Conforme bem formulado por Aury Júnior, “a pena de prisão não ressocializa, não reeduca, não reinsere socialmente. Do discurso “re”, somente se efetivam a reincidência e a rejeição social”.¹⁵

Com efeito, François Ost, ao aplicar a concepção de tempo e sociedade às disposições das sanções previstas pelo Direito, anota que:

[...] o direito ao esquecimento, consagrado pela jurisprudência, surge mais claramente como uma das múltiplas facetas do direito a respeito da vida privada. Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer,

12 Id., 2012, p. 167.

13 OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005. p. 121.

14 Idem, p. 167.

15 LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 84.

uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, a sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.¹⁶

Até porque, as regras do processo penal devem funcionar como verdadeiras garantias democráticas; logo, nada mais legitimador do que a aplicação de um Direito ao Esquecimento para mitigar – pela via da proteção à vida privada – a liberdade de expressão da exploração por tempo ilimitado do fato criminoso pela mídia.

Conclui-se que, pela via da proteção à intimidade como limitador constitucional à liberdade de informação, o Direito ao Esquecimento visa a amparar o condenado no seu direito à ressocialização e proteção à privacidade.

Conforme brilhantemente asseverado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, o reconhecimento do Direito ao Esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução humanitária e cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com presente – fez clara opção pela segunda¹⁷. Diante do exposto, resta concluir que a possibilidade de reconstrução da história por meio da concessão da tutela do esquecimento de fato existe, mas, história essa individual e particular de um indivíduo diante da persecução midiática após o cumprimento de uma sanção imposta pelo cometimento de um delito.

O enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil não inclui o Direito ao Esquecimento na tutela da dignidade da pessoa humana por acaso. Referido princípio constitucional abrange o direito da pessoa de viver dentro de parâmetros mínimos que possibilitem sua interação com o meio. O exercício da cidadania de um indivíduo que não possui a proteção digna aos fatos de seu

16 OST, *op. cit.*, p. 161.

17 STJ. REsp nº 1.334.097, *Op. cit.*, p. 37.

passado compromete-se a tal ponto de impedir que tenha uma vida digna.

Assim, pela tutela da dignidade da pessoa humana e mediante a proteção à intimidade, fatores constitucionalmente previstos como limitadores da liberdade de imprensa, o Direito ao Esquecimento encontra seu espaço legal de aplicação, por ser capaz de permitir a reconstrução da história particular do indivíduo diante de abusos do direito de exploração da imagem pela mídia.

2 O direito à memória

Agindo como recurso histórico fundamental na reconstrução de um passado vivido ou narrado, os discursos propagados e tudo aquilo que é veiculado pelos meios impressos e televisivos, constituem um caminho para o levantamento de um contexto histórico, revelando aspectos da conjuntura social da época e contribuindo para a formação de ideologias.

As formas de recordações são afetadas pela organização da transmissão do ocorrido e pelos diferentes meios utilizados¹⁸ para a propagar os fatos. Referida transmissão da memória ocorre de diferentes formas no decorrer do tempo, podendo ser elencados como principais mecanismos de propagação do passado: as discussões orais das tradições – em aulas escolares de História, por exemplo; as imagens e os monumentos comemorativos; os rituais de lembrança do fato ocorrido (como o *Memorial Day* nos Estados Unidos) e, é claro, os registros documentais de historiadores. Transmitida principalmente pelos métodos mencionados, a memória contribui para a justificação ou legitimação de ações do presente em que o passado é posto como referência. Nesse contexto, observa-se que a mídia e a política são atores capazes de

18 BURKE, Peter. *A História Como Memória Social*. In: _____. *Variedades de história cultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992. Disponível em: <<http://muna.tripod.com/17.html>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

instrumentalizar a lembrança, interferindo na memória social e na forma como as informações chegam até a sociedade. Isso porque a memória é uma construção. Ela é resultado da interação entre diversos atores em um contexto social que ensejam uma tutela quando se objetiva proteger a sociedade da consciência do processamento histórico dos fatos que se passaram.

Para Jacques Le Goff, a memória deve ser vista como uma propriedade humana de conservar determinados dados que nos remetem a um conjunto de informações psíquicas, graças às quais o homem pode atualizar impressões ou informações passadas.¹⁹ Maurice Halbwachs, estudando esse mecanismo da mente humana desde o século passado, desenvolveu o conceito de memória partindo da prerrogativa da impossibilidade de uma lembrança existir exclusivamente no interior do indivíduo.²⁰ Observando a influência das diversas formas de manifestações sociais na formação da memória, ampliou seu conceito concluindo que toda memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva²¹ visto que agrega uma percepção embasada na concepção de pensamento do grupo social do qual o indivíduo é parte. A memória coletiva se formaria, então, através do meio de se relacionar com as recordações através de registros, decorrendo daquilo que se experimentou bem como daquilo que foi narrado por outro sujeito. A psicanalista membro da Comissão da Verdade, Maria Rita Kehl, refletindo sobre a cobertura televisiva de fatos recentes da história e sua relação com a produção ideológica social, percebeu que:

Nos anos 70, o impacto das imagens da Guerra do Vietnã, chegando ao vivo aos lares americanos, foi tão mobilizador que contribuiu para pôr fim à guerra. Já na Guerra do Golfo, nós assistimos a uma transformação das imagens da guerra em espetáculo, uma transformação da realidade em ficção e a produção, no público, de certa aceitação fascinada da destruição. O público

19 LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão et al. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 1992.

20 HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 1949.

21 *Ibid.*, p. 20-42.

norte-americano assistiu à Guerra do Golfo como se fosse uma partida de vídeo game, uma luta do bem contra o mal, em que a morte concreta foi substituída pelo espetáculo pirotécnico da destruição de um outro desumanizado, fictício. As mesmas informações que, num momento inaugural da história das transmissões internacionais de imagens pela TV, criaram um efeito de mobilização das consciências, num segundo momento produziram um efeito de alienação. Mas, é claro, não são as mesmas informações. A linguagem televisiva se sofisticou, as imagens se estetizaram. O fato concreto da morte e da destruição é sempre o mesmo, mas a versão é outra, o tratamento das imagens é outro e, portanto, o fato simbólico é outro também.²²

Nesse contexto, é possível afirmar que a influência da mídia televisiva atua na construção de uma versão paradigmática dos fatos, com insuficiência de reflexão sobre suas implicações históricas, capaz de influenciar na memória social dos fatos ocorridos. Aqueles que possuem poderes para atuarem na esfera pública, levando o discurso a um número indeterminado de pessoas, interferem diretamente na consciência da população. Existe uma formação cultural social baseada na divulgação em massa das informações pela imprensa.²³ Essa produção midiática formadora de cultura seria responsável pela criação de um inconsciente coletivo dado o grau de influência na formação de opinião, senso crítico e, principalmente, na construção do contexto social em que está inserido o indivíduo; todos esses fatos inseridos na consciência histórica da população. A influência da mídia na construção da memória coletiva e história é visível, também, no que diz respeito à propagação de dados sobre os crimes ocorridos na sociedade. Sobre o tema, o Ministro Luís Felipe Salomão, no julgamento do REsp nº 1.334.097, asseverou que:

22 KEHL, Maria Rita. *Imaginário e pensamento*. Apud ALMEIDA, Valéria Paz de. *Nas redes dos telejornais: O tecido discursivo e a formação da memória social*. 2006. 404 f. Tese (Doutorado em Filologia e Língua Portuguesa) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

23 Id., 2006, p. 26-35.

Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos, mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do bandido vs cidadão de bem.²⁴

Por deter parte considerável do monopólio do discurso narrativo dos fatos sociais, a televisão domina, conseqüentemente, o discurso da verdade, editando e produzindo visões e versões das informações, acabando por diminuir a densidade da consciência histórica na população. Assim, a tutela da memória se efetiva, em grande parte, dentro de uma esfera pública na qual existem mecanismos que atuam diante de um contexto público, político e amplo, que promovem um esquecimento de determinado fato com objetivos definidos. Trata-se aqui do conceito de políticas da memória formulado por Johann Michel, instrumento que atua através de um “conjunto de intervenções de atores públicos visando a produzir e impor à sociedade uma memória pública oficial e em favor do monopólio de instrumentos de ação pública”.²⁵ Observa-se, portanto, que, concomitantemente ao uso midiático da memória, ocorre o seu uso político. Isso porque muitas vezes a forma de transmissão da memória, seja ela imagem, escrita ou monumentos históricos, ocorre de forma a atender a um uso político da recordação daquele que a propaga, agindo com objetivos bem delimitados na intenção de vincular certo fato à formação da identidade que se deseja em um grupo.

Nesse sentido, o Direito à memória surge em face de mecanismos e instrumentos de esquecimento social forçado. Como direito, individualmente, a memória está resguardada como fator integrante do patrimônio cultural da população na medida em que integra a identidade dos grupos sociais que formam a

24 STJ. REsp n. 1.334.097, op. cit, p. 35.

25 MICHEL, 2010.

sociedade. Coletivamente, muito embora a fronteira com o individual seja tênue, a memória nasce como direito juntamente com a proteção à sociedade de sua verdade histórica e de tudo que compõe o seu passado social.

Exemplo da manipulação da memória é encontrado no relato de Peter Burke quanto à alteração dos nomes das ruas na Bulgária após o regime revolucionário:

Quando visitei a Bulgária em meados dos anos 60, o único guia que possuía era um Guide Bleu de 1938. Apesar de incluir as plantas das ruas, perdi-me mais de uma vez e tive de perguntar aos passantes onde ficava a rua 12 de Novembro, por exemplo. Ninguém pareceu surpreso, ninguém sorriu, as pessoas limitaram-se a conduzir-me, mas quando chegava verificava que a rua 12 de Novembro tinha passado a ser a rua 1º de Maio, etc. Este incidente pode ser encarado como um estimulante indicador da força da memória não oficial e da dificuldade de a apagar, mesmo nos chamados regimes totalitários dos nossos dias.²⁶

Em oposição à manipulação da memória coletiva pelos governantes, surgiu a expressão “dever de memória”, que passou a ser correntemente utilizada a partir dos anos 1990, vinculada diretamente ao uso político do processo histórico pelo Estado. Nesse contexto, o dever de memória está inserido no contexto de obrigação de esclarecimento público, proteção dos instrumentos que compõem o passado coletivo e criação de formas de reparação aos que tiveram seus direitos humanos violados por atos políticos.

No Plano Nacional de Direitos Humanos²⁷, a memória é afirmada como fundamental para a construção da cidadania e ao funcionamento de um Estado Democrático e sua recuperação significa a ruptura do silêncio e do esquecimento:

26 BURKE, 1992.

27 PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (PNDH-3). Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. rev. e atual. Brasília: SDH/PR, 2010.

A investigação do passado é fundamental para a construção da cidadania. Estudar o passado, resgatar sua verdade e trazer à tona seus acontecimentos, caracterizam forma de transmissão de experiência histórica que é essencial para a constituição da memória individual e coletiva. [...]. O trabalho de reconstituir a memória exige visitar o passado e compartilhar experiências de dor, violência e mortes. Somente depois de lembrá-las e fazer seu luto, será possível superar o trauma histórico e seguir adiante.

Resta claro, diante do exposto e do trecho citado, a existência fundamental da memória no contexto individual, coletivo e social. Seja como fator integrante da cultura, merecendo proteção do patrimônio cultural, seja como ensejadora de políticas de reparação por traumas coletivos que tiveram seu processo histórico manipulado pelo poder político, o direito à memória existe e deve ter seu espaço e sua importância reconhecidos, não cabendo a manipulação desta capacidade de modo a produzir uma reconstrução da história.

2.1 A impossibilidade de reconstrução da história

O direito à memória que atua como impossibilitador da reconstrução da história é aplicável ao contexto criado por Geroge Orwell em “1984”, bem como à tipologia de Michel Johann no que diz respeito aos “esquecimentos manipulação, omissão e destruição”. Referidos mecanismos não são confundíveis com o cenário de aplicação do direito ao esquecimento.

Na obra “1984”, de George Orwell, é narrado um mundo em que a linguagem e a realidade são moldadas de forma a estruturar o pensamento e a percepção da realidade social dos indivíduos. O personagem principal, Winston Smith, trabalha no Ministério da Verdade, órgão responsável pela edição de notícias passadas para que sirvam de banalizadoras ao presente. Relata-se uma desconstrução do passado, ou ainda, a reconstrução desse passado de

forma conveniente, em que a última versão é sempre favorável ao governo.

O papel da verdade na construção da história e da memória como mecanismo de manipulação social são focos do mundo construído por Orwell em “1984”, conforme se extrai do excerto que afirma a detenção pelo poder político da verdade na formação de um “controle de realidade”:

Se o Partido tem o poder de agarrar o passado e dizer que este ou aquele acontecimento nunca se verificou – não é mais aterrorizante do que a simples tortura e a morte? O Partido dizia que a Oceania jamais fora aliada da Eurásia. Ele, Winston Smith, sabia que a Oceania fora aliada da Eurásia não havia senão quatro anos. Onde, porém, existia esse conhecimento? Apenas em sua consciência, o que em todo caso devia ser logo aniquilada. A esse todos os outros aceitassem a mentira imposta pelo Partido – se todos os anais dissessem a mesma coisa – então a mentira se transformava em história, em verdade. “Quem contra o passado”, dizia o lema do Partido, “contra o futuro; quem controla o presente controla o passado”. E, no entanto, o passado, conquanto de natureza alterável, nunca fora alterado. O que agora era verdade, era verdade do sempre ao sempre. Era bem simples, bastava uma série infundada de vitórias sobre a memória. “Controle da realidade”, chamava-se.²⁸

Descrevendo uma realidade social em período de guerra, Orwell narra em terceira pessoa os mecanismos de controle de um Estado (representado pelo “Partido”) sobre sua população. Referidos mecanismos do Partido é representado por três pilares: “Ignorância é força”, “Guerra é Paz” e “Liberdade é Escravidão”. A ignorância é força quando vislumbrado que aquela deve ser atribuída ao povo, e esta, ao governo como consequência direta da primeira atribuição. Ou seja, o não conhecimento do passado pelo povo permite o controle do presente e do futuro pelo Partido.

28 ORWELL, George. 1984. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978. p. 22.

- O passado existe concretamente, no espaço? Existe em alguma parte um mundo de objetos sólidos, onde o passado ainda acontece?
- Não.
- Então onde é que existe o passado, se é que existe?
- Nos registros. Está escrito.
- Nos registros. E em que mais?
- Na memória. Na memória dos homens.
- Na memória. Muito bem. Nós, o Partido, controlamos todos os registros, e controlamos todas as memórias. Nesse caso, controlamos passado, não é verdade?²⁹

Alterações em nome de ruas, ausência de leis reparadoras, leis que impedem a criminalização de agentes políticos que cometeram violações de direitos humanos constituem ações que não permitem o fechamento do ciclo da persecução penal capaz de limitar a lembrança do fato pela sociedade. No mesmo panorama, o grau de consciência que se tem de fatos que marcaram a conjuntura social e da repressão da memória que foi promovida pelo governo permite a exigência de uma revisitação desse passado com intuito de esclarecimento e justiça.

No contexto de Orwell quanto ao poder do discurso, Michel Foucault refletiu sobre o poder da linguagem na produção da narrativa, asseverando que “[...] o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo pelo qual e com o qual se luta, é o próprio poder de que procuramos assenhorear-nos”.³⁰ Com efeito, na medida em que é constada a possibilidade de serem moldadas, as recordações ensejam o estabelecimento de limites para os seus usos mediante o resguardo de uma tutela. Assim, a tutela da memória coletiva e histórica nasce em face de uma memória pública oficial, produzida pelas autoridades públicas legítimas, negando trechos inteiros da história coletiva em benefício, na maior parte dos casos, de

29 Id., 1978, p. 156.

30 FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

outras lembranças que tornaram a realidade mais apaziguadora ou mais aceitável, como nos casos de traumas ligados às guerras devastadoras, como ocorre na novela de Geroge Orwell.

A marginalização de um passado violento por um órgão que possui competência para atuar diante da memória coletiva enseja a tutela de um direito que objetiva impedir um esquecimento forçado do ocorrido. Da mesma forma, a existência de traumas coletivos produzidos por um regime político autoritário enseja o impedimento de um desligamento forçado das relações sociais com o passado mediante a aplicação do direito à memória.

O direito à memória atua diante da ausência de esgotamento da resposta penal conferida ao fato criminoso. Integrante do patrimônio cultural como fator de construção de grupos sociais, conforme previsão constitucional, a memória, definitivamente, constitui-se em um direito que impossibilita a reconstrução da história diante de seu uso político.

Trazendo novamente à tona o parâmetro da contemporaneidade da liberdade de informar como requisito de sua propagação, observa-se que o interesse público inerente ao fato criminal atua como mecanismo de fiscalização social da resposta social que será dada ao fato. Logo, surge no cotidiano dos crimes comuns praticados entre civis, mas também diante da percepção de manipulações e omissões quanto à narrativa dos fatos.

Considerações finais

De um lado, o esquecimento social pode ser visto como uma perda; de outro, como um ato de libertação. O Direito ao Esquecimento inserido no cenário nacional pelo Enunciado nº 531, da VI Jornada de Direito Civil permite discutir o uso que é dado pelos meios de comunicação aos fatos pretéritos partindo da premissa da possível violação da intimidade de pessoa vinculada à notícia. Trata-se de direito que nasce objetivando ampliar o

núcleo de proteção à intimidade do indivíduo e encontra seu espaço de atuação na atual sociedade do informacionismo exagerado em que é necessário identificar possíveis abusos de direito da mídia no exercício da liberdade de informação.

Por isso, não é uma medida capaz de apagar fatos ou promover uma reconstrução da história ocorrida por não se confundir como os mecanismos de esquecimento forçado que violam o direito à memória e efetivamente limitam o acesso à informação pela instituição de um esquecimento forçado.

É possível concluir que o esquecimento, de fato, pode influenciar negativamente a consciência coletiva dos acontecimentos e infringir o direito de ser informado do indivíduo. Ocorre que, traçando um paralelo entre os instrumentos que promovem um esquecimento forçado capaz de violar o direito à memória e o Direito ao Esquecimento estudado, não é possível afirmar que este se aplica a fatos de cunho particular que tenham sido divulgados pela mídia em desobediência ao requisito da contemporaneidade da notícia e da proteção à vida íntima do autor do fato. Aquele trata de esquecimento que viola um direito coletivo que nasce da manipulação do passado por um uso político dos fatos, inserido, portanto, em uma esfera pública de atuação.

O Direito ao Esquecimento atua diante de um encerramento do ciclo da persecução penal que envolve o fato. Os esquecimentos oponíveis à memória promovem um desligamento forçado de fatos que marcaram as relações sociais sem que haja o fechamento do ciclo que envolve o processamento penal e social do fato.

Em resumo, o direito objeto do presente artigo tem sua área de atuação na esfera pessoal de indivíduo que cometeu um crime comum, sendo possível de ser requerido depois de transcorridas as etapas de um processamento penal do fato. Fato este que foi seguido por uma atuação pública e estatal, dando publicidade à resposta estatal acerca do fenômeno criminal, sendo preenchido o direito de ser informado do indivíduo e o direito de informar da imprensa.

A limitação que seria requerida após isso estaria amparada no direito do cidadão de proteger a sua vida privada, viver de forma digna e se ressocializar no meio social. Fatores esses são colocados para permitir a discussão do uso que é dado à transmissão do fato pela mídia. Então, cumpre reafirmar que o Direito ao Esquecimento não implicaria uma reconstrução da história, visto que tal ação seria impossível; mas somente restringir a exploração da informação por terceiros justificada na dignidade da pessoa e na proteção à sua privacidade. O esquecimento que resultaria em uma reconstrução da história seria derivado da existência de omissões no processamento penal e social do fato e sua esfera de atuação seria pública. E se de algum modo a aplicação do esquecimento estudado implica uma reconstrução da história, seria a história particular do indivíduo envolvido no fato criminoso, que após ser fechado o ciclo penal que o envolve, estaria legitimado a voltar ao anonimato.

Muito embora, nos tempos modernos, a fronteira entre esfera particular e pública esteja cada vez mais embaçada, referida confusão não pode alcançar o estudo do Direito ao Esquecimento. Sendo tutela nova no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode afirmar de forma absoluta seu método de aplicação, mas, desde logo, busca registrar que a impossibilidade de reconstrução da história existe não pela aplicação da tutela de ser esquecido, e sim, por um dever público de esclarecimento do passado como reconhecimento na importância na formação da ideologia social. Ambos os direitos existem concomitantemente, sendo possível afirmar que a relação entre tempo e direito deve ocorrer de forma a possibilitar uma justa medida no equilíbrio das relações sociais, tornando livres e, ao mesmo tempo, conscientes os membros de uma sociedade. Entre o excesso de memória e o excesso de esquecimento, busca-se a justa memória.³¹

31 RICOEUR, Paul. *La mémoire, l'histoire, l'oubli*. Paris: Le Seuil, 2000. Apud FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. Políticas da memória e políticas do esquecimento. *Aurora*, p. 102-118, 2011. Disponível em <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/viewFile/4500/3477>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

Referências

ALMEIDA, Valéria Paz de. *Nas redes dos telejornais: O tecido discursivo e a formação da memória social*. 2006. 404 f. Tese (Doutorado em Filologia e Língua Portuguesa) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. *VI Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 531. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 6 mar. 2014.

BURKE, Peter. A História Como Memória Social. In: _____. *Variedades de história cultural*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Disponível em: <<http://muna.tripod.com/17.html>>. Acesso em: 2 jun. 2014.

FERREIRA, Maria Letícia Mazzucchi. Políticas da memória e políticas do esquecimento. *Aurora*, p. 102-118, 2011. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/aurora/article/viewFile/4500/3477>>. Acesso em: 3 jun. 2014.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. São Paulo: Loyola, 1996.

HALBWACHS, Maurice. *A memória coletiva*. São Paulo: Centauro, 1949.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão et al. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 1992.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MICHEL, Johann. Podemos falar de uma política do esquecimento? *Revista Memória em Rede*, Pelotas, v. 2, n. 3, ago./nov. 2010. Disponível em: <www.ufpel.edu.br/ich/memoriaemrede>. Acesso em: 4 jun. 2014.

ORWELL, George. *1984*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1978.

OST, François. OST, François. *O Tempo do direito*. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (PNDH-3).
Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, rev. e atual.
Brasília: SDH/PR, 2010.

Se o Brasil Legalizar Olê Olê Olá: a legalização das drogas a partir da criminologia crítica

*Ana Cláudia Milani e Silva
Vanessa Kubota Ando*

Resumo: *O presente estudo busca compreender as origens da proibição e do combate às drogas, identificando, sobretudo, os mecanismos pelos quais o discurso proibicionista tem sido difundido. Serão analisados, nesse sentido, tanto aspectos legais como sociológicos da proibição, da mesma forma que serão abordadas as verdadeiras implicações da declarada guerra às drogas, apontando-se suas falhas e contradições. Por fim, serão apresentadas as propostas de legalização e regulamentação da venda e consumo de drogas como uma alternativa não apenas possível, mas necessária.*

Palavras-chave: *guerra às drogas; legalização das drogas.*

Abstract: *The present study seeks to understand the origins of the prohibition and the drug war, especially identifying the mechanisms by which the prohibitionist discourse has been disseminated. Will be analyzed in this sense, both legal and sociological aspects of the ban, the same way will be addressed the true implications of declared war on drugs, pointing out its flaws and contradictions. Finally will be presented the proposals to legalize and regulate the sale and consumption of drugs as an alternative not only possible, but necessary.*

Keywords: *war on drugs; legalization of drugs.*

Introdução

*O álcool mata bancado pelo código penal
Onde quem fuma maconha é que é marginal
E por que não legalizar? E por que não legalizar?
Estão ganhando dinheiro e vendo o povo se matar
Tendo que viver escondido no submundo
Tratado como pilantra, safado, vagabundo
Por fumar uma erva fumada em todo mundo
(Legalize Já – Planet Hemp)*

Segundo o relatório mundial de 2006 do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), 200 milhões de pessoas usam drogas ilícitas uma vez por ano. Isso representa 5% da população entre 15 e 64 anos, e metade faz uso de drogas regularmente.¹ É um número considerável considerando todo o imaginário criado em torno do uso dessas substâncias e o largamente difundido discurso de condenação a esse uso. Segundo Rosa del Olmo, é justamente no discurso que reside a importância da questão das drogas e não na substância em si ou na sua definição. Trata-se de um discurso maniqueísta, que contrapõe bem e mal, necessário à manutenção de valores e normas fundantes do sistema social. Assim, uma série de discursos é criada em torno dessa questão, prestando-se à legitimação do controle social formal, que se materializa na sua máxima expressão por meio das normas jurídicas. São desenhados estereótipos, que servem de base a esse controle, e atuam organizando e conferindo sentido aos discursos forjados nos marcos da ideologia e dos interesses dominantes.² Ao mesmo tempo, autores como Renato Pinto e Henrique Carneiro Venâncio relacionam o uso de psicotrópicos à própria história e

1 UNODC. *Relatório Mundial das Drogas 2006 mostra que – exceto a maconha – o problema das drogas está sendo contido*. 2006. Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/pressrelease_2006-06-26.html>. Acesso em: 27 fev. 2013.

2 OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1988. p. 3-7.

cultura humanas, afirmando inclusive que tal uso seria inerente à própria condição humana.³ O presente artigo pretende apresentar brevemente a formação daqueles discursos – em especial os proibicionistas – referidos por Rosa del Olmo e seu impacto na sociedade, bem como contrapor uma alternativa a esse discurso: a ideia de legalização e regularização das drogas.

1 Drogas e racismo: as origens do processo de criminalização

No contexto colonial, antes de representar os produtos vegetais, animais ou minerais usados como remédios, a palavra droga designava um “conjunto de riquezas exóticas, produtos de luxo destinados ao consumo, ao uso médico e também como ‘adubo’ da alimentação”.⁴ Não se fazia ainda nesse momento uma distinção clara entre droga e alimento, distinção que hoje é bastante precisa e não decorre de um processo natural, mas constitui ferramenta de controle político e jurídico. Por todos os estímulos sensoriais e estéticos, seu papel cultural e relação com o prazer sexual, essas substâncias articulam grande interesse político, econômico e cultural.⁵ A partir do século XVI, houve um esforço de exterminação dos usos indígenas de alucinógenos por eles considerados sagrados em benefício da utilização do vinho, na relação com a Europa cristã. Logo, com o surgimento do sistema moderno de mercantilismo e dos estados absolutistas, ao mesmo tempo em

3 PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo; Belo Horizonte: Alameda: PUCMinas, 2005.; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Legalização é inevitável com o avanço da democracia, diz historiador*: depoimento. São Paulo: Coletivo DAR – Desentorpecendo A Razão. Entrevista concedida a Tadeu Breda. 2012. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2012/08/legalizacao-das-drogas-e-inevitavel-com-avanco-da-democracia-diz-historiador/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

4 VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Transformação do significado da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo*. In: PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUCMinas, 2005. p. 14.

5 Ibid., p. 15-16.

que se reprimia o uso de certas drogas nativas, abria-se caminho para o grande comércio de destilados. Concomitantemente, outras drogas nativas, como tabaco, ópio e café, eram incorporadas ao mercado mundial como importantes mercadorias para o sistema primitivo de acumulação de capital.

No Brasil, as drogas mais importantes eram o pau-brasil e o açúcar e para encontrá-las era preciso decifrar “os arcanos das culturas indígenas”. As formas de *arrancar* esse conhecimento e as próprias substâncias não eram amigáveis, de modo que a droga, desde o início da formação de seu conceito, incentivava a guerra, além de representar, no contexto colonial, um conjunto de riquezas exóticas e produtos de luxo.

Desde o início do séc. XX, o consumo de psicotrópicos lícitos e ilícitos passou a ser alvo de uma forte regulação estatal, desembocando em hipertrofia do preço e do lucro comercial. Por meio do aparato policial, teorias médicas e do discurso científico se intensificou o controle dos hábitos populares. Conforme afirma Thiago Rodrigues, “[...] o tema das drogas e sua proibição alcançou um ponto de inflexão quando elas foram instrumentalizadas como estratégia eficaz de controle social.”⁶ Como ressalta Henrique Carneiro, o controle do fluxo de entorpecentes articula interesses econômicos, políticos e culturais. Nesse ponto, percebe-se a influência da ideologia na diferenciação entre o que é droga e o que é fármaco, visto que, enquanto a primeira é vista como veneno, o segundo pode ser tratado como remédio ou até mesmo associado à ideia de prazer, surgindo daí a dicotomia ilegal/legal. Com essa dicotomia, o sistema de proibições foi consolidado, de modo que o consumo de psicoativos passou a ser regulamentado, normatizado e vigiado.

6 RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Alcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUCMinas, 2005. p. 294.

A questão que permanece subjacente é qual o padrão de julgamento e a quem cabe julgar os limites e as fronteiras subjetivas de cada um. As fronteiras das autonomias, das liberdades e dos direitos individuais no âmbito neurofarmacológico ainda não foram ampliadas, continuando sob a guarda combinada das autoridades médicas e policiais.⁷

A partir desse ponto, as drogas que até então representavam elementos de um lucrativo mercado legal, passam a ser tratadas “[...] como ameaça moral, como questão de saúde pública e como problema de segurança pública”.⁸ Nesse novo contexto, a vigilância já ostensiva sobre grupos identificados como ameaçadores foi ainda mais intensificada quando esses estiverem ligados ao consumo de substâncias entorpecentes. O processo de criminalização de entorpecentes tem, portanto, intrínseca relação – além das questões econômicas – com aspectos de controle social, voltados a determinadas populações, em especial a determinadas raças e etnias. Mais precisamente, a história da criminalização dessas substâncias tem profunda ligação com o racismo e a xenofobia. Nas palavras de Henrique Carneiro, “[...] a discriminação racial de imigrantes serviu de pretexto para a estigmatização do ópio chinês e da marijuana mexicana nos Estados Unidos”.⁹ Em *La Cara Oculta de la Droga*, Rosa del Olmo demonstra que nos anos 1950 as substâncias psicotrópicas não eram vistas como problema, pois não possuíam a mesma relevância político-econômica de hoje. À época destacavam-se os opiáceos, utilizados por grupos marginais da sociedade. Nos EUA, por exemplo, seu uso se restringia aos guetos urbanos, sendo utilizados principalmente por negros e porto-riquenhos. A maconha, por seu turno, era utilizada especialmente por imigrantes mexicanos naquele país, mas na Inglaterra já era considerada uma ameaça social, pois seu uso estava

7 PINTO; VENÂNCIO, 2005, p. 24.

8 Ibid., p. 294.

9 VENÂNCIO, 2005, p. 18.

ligado à imigração negra das Antilhas e do Oeste da África. Nos países da periferia, particularmente na América Latina, a droga era associada à violência, à classe baixa e à delinquência.¹⁰ Nacionalmente, a primeira lei que proibia a maconha foi uma lei da cidade do Rio de Janeiro de 1830. Ela explicitamente proibia o uso de maconha por escravos, determinando que e esses era proibido o “pito de pongo”, que era como se denominava o ato de fumar maconha à época – “pongo” é como era chamada a maconha naquele período. Posteriormente ao início do séc. XX, percebeu-se que a proibição do uso da *cannabis* se relacionava a uma estratégia de criminalização da cultura negra no Brasil, da mesma forma que o samba, a capoeira, o candomblé e a umbanda foram proibidos.

Nesse sentido, o Brasil teve importante papel, em âmbito internacional, na inclusão da maconha entre as substâncias consideradas ilícitas. À época, médicos brasileiros reproduziam o argumento de que os negros eram retardados por usarem maconha e isso seria uma prova dos malefícios da droga à saúde; diziam, ainda, que a maconha seria uma vingança dos negros contra a escravidão.¹¹ A proibição gera um enorme mercado ilícito, envolvendo uma série de atores no negócio das substâncias psicoativas. Estabelece-se como meta a erradicação do uso de entorpecentes ilícitos, a qual será adotada como norte da política de drogas nos estados. Dando continuidade à lógica proibicionista, é aberta uma declarada guerra às drogas, que fortalece os aparelhos de repressão a usuários e negociantes das substâncias consideradas ilícitas.

Em meio a essa guerra – que se institucionalizou após a declaração de Nixon de que as drogas seriam o “inimigo número um” da sociedade americana – foram distinguidos os países produtores dos países consumidores de tóxicos, forjando-se o vínculo do narcotráfico aos países periféricos, o que serviu de justificativa

10 OLMO, 1988, p. 13-14.

11 CINCO, Renato. *Entrevista para o Diário Liberdade da Galícia*. 15 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogdocinco.blogspot.com.br/2011/10/entrevista-para-o-diario-liberdade-da.html>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

para investidas imperialistas em países da América Latina, especialmente.¹²

2 A política de guerra às drogas

2.1 Criminalização da pobreza

*Me chamam de sócio do tráfico
Eu vivo na mira dos milicos
Me prendem, não deixam eu cultivar
Me cobram propina pra liberar
Atiram a esmo lá no morro
Não fazem distinção de morador
Pra eles podiam nos explodir
Direitos Humanos, não tão nem aí
(Não é mole não – Planta na Mente)*

Como afirma Renato Cinco, militante na defesa pela legalização das drogas, a guerra às drogas se configura como importante instrumento de controle social para a burguesia. Isso porque fundamenta um discurso que legitima, internamente, a violência do Estado em relação aos pobres, e ao mesmo tempo funciona como instrumento de geopolítica ao legitimar perseguições e ações violentas no âmbito da política internacional.¹³ Conforme aponta o Manifesto *Basta de Guerra às Drogas*, elaborado no Fórum Social Mundial de 2005:

A política de guerra às drogas cumpre um papel ideológico na nossa sociedade, servindo de pretexto para o massacre sistemático dos pobres. Repressão contínua que gera o medo permanente em quem é obrigado a conviver com o crime violento praticado pela polícia e pelo tráfico.

12 RODRIGUES, 2005, p. 296-297.

13 CINCO, 2011.

A política proibicionista e a ideologia de guerra às drogas vêm legitimando a cassação da cidadania da maioria dos pobres brasileiros. Milhares de pessoas são mortas e presas todos os anos por estarem traficando ou usando drogas, independentemente de serem violentas e perigosas. Outros milhares são mortos apenas por habitarem as áreas pobres, regiões que são tratadas como “território inimigo” pela polícia. Os jovens são as maiores vítimas.¹⁴

Mantêm-se, assim, como nas origens do proibicionismo, uma lógica de controle social que se impõe sobre a população pobre e negra do Brasil. Persistem as bases racistas, agora expressas não mais como fundamento para a proibição, mas justificativa para a punição e o extermínio da juventude negra e moradora de áreas periféricas. Em entrevista à revista cibernética *Guernica*, Noam Chomsky descreve a situação dos EUA:

No exterior é uma campanha de contra-insurgência, em casa, uma maneira de se livrar de uma população supérflua, há uma correlação muito estreita de raça e classe, não perfeita, mas quase: na verdade, os homens negros estão sendo jogados fora. Na Colômbia, chamam de limpeza social. Aqui nós simplesmente dizemos que é colocá-los na prisão.¹⁵

Segundo Chomsky, o substancial aumento do encarceramento, em especial no que diz respeito a afro-americanos e latinos, deve-se à chamada guerra às drogas na América, embora tenha origens no longo processo de escravização, tanto formal quanto pela incidência do sistema de justiça criminal contra os negros.¹⁶

14 MOVIMENTO NACIONAL PELA LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS. *Manifesto Basta de Guerra às Drogas*. Disponível em: <<http://blogdocinco.blogspot.com.br/2011/07/recordando-oficina-basta-de-guerra-as.html>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

15 LA JORNADA. Coletivo DAR – Desentorpecendo A Razão (Trad.). *A luta antidrogas visa grupos sociais específicos, diz Noam Chomsky*. São Paulo: 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2011/08/a-luta-antidrogas-visa-grupos-sociais-especificos-diz-noam-chomsky/>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

16 LA JORNADA, op. cit.

Henrique Carneiro Venâncio¹⁷ identifica quatro razões para a disseminação da ideia de falência da guerra contra os narcóticos: um aspecto social, um aspecto geopolítico, uma razão científica e, por fim, uma razão cultural, ligada ao racismo. Pelo primeiro aspecto, o social, há a percepção de que a guerra às drogas significa justamente uma forma de criminalizar a pobreza e atacar as populações mais pobres, criminalizando-as pelo uso de substâncias ilícitas, que, de acordo com ele, não tem qualquer distinção do uso de drogas lícitas – tal qual álcool e tabaco – se pensarmos em critérios científicos, éticos ou morais. Segundo ele, simplesmente não há argumentos que justifiquem essa distinção entre drogas lícitas e ilícitas.

O segundo aspecto, geopolítico, é explicado ao considerarmos que a virulenta guerra às drogas representa um mecanismo neocolonial e imperialista de controle de matérias-primas, as quais são utilizadas em larga escala pelos países centrais e representam um dos mais importantes mercados de entorpecentes no mundo. Segundo Henrique Carneiro Venâncio: “A presença imensa dos Estados Unidos na política de guerra às drogas se transformou numa espécie de diplomacia imperial que controla militarmente nações produtoras de matérias-primas”.¹⁸

Pelo fator científico, parte-se da compreensão de que o uso de psicoativos é próprio da condição humana, uma vez que está presente em todas as sociedades e não poderá ser erradicado, pois isso seria contrário à ideia de busca de produtos que auxiliem a vida humana. Ele defende inclusive que, pelo fator científico, deve-se proceder à pesquisa dessas substâncias ilícitas, o que por muito tempo foi obstado em razão da proibição¹⁹.

17 VENÂNCIO, 2012.

18 Ibid.

19 A dificuldade está principalmente na obtenção da droga para a pesquisa. Sobre o impacto da criminalização dessas substâncias no desenvolvimento de pesquisas científicas sobre suas qualidades terapêuticas e farmacológicas, ver: NUTT, David. Illegal drugs laws: clearing a 50-year-old obstacle to research. *PLoS Biology*, v. 13, n. 1, p. e1002047, 2015.

Por fim, o argumento relacionado à cultura identifica as origens racistas da proibição do uso da maconha. Isso porque, ao relacionar-se o uso desse estupefaciente a populações de origem estrangeira, nas sociedades ocidentais, desenvolveu-se um argumento xenofóbico para perseguição a minorias étnicas.

2.2 O discurso do combate às drogas

O texto “Narcotráfico: um esboço histórico”, de Thiago Rodrigues, mostra que o final da guerra fria marcou a supremacia do capitalismo; a pacificação esperada não aconteceu, dando lugar à violência que permanece até hoje.

O conflito atualmente colocado entre os hemisférios norte e sul sustenta-se na questão do narcotráfico, que representa uma ameaça à segurança nacional. As drogas são, assim, instrumentalizadas como estratégia para controle social, uma ameaça oral, como questão de saúde pública e de segurança pública.

Em 1919, quando da imposição da Lei Seca, que banuiu por completo a produção, a circulação, a comercialização e o consumo de álcool, a estratégia fundada no proibicionismo afirmou-se como a tônica do tratamento legal dos psicoativos. A meta principal passou a ser a abolição de todo uso ilegítimo de tóxicos, com posturas repressivas diretas em relação a usuários e negociantes, as quais, no entanto, têm se apresentado completamente ineficazes para o alcance de seus objetivos

Longe de esmorecer, o narcotráfico segue vigoroso nos interstícios da proibição. O mapeamento do alcance do tráfico de drogas em termos políticos, econômicos e sociais é de difícil confecção, quer seja pela sua flexibilidade, quer seja pela própria situação de ilegalidade que impede o acesso a dados precisos e confiáveis. [...] o narcotráfico intercrossa incontáveis grupos ilegais, nos setores competitivos e oligopólio, Estados proibicionistas e o lado legal da economia, que se embevece com os narcodólares.²⁰

20 PINTO; VENÂNCIO, 2005, p. 308.

Segundo Rosa del Olmo, a droga é o negócio econômico e político com uma faceta oculta que a transforma em mito. Ela é toda substância capaz de alterar as condições psíquicas e físicas do ser humano. Ainda assim, o termo carece de uma definição precisa, já que há inúmeras informações distorcidas sobre o que representa; afinal, alguns discursos contribuem justamente para distorcer e ocultar a realidade social da droga.

Por ser um conceito indefinido e extremamente generalizado, o conceito droga abarca uma série de substâncias muito diferentes entre si. Para além da necessidade de construção desse conceito, é preciso compreender os diversos discursos construídos ao redor das drogas. A agrupação entre drogas proibidas e permitidas se dá quando conveniente: o estereótipo delitivo recorre ao discurso político para legitimar-se como discurso jurídico.

Assim, constrói-se o discurso de que a droga é inimiga e o traficante é invasor, servindo ao interesse da ideologia dominante. Paradoxalmente, o discurso da droga, ao mesmo tempo em que cria pânico, estimula o consumo.

Para a autora, nos anos 1950, os psicotrópicos não eram percebidos como um problema, não tendo a mesma importância econômica e política da atualidade. Nos países da América Latina, esses eram associados à violência e às classes baixas, visto que o seu consumo causava uma grande inquietude. Havia a predominância do estereótipo moral.

Já nos anos 1960, com a erupção dos movimentos de rebeldia e da contracultura, verifica-se um processo de tomada de consciência em relação aos direitos das minorias, especialmente pela juventude. Essa geração não apenas se lançou ao ativismo político como também ao consumo de entorpecentes, o que, até então, era extremamente questionado e condenado.

Nos anos 1970, por sua vez, a campanha antidrogas alcançou diversos países latino-americanos, de modo que o problema dos tóxicos e do narcotráfico passou a ser encarado em uma perspectiva maniqueísta, como uma luta entre o bem e o mal.

A imputação penal foi aumentando e o tratamento conferido à questão mostrou-se cada vez menos adequado.

A guerra às drogas fracassou, não reduzindo a demanda ou a oferta de substâncias ilegais. Na prática, “[...] o proibicionismo causou inúmeros males, entre os quais encarceramento em massa, violência – ínsita ao modelo bélico – e corrupção”²¹. Percebe-se a tentativa de resolver a questão mediante o emprego intensivo de recursos econômicos e jurídicos, porque o Direito Penal das drogas passou a influenciar decisivamente a intervenção punitiva: tudo isso acarretou elevação das penas, sobrecarga do sistema de justiça criminal, métodos invasivos de investigação, antecipação prospectiva da punibilidade, repressão à criminalidade organizada e ao lucro obtido com o delito por meio da incriminação e lavagem de dinheiro. O Direito Penal, assim, é orientado para a intervenção.

Na contramão desse movimento de aumento do aparato punitivo do Estado, temos vários países que demonstraram que, diante do fracasso da guerra às drogas, é possível uma política alternativa e mais humana. É o caso de Portugal, por exemplo, que ao descriminalizar as drogas quebrou um paradigma. Ao invés de insistir em medidas repressivas e ineficazes, esse país optou por políticas mais humanas e eficientes.

O estudo mostra de forma convincente que a descriminalização das drogas não é vista como uma panacéia [*sic*], solução mágica capaz de resolver todos os problemas. Bem ao contrário, a descriminalização se insere no contexto mais amplo de uma política abrangente cujo objetivo é reduzir o dano que as drogas causam para as pessoas e as sociedades.

Trata-se também de uma política pragmática, despida de moralismos e preconceitos, cujo objetivo é preservar a saúde e a segurança dos cidadãos. Os instrumentos coercitivos podem ser utilizados quando necessário mas não são mais o componente central.

21 BOLETIM IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 1993-. Mensal. (ISSN 1676-3661, nº 20). p. 1.

Portugal atribui maior valor ao tratamento e à redução do dano e investe mais em formas de regulação social para induzir à redução do consumo. Para tanto, a política portuguesa atribui grande importância à dissuasão e à prevenção.²²

Outro exemplo importante retirado da experiência portuguesa é a preocupação crescente com a prevenção, realizada pelo governo. Tais ações são sistemáticas e não acontecimentos únicos, compreendendo linhas telefônicas para jovens e seus pais, que podem obter conselhos e informações, ou, até mesmo medidas preventivas:

Medidas preventivas relacionadas com a procura de drogas (ou seja, consumidores ou potenciais consumidores) são desenvolvidas pela polícia através de programas como o “Escola Segura”, que envolve o patrulhamento das áreas envolventes às escolas, principalmente em zonas consideradas de risco.²³

Após dez anos de descriminalização, o tema de drogas deixou de ser controverso em Portugal. Os maiores temores da população não se concretizaram, ou seja, o consumo não sofreu aumento e Portugal não se transformou em destino de drogas e descriminalização. O relatório da Global Commission on Drug Policy aponta Portugal como a prova de que a descriminalização não aumenta o consumo e a dependência de psicoativos, mas incentiva os governos a substituírem sua política de criminalização e punição dos consumidores²⁴.

22 DOMOSTAWSKI, Artur. *Política de Droga em Portugal*. Disponível em: <https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=d3529e10d9&view=att&th=13ca7bf0ffffeb57&attid=0.3&disp=inline&realattid=c6bf8fb447344ae6_0.5&safe=1&zw&sadui=e=AG9B_P9TpoRI6ck4f45CqIuC9OWM&sadet=1361900448360&sads=NyqlZjf0L3htCdiveIqz7HRbSBw&sadssc=1>. Acesso em: 26 fev. 2013. p. 4.

23 *Ibid.*, p. 31.

24 GLOBAL Commission on Drug Policy. *War on Drugs: Report of the Global Commission on Drug Policy*, Junho de 2011.

3 A Lei de Drogas e o controle exercido pelo Direito Penal

Salo de Carvalho aponta que os problemas de interpretação dos artigos referentes às drogas derivam da construção da tipicidade penal nos delitos de tráfico e de porte para consumo, não havendo penas intermediárias. Essa falta de penas intermediárias acaba aumentando a quantidade de punições, projetando a subsunção de condutas dúbias em algumas inúmeras ações puníveis, presentes nos tipos penais do art. 33 da Lei de Drogas:

CAPÍTULO II DOS CRIMES

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.²⁵

O grande problema é que a Lei de Drogas e o proibicionismo, para o autor, acabam penalizando com igual sanção situações cuja extensão da lesão ao bem jurídico tutelado é diferenciada. Logo, deve-se observar o princípio constitucional da proporcionalidade. “O exame de proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade”. Além disso, a razoabilidade também deve ser observada, indagando-se se o meio utilizado pelo Poder Legislativo é o menos oneroso aos direitos fundamentais violados, atingindo-se ou não o fim desejado pelo direito penal.

O art. 33 possui problemas não apenas nos requisitos configuradores da tipicidade, na discussão dos elementos subjetivos,

25 CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

mas especialmente na dúvida sobre quais critérios concretos de diferenciação devem ser utilizados, circunstâncias do tipo objetivo. Carvalho lembra que os dados externos de conduta (local, tempo, forma de agir) devem estar apoiados em dados subjetivos, como a vontade, a previsibilidade, a representação e a consciência.²⁶

Além desses problemas vistos no art. 33, o art. 34 da Lei de Entorpecentes cria um tipo penal vago e impreciso, expondo a natureza de ato preparatório ao vincular os verbos nucleares aos instrumentos e objetos de destinação à produção de psicotrópicos, violando o princípio da lesividade. Por isso, sua constitucionalidade é questionada. Tal artigo conduz a uma política penal e policial autoritária.

A utilização da violência se faz adequada, visto que a ideologia autoritária privilegia a manutenção de desigualdade entre os homens, a partir da qual a ordem ocupa o lugar de destaque: crença cega na autoridade e, por outro lado, o desprezo pelos inferiores, “débeis” e que são socialmente aceitáveis como vítimas.²⁷

Ao nos depararmos com uma lei penal vaga, encontramos uma maior ênfase naquele que muitas vezes é o grande papel do direito penal, qual seja, o papel de selecionar quem são os criminosos, com critérios subjetivos e de valor. Zaffaroni et al.²⁸ mencionam que sempre se reprimiu e controlou de modo diferente os iguais e os estranhos, os amigos e os inimigos.

A discriminação no exercício do poder punitivo é uma constante derivada de sua seletividade estrutural. [...] A história demonstra que os rótulos caíram sobre estereótipos muito diferentes, alguns inimagináveis hoje em dia, conforme a

26 CARVALHO, 2007.

27 PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005. p. 48.

28 ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

emergência invocada, os preconceitos explorados pelo discurso völkisch de cada momento, as corporações que assumiram a hegemonia discursiva e muitos outros elementos imponderáveis [...] de acordo com a perspectiva dos que deram o poder.²⁹

O direito penal existe em nossa sociedade para garantir que certas condutas sejam reprimidas e quando realizadas, punidas. É, assim, um instrumento do Estado para controle social e, de certa forma, proteção de outros direitos fundamentais.

Temos, na sociedade atual, uma ampliação da sensação de risco, sendo a vivência desses riscos muito maior do que antigamente, ainda que a quantidade de riscos não tenha aumentado. O aumento da sensação de risco gera uma necessidade por parte da sociedade de aumento, também, dos mecanismos de controle social e repressão. Nesse sentido, a busca por condutas e sujeitos considerados perigosos é cada vez mais evidente, ainda mais quando a mídia auxilia na definição dessas características.

A criação de uma conduta tida como criminal depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um caráter de seleção, etiquetando o autor como delinquente. Assim, uma conduta não é criminal ‘em si’ ou ‘per si’, mas uma realidade social construída de forma altamente seletiva e desigual pelo controle social³⁰. Verifica-se que: “A realidade social ‘está constituída pelas relações de produção, de propriedade e poder pela moral dominante’. E legitimá-la significa reproduzir ideologicamente estas relações e a moral dominante”³¹. Assim, a guerra às drogas é, hoje, uma das principais políticas de um governo, que utiliza a mídia e a sensação de medo da sociedade para controle e repressão social, por meio dos quais é possível fazer a “limpeza da socieda-

29 Ibid., p. 81.

30 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

31 BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objetivo y límite de la ley penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 40, 1987.

de”, criminalizando a pobreza e abrindo (ainda mais) espaço para a hegemonia burguesa.

Percebe-se que tanto a Lei de Drogas quanto a Política Criminal de Drogas buscam a higienização das cidades, colocando aqueles que são considerados perigos em locais isolados, ou seja, nas prisões, submetidos a tratamentos desumanos. A forma como essas camadas sociais menos favorecidas são tratadas nos remete ao conceito agambeniano de *homo sacer*, cuja vida não é valorizada até a última instância. Sujeito à exclusão e à violência, o cidadão é resumido a mero semovente. E, nessa perspectiva, a morte do *homo sacer* não é classificada nem como homicídio, nem como sacrifício, apenas como “higiene”.

Aquilo que define a condição do *homo sacer*, então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. Esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele, não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio.

Soma-se a isso a seletividade penal e policial, em que o jovem preto e pobre é sinônimo de traficante. Em que a periferia é “fábrica de bandido” e a cadeia é boa demais para os criminosos. Ignoram-se todas as condições sociais em nome de uma dosimetria tida como justa e democraticamente escolhida por meio do processo legislativo, mas que em verdade apenas reflete os interesses de uma parcela da sociedade.

Assim, partindo-se da constatação de que a política de violência na qual se baseia a guerra às drogas somente aumenta essa própria violência ao invés de reduzi-la, ao mesmo tempo em que não diminui o consumo dessas substâncias e aprofunda a insegurança, conclui-se que a guerra às drogas é uma guerra sem vencedores, fadada ao insucesso. Diante disso, é necessário pensar em

alternativas, vislumbrando-se uma política de drogas que deixe de lado a moral burguesa para se pensar de forma científica, social e econômica, na questão dos entorpecentes. É precisamente o que o presente trabalho buscará analisar a partir desse momento.

4 Da necessidade de regulamentação da compra e venda de drogas

Partindo da compreensão de que a lógica proibicionista representa verdadeiro fracasso, devemos conceber uma nova política de drogas. Para Renato Cinco, a proibição dessas substâncias não é capaz de impedir a existência do mercado de entorpecentes; ao contrário, fundamenta a existência do mercado ilegal, sobre o qual não incide qualquer regulação ou controle e que serve para enriquecer organizações criminais ao redor do mundo. Ainda, segundo o autor, a proibição gera efeitos colaterais nefastos, dentre os quais se situam a violência – entre as quadrilhas em disputa pelo mercado de narcóticos e entre essas e o Estado – e a corrupção –; e, em nenhum país é possível que exista o tráfico de drogas sem que ocorra corrupção das autoridades responsáveis por combatê-lo.³² Corroborando a ideia de falência de guerra contra as drogas, Antonio Escohotado afirma:

[...] la historia enseña que ninguna droga desapareció o dejó de ser consumida durante el transcurso de su prohibición. Enseña también que, mientras subsista una prohibición, habrá una tendencia mucho mayor a consumos irracionales. Teniendo en cuenta lo vivido en diferentes épocas y países, se instaura un sistema de autocontrol inmediatamente después que cesara el sistema de heterocontrol o tutela oficial. La experiencia muestra que disponer libremente de una droga (incluso promovida con mentiras, como sucedió prácticamente con todas en su lanzamiento) no crea conflictos sociales e individuales

32 CINCO, 2011.

comparables a los que provocó y provoca su prohibición. Ni siquiera es sustentable, históricamente, que la disponibilidad de una droga aumente el número de consumidores; la Ley Seca evidenció que los alcohólicos no disminuyeron (excepto en el caso de los mendigos) y que sólo pararon de beber – o redujeron su consumo – parte de los bebedores moderados, esto es, los que no necesitaban un régimen de abstinencia forzada para controlarse.³³

A alternativa, então, a essa fracassada guerra às drogas seria a legalização do consumo e do abastecimento. Este é um consenso entre o pensamento antiproibicionista, ainda que subsista o debate sobre a melhor forma de concretizar a legalização, se por meio do Estado, iniciativa privada, cooperativas de produtores, ou combinação entre essas possibilidades.

A criminalização de somente certas quantidades de entorpecente seria ineficiente, visto que se manteria o mercado ilegal, a violência, a corrupção e outros danos decorrentes da criminalização. Da mesma forma, regulamentar tão somente a descriminalização do consumo mantém o cerne do problema dos narcóticos, que é o mercado paralelo e suas consequências. Nesse sentido, somente a legalização se apresenta como uma resposta possível à questão, significando um efetivo controle da produção, da distribuição, da comercialização e do consumo de drogas.³⁴ Em defesa da legalização, Henrique Carneiro Venâncio afirma que:

O proibicionismo viola princípios da autonomia humana. A legalização das drogas é uma causa ética e filosófica, pois envolve um aspecto profundo da autodeterminação humana,

33 ESCOHOTADO, Adriano. *La prohibición: principios y consecuencias*. Tradução: Carlos E González. Versão original publicada em *Drogas, hegemonía do cinismo* de Melo Ribeiro M. y Seibel S. Memorial, San Pablo, 1997. Disponível em: <<http://www.escohotado.com/articles/laprohibicionprincipiosyconsecuencias.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2013.

34 VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Carta à Reunião Inaugural da Rede Latino-Americana de Pessoas que Usam Drogas*. Salvador: 25-26 out. 2012. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2012/10/drogas-mudanca-de-paradigma-ou-reforma-do-proibicionismo-por-henrique-carneiro/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

dos direitos civis em relação ao próprio corpo. É uma causa social, pois defende milhões de vítimas diretas, presos ou assassinados, e de toda a sociedade que, com a proibição, se vê tutelada por mecanismos de controle social e de criminalização da pobreza. A legalização é uma das grandes reformas sociais necessárias. Haver obstáculos para sua realização, especialmente numa opinião pública conservadora alimentada pela mídia e por muitas religiões e, em parte, financiada pelos lucros diretos ou indiretos da proibição, só deve nos fazer afirmar mais categoricamente a condição inalienável de direito humano a liberdade de amenizar o seu sofrimento por meio dos fármacos que a natureza e a ciência disponibilizaram para a humanidade.³⁵

Segundo Renato Cinco, portanto, a regulamentação das substâncias psicoativas deveria obedecer a dois princípios: o primeiro segundo o qual cada indivíduo tem direito a ter autonomia sobre o próprio corpo; o segundo com fundo na ideia de que as empresas capitalistas não pode ter autonomia para regulamentar o mercado de drogas. Segundo ele, essa regulação deve advir pela sociedade por meio do Estado. A maconha, nesse sentido, teria vantagem devido à possibilidade de autocultivo, o qual deve ser regulamentado, como na produção das cooperativas de plantadores – nelas, ele vê uma forma de impedir que se misturem outras substâncias à maconha, tal qual faz a indústria do tabaco.³⁶ Cinco defende, então, que se permita o autocultivo e o cooperativismo, como forma de não se entregar à indústria o controle sobre esse mercado. Por outro lado, tampouco se deve regulamentar somente o autocultivo ou o cooperativismo, uma vez que se permitiria a manutenção de condições para a continuação do tráfico. A razão disso é que no Brasil a maioria das pessoas não tem condições para realizar o cultivo próprio, de maneira que se deixaria de fora um número bastante grande de pessoas, mantendo a lógica da

35 VENÂNCIO, loc. cit.

36 CINCO, 2011.

proibição. Por fim, a ideia de criação de estatais para que essas tenham o monopólio da produção também não se afigura como uma resposta ideal, pois diante da dificuldade de regulamentação nesse contexto acabaria por manter-se o tráfico.³⁷

Considerações finais

Diante de todo o histórico apresentado, verificamos que o processo de criminalização das drogas tem razões relacionadas ao racismo, à xenofobia e aos interesses econômicos. Como defende Rosa del Olmo³⁸, de fato a justificativa para a imputação de ilicitude a determinadas substâncias configura-se por um discurso que, apesar de suas nuances, mudou muito pouco ao longo do tempo. Por mais que até mesmo o discurso médico e científico tenham sido utilizados para fundamentar a proibição a certos tipos de drogas, não é possível identificar argumentos sérios que separem drogas lícitas de drogas ilícitas, a não ser o discurso moralista de bem contra o mal. A guerra às drogas, mantida há cerca de quatro décadas, ainda não obteve os resultados pretendidos: não reduziu o uso de drogas e somente fez aumentar o número de organizações criminosas e a violência. Outra consequência da criminalização é que a população pobre e negra continua a ser a mais penalizada, o que preserva a ideia de controle social que está na gênese do proibicionismo. De fato, a proibição das drogas apenas foi capaz de aumentar a violência, a corrupção, perseguir populações já marginalizadas e justificar o imperialismo dos países centrais. Em face desse diagnóstico, a legalização se mostra como alternativa possível e necessária à questão das drogas.

37 CINCO, 2011.

38 OLMO, 1988, p. 13-14.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica – do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Principios del derecho penal mínimo*. Para uma teoria de los derechos humanos como objetivo y limite de la ley penal. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 40, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89429. Impetrante Hélio Máximo Pereira. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Brasília, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <<http://stj.gov.br>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

BOLETIM IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 1993-. Mensal. (ISSN 1676-3661, nº 20).

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4. ed. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CINCO, Renato. *Entrevista para o Diário Liberdade da Galícia*. 15 jan. 2011. Disponível em: <<http://blogdocinco.blogspot.com.br/2011/10/entrevista-para-o-diario-liberdade-da.html>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

DOMOSTAWSKI, Artur. *Política de Droga em Portugal*. Disponível em: <http://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drug-policy-in-portugal-portuguese-20111206_0.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2013.

ESCOHOTADO, Adriano. *La prohibición: principios y consecuencias*. Tradução de Carlos E González. Versão original publicada em *Drogas, hegemonía do cinismode* Melo Ribeiro M. y Seibel S. Memorial, San

Pablo, 1997. Disponível em: <<http://www.escohotado.com/articles/laprohibicionprincipiosyconsecuencias.htm>>. Acesso em: 26 fev. 2003.

LA JORNADA. Coletivo DAR – Desentorpecendo A Razão (Trad.). *A luta antidrogas visa grupos sociais específicos, diz Noam Chomsky*. São Paulo: 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2011/08/a-luta-antidrogas-visa-grupos-sociais-especificos-diz-noam-chomsky/>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

MOVIMENTO NACIONAL PELA LEGALIZAÇÃO DAS DROGAS. *Manifesto Basta de Guerra às Drogas*. Disponível em: <<http://blogdocinco.blogspot.com.br/2011/07/recordando-oficina-basta-de-guerra-as.html>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

LA JORNADA. Coletivo DAR – Desentorpecendo A Razão (Trad.). *A luta antidrogas visa grupos sociais específicos, diz Noam Chomsky*. São Paulo: 22 ago. 2011. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2011/08/a-luta-antidrogas-visa-grupos-sociais-especificos-diz-noam-chomsky/>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1988.

PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas: Fapesp, 2005.

PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo; Belo Horizonte: Alameda: PUCMinas, 2005. 310 p.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: um esboço histórico. In: PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Álcool e drogas na história do Brasil*. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUCMinas, 2005. p. 294.

UNODC. *Relatório Mundial das Drogas 2006 mostra que – exceto a maconha – o problema das drogas está sendo contido*. 2006. Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/pressrelease_2006-06-26.html>. Acesso em: 27 fev. 2013.

VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Transformação do significado da palavra “droga”: das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo*. In: PINTO, Renato; VENÂNCIO, Henrique Carneiro. *Álcool e drogas na história*

do Brasil. São Paulo: Alameda; Belo Horizonte: Editora PUCMinas, 2005. p. 11-27.

_____. *Legalização é inevitável com o avanço da democracia, diz historiador: depoimento*. São Paulo: Coletivo DAR – Desentorpecendo A Razão. Entrevista concedida a Tadeu Breda. 2012. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2012/08/legalizacao-das-drogas-e-inevitavel-com-avanco-da-democracia-diz-historiador/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

_____. *Carta à Reunião Inaugural da Rede Latino-Americana de Pessoas que Usam Drogas*. Salvador: 25-26 out. 2012. Disponível em: <<http://coletivodar.org/2012/10/drogas-mudanca-de-paradigma-ou-reforma-do-proibicionismo-por-henrique-carneiro/>>. Acesso em: 27 fev. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Moral e Direito Enquanto Instrumentos de Dominação

Carla de Avellar Lopes¹

Resumo: *A partir de um diálogo entre Friedrich Nietzsche e Giorgio Agamben, o presente trabalho busca trabalhar as perspectivas dos autores perante a vida e seu tratamento na modernidade ocidental. As convergências de suas análises da metafísica ocidental moderna direcionam para o rompimento com a atual forma de vida, sem, entretanto, seguirem o mesmo caminho na superação do problema.*

Palavras-chave: *Nietzsche; Agamben; Biopolítica; Vida; Direito.*

Abstract: *From a dialogue between Friedrich Nietzsche and Giorgio Agamben, this article seeks to address the perspectives of the authors towards life and its treatment in western modernity. The convergence of their analysis of modern Western metaphysics direct to break with the current way of life, without, however, follow the same path in overcoming the problem.*

Keywords: *Nietzsche; Agamben; Biopolitics; Life; Law.*

1 Graduanda da 9ª fase do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e bolsista do PET Direito UFSC desde 2013.

Introdução

Preponderantemente filólogo a filósofo, Friedrich Nietzsche reconheceu que talvez a contingência possa ser a única regra da vida e, portanto, não se propôs com suas reflexões ser um prescritor de um mundo, mas um descritor do mundo. Forte crítico da modernidade calcada em uma moral cristã presa pela incessante busca da verdade e segurança, sua teoria das forças e contrajogo de forças de vontade de poder direciona ao rompimento da domesticação e da neutralização humanas, típicas do niilismo e da moral de rebanho. A afirmação da existência do sujeito perante a vida é sua forma de progresso.

Marcado por sua formação em Direito, Giorgio Agamben aprofunda a teoria da biopolítica foucaultiana, atribuindo-lhe o caráter jurídico que a define na modernidade. Sua recusa do direito e estruturas jurídicas, responsáveis por legitimarem o poder soberano que atribui centralidade à vida no estado de exceção, traçou o caminho para o combate à racionalidade normatizadora que promove a regulação e anulação do sujeito perante sua própria vida.

O diálogo entre os dois autores é possibilitado principalmente pelos seus posicionamentos críticos à metafísica ocidental e às formas de vida que dela são derivadas: os regramentos ocidentais, sociais e estatais, reprimem as forças vitais necessárias ao desenvolvimento do humano. O trabalho objetiva fazer uma interlocução entre ambos, buscando problematizar o tratamento da vida em espaços ausentes de normatividade.

1 As amarras cristãs da modernidade

Todas as origens etimológicas para a palavra “bom”, nas mais diversas línguas, designam os conceitos de nobre e aristocrático: bom é o “espiritualmente bem-nascido”. Paralelo e oposto

a esse, encontra-se o “ruim”, representado pelo plebeu, o homem comum, ocupante do lugar mais baixo na estrutura social². Embora suas origens encontram-se nas definições de castas em uma sociedade aristocrática, seus sentidos acabam por desvencilhar-se destas quando toda essa bagagem de definição e valoração moral das diferentes posições sociais acaba sendo refletida no caráter de seus representantes. Assim, nobres não são considerados apenas os superiores por sua posição econômica e política na sociedade, mas também pelo julgamento moral de seu espírito como *bom*.

O homem nobre legitima sua bondade de caráter no tratamento com seus semelhantes, com os quais se revela um ser compreensivo e amigo. Suas virtudes, entretanto, não se revelam nas relações com os quais ele não se identifica. Enquanto para o conhecido há bondade, ao sair de seu meio de coerção social e moral, após um “longo cerceamento e confinamento na paz da comunidade”, e voltar seu olhar ao externo, aos estranhos que não possuem espaço em sua concepção de valores morais – os “ruins” – o homem nobre se revela uma “ave de rapina”, não mais que um predador³.

Embora “mau” e “ruim” aparentam ser duas antinomias ao “bom”, entre si possuem divergências essenciais. A moral nobre parte de uma condição ativa, de uma afirmação de si mesma enquanto boa, definindo como ruim tudo aquilo que se opõe a si. A moral escrava, por outro lado, é reativa, pois parte de uma negação de si: embora oposta à moral nobre, concebe “mau”, e não “ruim”, como categoria originária de sua condição. Essa distinção ocorre quando o povo judeu promove uma radical inversão dos valores e se afirma como os bons, miseráveis e feios; porém, humildes e abençoados.

A transvaloração judaica, movida pelo sentimento de vingança contra a opressão dos senhores, foi capaz de inverter os

2 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 18.

3 *Ibid.*, p. 29.

valores e colocar os nobres e poderosos como os maus, cruéis e insaciáveis, enquanto a pobreza e a humildade se tornaram sinônimos de bondade⁴. A moral escrava dos homens comuns prevaleceu sobre os senhores e o mundo se cristianizou, não por benevolência (como creem os cristãos) mas pela vontade de poder inerente à condição e existência humana.

A crítica à metafísica ocidental formulada pelo autor se concretiza na refutação da moral cristã. Quando incorporada pelos valores civilizatórios ocidentais, a moral cristã, que se sustenta nessa dualidade entre bom e mau, promove o enfraquecimento do espírito, devido à necessidade do homem de constante busca de certezas e fuga da dor, rebaixando-o em seus impulsos criativos. Para o cristianismo a verdadeira alegria encontra-se no além mundo, crença que resulta na aniquilação de toda a potência de vida e negação das forças terrenas.

É na modernidade que são secularizados esses pressupostos judaicos-cristãos e, em busca de conforto ao espírito diante da inevitável morte de Deus, o homem ergue novas instituições – Estado, ciência, anarquismo, socialismo – visando a controlar as contingências às quais a vida revela se submeter. Assim, o nascimento do Estado moderno está viciado por preceitos morais que ainda tentam a restrição de potencialidades humanas, violentando os homens pela aniquilação de sua individualidade e criatividade. “Ou seja, uma estrutura nacional que menospreza outras possibilidades de entendimento do mundo”⁵.

O sentido da cultura moderna se revela ser o controle. Aliada à fuga da dor, a sociedade moderna busca as câmeras e a segurança, participando ativamente no processo de retroalimentação do poder de controle. A configuração do homem nesse novo cenário é de sua domesticação:

4 Ibid., p. 23.

5 ASSMANN, Selvino José; BEZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 173.

Sob tais condições esse homem encontra-se lançado numa pequena política caracterizada pela privatização de si, pela transformação do outro em meio para consecução de interesses particulares, de ordenamento da vida a partir das pequenas verdades cotidianas e efêmeras da ciência, da técnica da compulsiva produção e consumo de mercadorias. Enfim, uma vida apequenada que anseia por um cômodo viver, livre de incômodos, apascentada no grande rebanho da humanidade à espera do próximo pastor e suas verdades.⁶

A visão agambeniana da modernidade se aproxima de Nietzsche na denúncia do niilismo. O aparato governamental e político ocidental gera um vazio político existencial, pois neutraliza as diferenças políticas relevantes e promove um processo de igualização entre os sujeitos. A direção que se delimita é da redução da vida à sua “nudez biológica”, onde a formação de uma massa des-subjetivada é necessária a destituição de sua capacidade política. A vida nua como centro da política⁷ se sustenta pela captura dos indivíduos, desprovidos de condição humana, pelos mais diversos dispositivos de controle, segurança e consumo.⁸

Se o homem nobre de Nietzsche, amansado e docilizado pela cultura, ao voltar-se ao externo revela-se um animal de rapina, capaz de se colocar acima de sua própria moral e, através de suas ações, promover a exclusão do estranho, também é excluído o indivíduo que na sociedade de controle moderna ousa romper com a normatividade da massa dessubjetivada, negando-se à condição de membro do rebanho. Abordar a centralidade da vida na política é essencial para a compreensão da exclusão de viventes que não se adéquam aos pressupostos e padrões da normatividade vigente, seja ela moral ou jurídica.

6 Ibid., p. 54.

7 Embora tratemos aqui da modernidade, é mister afirmar que Agamben supera a noção foucaultiana da biopolítica como paradigma moderno, reconhecendo essa técnica de dominação já na antiguidade clássica, conforme se verifica nas primeiras páginas da introdução de *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*.

8 ASSMANN; BEZZANELA, op. cit., p. 55.

2 A vida nua na exceção como a regra

Significantes de diferentes noções que temos da palavra vida, os dois termos gregos *zoé* e *bíos* são usados para explicar a inserção da vida na *pólis*⁹. Enquanto *zoé* é a vida natural, o simples ato de viver, *bíos* exprime o que hoje temos por organização social ou política, uma forma de viver específica. Não havia, portanto, como se falar em *zoé* no âmbito da *pólis* grega; porém, é justamente com esta inserção da vida natural no centro do cenário político que, para Foucault¹⁰, a política passa à biopolítica. A vida como problema do soberano, do governo dos homens¹¹, enquanto implicada nos mecanismos de poder, pode ser tanto protegida como ter autorizada sua destruição.

O aparato normativo de uma sociedade (moral e jurídico) é responsável por ditar o que está dentro da normalidade, mas a norma, em si, não promove controle: ela precisa estar acompanhada de um poder coercitivo que dela é dissociável. Todos que se colocam – ou são colocados – na zona externa ao alcance do aparato normativo são considerados, por óbvio, anormais. Embora não sejam inatingidos pela norma, não significa que estejam imunes ao poder de controle que a acompanha: a vida dos indivíduos externos à normalidade está tão suscetível à coerção, necessária à eficácia da norma, quanto estão os normais.

Denomina-se estado de exceção este espaço de suspensão do direito onde prevalece a força e violência soberana, espaço limiar entre a política e o direito, lugar em que “oposição entre norma e sua realização atinge a máxima intensidade”.¹² Embora sua essência seja ausência de lei, sua existência depende de autorização em lei: embora pareçam categorias opostas são, na verdade,

9 GAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. p. 9.

10 FOUCAULT apud AGAMBEN, 2012, p. 10.

11 Ibid., p. 11.

12 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011. p. 58.

complementares e dependentes entre si. somente há estado de exceção se há Direito.

Também são complementares as duas faces que compõe a soberania. É o soberano que responsável pela aplicação das leis e, portanto, único capaz de autorizar o estado de exceção. É uma dominação que possui duas cabeças: o legislador e o déspota. Mas são duas faces de um soberano *uno*, que ultrapassa o direito, onde a soberania do legislador apenas é exercida com o auxílio do déspota¹³.

Quando a vida externa ao ordenamento coincide com o espaço político, atingi-se o limiar da biopolítica, onde a vida nua é incluída no ordenamento jurídico através da sua exclusão. É uma relação onde o direito insere a vida em si por meio de sua própria suspensão ao mesmo tempo que a abandona, legitimando pela lei (força de lei, sem lei) sua submissão à barbárie do aparato coercitivo. Aqui, o estado de exceção se torna a regra:

O estado de exceção, onde a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, na verdade, em seu apartamento, o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político; quando as fronteiras se esfumam e se indeterminam, a vida nua que o habitava libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, o ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da emancipação dele. Tudo ocorre como se, no mesmo passo do processo disciplinar através do qual o poder estatal faz do homem enquanto vivente o próprio objeto específico, entrasse em movimento A um outro processo, que coincide grosso modo com o nascimento da democracia moderna, no qual o homem como vivente se apresenta não mais como *objeto*, mas como *sujeito* do poder político.¹⁴

13 DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs* – capitalismo e esquizofrenia, vol. 5. São Paulo: Ed. 34, 1997. p. 7.

14 AGAMBEN, 2012 p. 16.

A figura ambivalente do *homo sacer*, resgatada por Agamben do direito romano arcaico, é um conceito-limite, um terreno vazio que carrega sentidos contraditórios. A ambivalência do sacro é a antítese do sagrado e do maldito, do puro e do impuro, da adoração e do horror: duas variedades de um mesmo gênero, cujo objeto pode transitar de um ao outro sem que se altere¹⁵. Por ser externo ao ordenamento, ou seja, banido,¹⁶ a morte do *homo sacer* é insancionável, exceção à jurisdição humana, esclarecendo a relação que há entre a vida nua e o estado de exceção, fundando a violência soberana.¹⁷

A única categoria análoga a do *homo sacer* é a do soberano: ambos se caracterizam por serem ambivalentes, encontrando-se ao mesmo tempo dentro e fora do ordenamento jurídico. Quando o soberano manda sobre o estado de exceção, acaba por ditar não apenas sobre a existência do vivente aprisionado ou excluído, mas também sobre a sua própria existência, pois ele é capaz de se autoanular quando diz “eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei”¹⁸.

Análogo ao soberano de Carl Schmitt, que detém poder legal de proclamar sobre o direito, há o homem soberano nietzschiano. É aquele indivíduo autônomo e supramoral com vontade própria que possui *medida de valor*, capaz de honrar seus iguais e desprezar os diferentes. Embora Nietzsche descreva-o como “liberado da moralidade de costume”, sua medida de valor capaz de julgar sobre a honra alheia calca-se em uma normatividade própria, assim como é o próprio direito que concede ao soberano schmittiano o poder de versar sobre o direito.

15 Ibid., p. 16.

16 O autor desenvolve a ambiguidade que a relação de abandono traz consigo. Historicamente o exílio possui tanto as noções de pena e punição quanto de refúgio, de um direito. O banido e o exilado são, portanto, duas figuras ambivalentes: “O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluso, dispensado e, simultaneamente, capturado”. Ibid., p. 109.

17 Ibid., p. 106.

18 SCHMITT apud AGAMBEN, 2012, p. 22.

O homem “livre”, o possuidor de um aduradora e inquebrantável vontade, tem nesta posse a sua *medida de valor*: olhando para os outros a partir de si, ele honra ou despreza; e tão necessariamente quanto honra os seus iguais, os fortes e confiáveis (os que *podem* prometer) – ou seja, todo aquele que promete como um soberano, de modo raro, com peso e lentidão, e que é avaro com sua confiança, que *distingue* quando confia, que dá sua palavra como algo seguro, porque sabe que é forte o bastante para mantê-la contra o que for adverso, mesmo “contra o destino” –; do mesmo modo ele reservará seu pontapé para os débeis doidianas que prometem quando não podiam fazê-lo, e o seu chicote para o mentiroso que quebra a palavra já no instante em que a pronuncia.¹⁹

A exclusão do vivente é realizada por ambos os soberanos e legitimada pelas normas às quais versam: moral e direito possuem a capacidade de versar sobre a morte de todas as vidas que não se conformam à forma normativa estabelecida.

3 Sobre potência de pensamento e vontade de poderes

O homem moderno nietzschiano é aquele que teve suas potencialidades humana restritas pelas instituições normatizadoras e normalizantes. Todas as instituições modernas, o Estado, a ciência, a técnica, são um tanto quanto arcaicas, pois a origem delas situa-se em pressupostos morais cristãos que não foram superados após a morte de Deus²⁰, apequenam e domesticam os homens ao destruírem sua individualidade e criatividade.

Agamben trabalha o homem na modernidade ocidental de forma semelhante. O mundo de entusiasmo prometido pela ciência e técnica que se construiu após o iluminismo, tempo marcado

19 NIETZSCHE, 2009, p. 45.

20 NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. seção 125.

pela efervescência de potencialidades vitais, acabou por gerar uma sociedade cujo anseio maior é a proteção e busca da vida, a garantia da segurança, reduzindo a vida à sua forma biológica. As formas de vida produzidas pela sociedade foram, historicamente, apreendidas pelas estruturas jurídicas e políticas, podendo ser nelas inseridas ou serem delas excluídas.

Ambos os autores denunciam o mal-estar da civilização ocidental moderna que, mesmo após a tentativa de secularizar suas instituições e mesmo que se negue o caráter teleológico da vida, continua em uma ansiosa busca por uma finalidade, um sentido integral ao mundo. A forma de vida dominante é produzida no cotidiano dentro das leis de produção e consumo, desprovendo a vida de suas potencialidades, reduzindo-a à sua condição biológica de puro ato. Essa vida é exposta a uma trama de excessiva normatividade e controle, sustentada pelo capital financeiro, pela política, pelo direito e pela moral.

Embora haja convergência nas análises dos autores, suas propostas de potencialização de vida na contemporaneidade e rompimento com este cenário divergem.

Nietzsche denuncia se a metafísica socrático-platônica presente na civilização ocidental que, aliada à tradição judaico-cristã, adquire uma dimensão teleológica da existência e determina as formas de concepção de vida, domesticando o homem moderno, neutralizando seu jogo de forças e sufocando a vontade de poder que move a vida. Em última instância, combatem-se as verdades absolutas que constituem uma sociedade de massas baseada em produtores e consumidores, buscando a transvaloração dos valores vitais²¹ e a superação do niilismo pessimista e reativo.

Portanto, a vida enquanto potencialidade é o centro do pensamento de Nietzsche, e a morte de Deus deve ser seguida do rompimento com a moral cristã:

21 NIETZSCHE, 2002, p. 21.

[...] torna-se fundamental que também os homens, animais de rebanho, seres de gravidade, morram. Das cinzas do homem renascerá o além-do-homem, caracterizado pela coragem e vontade de viver a vida assim como ela se apresenta, nas vitórias e derrotas, nas alegrias e tristezas, em dores e prazeres.²²

Propõe-se outra postura perante a vida: uma postura afirmativa, que retome no homem seu sentimento de capacidade de criação e destruição, rompendo com sua situação submissa que sempre aguarda um comando externo para suas ações. Enquanto o niilismo reduziu a vida ao seu empobrecimento cultural, sua massificação, rebaixando o homem à sua moral de rebanho, o rompimento exige assumir a vida como vontade de viver e constante afirmação da existência ditada pela vontade de poder²³. A vontade não é algo externo, mas sim uma condição inerente de todo ser inserido no jogo de forças que é a existência.

O termo *vontade de poder* não expressa um novo conteúdo da vontade, uma finalidade, ou meta a atingir, mas tão somente um princípio de síntese para o conjunto das forças em constante combate. [...] O constante combate entre as quantidades de força não visa à sua potencialização como condição de criação, destruição e recriação de si mesmo. A vontade de poder em sua *dýnamis* é um contínuo superar-se como condição de manter-se na existência e, sob essa condição, uma força pressupõe a existência de outra força que lhe resiste e busca incessantemente superá-la.²⁴

22 ASSMANN; BEZZANELA, 2013, p. 40.

23 Este conceito nietzschiano levanta diversas perguntas entre filósofos e tradutores que não se pretende trabalhar no presente artigo, como se sua origem se dá no darwinismo da luta pela sobrevivência; se acaba por justificar um individualismo extremo; se é uma característica apenas de um tipo de ser humano, possibilitando-o sobrepor-se acima de demais povos. Tais questionamentos devem-se ao fato de não existir nenhuma obra específica do autor que trabalhe e desenvolva este conceito, que se encontra presente apenas em fragmentos de diversos textos do conjunto de sua obra.

24 ASSMANN; BEZZANELA, op. cit., p. 67.

A vontade de poder é uma estratégia de sobrevivência na sociedade de moral de rebanho, com aceitação das contingências que marcam a vida e existência humanas. O renascimento do *além-do-homem* depende apenas dele mesmo em adquirir uma nova postura perante o mundo que habita.

Para Agamben, a vida é pura potência. O autor não define nessas palavras, mas ao afirmar que em essência a vida é inapreensível, ou melhor, aquilo que definimos enquanto vida é inapreensível, pois a vida, em sua forma humana, fora separada em relação à totalidade da vida. Devido a essa qualidade de inapreensão é que a racionalidade técnica e científica cria tantos mecanismos de biopolítica na tentativa de apreendê-la.

A vida enquanto potência possibilita dois caminhos: o de se abrir para o mundo e para a criatividade – a potência de ser e de fazer – e o da não realização, da privação do ato. Em suma, a vida é potência de potência, potência de pensamento, de poder projetar possibilidades à criação e à negação. Aqui a grande divergência entre os autores. O pensador italiano visualiza a base da metafísica ocidental na dialética, a qual importa transformar o negativo no positivo, buscando-se sempre o progresso. Ao contrário deste, Nietzsche permanece enquanto refém da metafísica que critica quando propõe a superação do negativo, do niilismo reativo para uma postura ativa, sustentando a necessidade de uma filosofia que celebre a afirmação da vida. Já em Agamben, o movimento é contrário, de reconhecer a negação e afirmar sua negatividade – ter em mente que “[...] a dimensão ontológica da vida, a existência humana é indivisível, é inapreensível”²⁵.

De uma forma ou de outra, pode-se pensar em outra posição para a vida, para além da violência normativa, moral e institucional, originária da civilização ocidental. Mas em ambos os casos é preciso uma nova ontologia, capaz de possibilitar que a política e a civilização que virão reescrevam as formas de vida nelas inseridas.

25 ASSMANN; BEZZANELA, 2013, p. 52

Considerações finais

Resta comprovada a interlocução existente entre a moral cristã e a docilização dos corpos enquanto estratégias de dominação da modernidade. Por meio do Direito ou da moral, sempre será uma normatividade a única capaz de criar espaços de sua ausência para que ocorra a exclusão do outro: a morte não é sancionada se exterior ao ordenamento. Contudo, é o Direito o dispositivo que sacraliza a condição biopolítica que vivemos e possibilita destituir a vida de todo e qualquer direito.

Enquanto o autor alemão desenvolve sua teoria da vontade de poder e propõe uma forma de rompimento com inércia domada do espírito humano ocidental, Agamben não se aventura a apontar saídas, apenas reflete sobre possibilidades de formas de vida. Ao possibilitar a afirmação do negativo através do reconhecimento da condição de potência presente no ser humano, colocando potência como também possibilidade de “não ser” e “não fazer”, Agamben rompe com a dialética da metafísica ocidental que sempre busca na saída a superação, a construção do positivo sobre o negativo

Apesar das divergências entre os dois autores quanto a suas propostas de potencialização da vida na contemporaneidade, um ponto é convergente e essencial ao desenvolvimento de seus pensamentos: a superação deste cenário da contemporaneidade ocidental exposto – o rompimento com a biopolítica – é mister à autonomia da vida em ditar sobre si mesma.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de Exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

_____. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

ASSMANN, Selvino José; BEZZANELA, Sandro Luiz. *A vida como potência a partir de Nietzsche e Agamben*. São Paulo: LiberArs, 2013.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *Mil platôs – capitalismo e esquizofrenia*, vol. 5. São Paulo: Ed. 34, 1997.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A Gaia Ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

Direito como Ideal e Razão Prática: considerações a partir de *Law as a Moral Idea*¹

*Daniel Peixoto Murata*²

Resumo: *Meu propósito nesse artigo é apresentar, esquematicamente, a teoria do direito elaborada por Nigel Simmonds em *Law as a Moral Idea*. Pretendo apresentar seus dois argumentos centrais: (I) o direito é uma ideia moral e (II) o valor do rule of law não é moralmente neutro. Em seguida, apresentarei as críticas que entendo mais relevantes e uma possibilidade de resposta que Simmonds teria à mão, a partir da ideia de razão prática “ad hominem” elaborada por Charles Taylor, também demonstrarei como Simmonds poderia ter se valido da teoria de Dworkin para suprir suas próprias deficiências.*

Palavras-chave: *filosofia do direito; Simmonds; Taylor; Dworkin; razão prática.*

Abstract: *My purpose in this paper is to present, schematically, the legal theory crafted by Nigel Simmonds in his *Law as a Moral Idea*. I intend to present his two main arguments: (I) that law is a moral ideal and (II) that the value of the rule of law is not morally neutral. In a second moment, I shall present the critiques I believe more important and a possible answer that Simmonds could give, using*

1 Resenha crítica de SIMMONDS, Nigel E. *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

2 Pesquisador no Programa de Ensino Tutorial (PET-SESU/MEC) Sociologia Jurídica e aluno de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Agradeço primeiramente ao prof. Ronaldo Porto Macedo Jr., pela oportunidade e inspiração que ele me concedeu para elaborar esse artigo por meio das discussões promovidas em seu Grupo de Estudos em Teoria do Direito. Agradeço, também, aos meus colegas no Grupo de Estudos, pelos debates divertidos e provocativos.

the idea of “ad hominem” practical reason elaborated by Charles Taylor, I will also demonstrate how Simmonds could have used Dworkin’s theory in order to deal with his own problems.

Keywords: *philosophy of law; Simmonds; Taylor; Dworkin; practical reason.*

Introdução

A contribuição de Nigel Simmonds para a filosofia do direito, em seu livro *Law as a Moral Idea*, é dupla. Por um lado, ele resgata pontos centrais das ideias de Lon Fuller, trazendo de volta para o debate um autor relevante; de outro, Simmonds avança em uma série de argumentos contra o positivismo jurídico, e, com isso, sofisticada o debate metodológico na área. Seu propósito é endossar duas teses: primeiramente que a ideia de direito é intrinsecamente moral; em segundo lugar, a falsidade da distinção entre teoria do direito analítica e normativa. Essas duas teses culminariam, na opinião de Pavlos Eleftheriadis, em um retorno a um estilo mais antigo de fazer filosofia do direito, que torna as dicotomias entre direito natural e positivismo e entre teoria analítica e teoria normativa algo desnecessário. Esse estilo mais antigo, na esteira de Hobbes, Kant e Rousseau, considera a filosofia do direito como uma continuidade da filosofia política e o direito como um artefato que responde às necessidades da condição humana e da razão. A filosofia do direito de Simmonds, portanto, é aberta às experiências que os agentes morais fazem do mundo³.

O ponto central do livro é a concepção do direito como um ideal, ou seja, para Simmonds o direito e o ideal de *rule of law* se confundem, são sinônimos enquanto um valor que nossas práticas institucionais devem almejar⁴. O segundo argumento desenvolvido, principalmente no terceiro capítulo, diz que, para

3 ELEFTHERIADIS, Pavlos. Introduction (Discussion A Symposium on Nigel Simmond’s Law as a Moral Idea). *Jurisprudence*, v. 1, Issue 2, p. 242, 2010.

4 SIMMONDS, 2007, p. 8-9.

decidirmos a favor ou contra o positivismo, precisamos saber se haveria razões suficientes para que um regime perverso estabelecesse e mantivesse instituições de direito, ou seja, se o ideal do *rule of law* (que o autor equivale aos oito *desiderata* de Fuller⁵) pode servir igualmente a bons e maus propósitos, possuindo assim uma neutralidade moral⁶. Para Simmonds, a resposta será negativa, pois há no *rule of law* um valor moral intrínseco.

Começarei a presente resenha com a análise do segundo argumento de Simmonds, para, na sequência, explicar por que motivo o direito seria uma ideia moral. As críticas que farei serão basicamente duas: Simmonds apresenta uma teoria do valor moral confusa que pode gerar dificuldades para sua teoria do direito e a reclamação de Finnis de que a teoria de Simmonds é desnecessariamente dependente de práticas sociais. Buscarei, também, apresentar quais as possibilidades de resposta que Simmonds teria em relação a tais críticas, a partir da teoria moral de Ronald Dworkin ou da ideia de razão prática *ad hominem* elaborada por Charles Taylor.

1 *Rule of law* como um valor moral

Para Simmonds, regimes perversos não têm boas razões para avançar no ideal do *rule of law*. O argumento do autor tem,

5 Nota do autor: gostaria de apresentar, de forma muito grosseira, o esqueleto do argumento de Lon Fuller, devido à sua importância para compreendermos o texto de Simmonds. Começemos listando aqueles que são os oito *desiderata* de Fuller, que para ele configuram uma *moralidade intrínseca* ao direito por serem necessários ao propósito de “*sujeitar a conduta dos indivíduos à governança das regras*”. São eles: generalidade, promulgação, não retroatividade, clareza, não contradição, possibilidade de cumprimento, constância, congruência entre a regra declarada e a ação oficial. A ideia geral por trás do argumento original de Fuller é que, para haver um sistema jurídico, seus oito preceitos devem ser razoavelmente respeitados. Como esses preceitos são possíveis de cumprimento gradual e é possível cumprir com alguns deles e não com outros, Fuller entenderá ser a legalidade (a aproximação ou afastamento em relação aos *desiderata*) de um sistema uma questão de grau. O argumento de Fuller é famoso e está originalmente em FULLER, Lon. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

6 SIMMONDS, op. cit., p. 64.

essencialmente, dois movimentos: (I) os positivistas que defendem a neutralidade do *rule of law*, notadamente Raz e Kramer⁷, simplificam as análises que fazem ao desconsiderar que tipos de incentivos e razões os regimes podem ter para aderir ao *rule of law*, e que tipos de incentivos e razões os cidadãos sob uma dada autoridade podem ter para cumprir ou não as regras, daí a tese de neutralidade moral do ideal ser factualmente falsa; (II) a linha de raciocínio de Kramer geraria consequências insustentáveis para o positivismo, porque, ao tentar defender que regimes perversos podem ter boas razões para se conformar ao *rule of law*, e que isso implicaria na neutralidade moral desse ideal, Kramer tem um argumento que analogamente se aplica às razões que um regime perverso poderia ter para emitir leis justas. Consequência disso é que Kramer seria obrigado a defender a neutralidade moral da justiça, algo que é refutável *ad absurdum*⁸. Isso não significa, obviamente, afirmar que um governo não tem razões para *simular* uma adesão ao *rule of law*.

Colocando de outra forma, o propósito de Simmonds é demonstrar a implausibilidade funcional da tese que defende o *rule of law* como algo moralmente neutro. No entanto, uma vez que isso é feito, o autor precisa mostrar qual é, afinal, o valor moral do ideal. O valor do ideal do *rule of law* seria, para Simmonds, a liberdade (*liberty*), compreendida como “*independência em relação ao poder dos outros*”⁹. Em outras palavras, o valor em questão é ga-

7 Nota do autor: é relevante destacar que Simmonds opta por debater com Raz e Kramer por achar Hart um oponente demasiadamente ambíguo nesse ponto. Segundo Simmonds, Hart por vezes dá a entender que reconhece uma conexão necessária entre direito e moral, mas hesita em avançar nesse argumento. Isso fica bastante evidente nas contradições que Hart comete ao criticar as teorias do direito de Fuller e Radbruch. Ao criticar Fuller, Hart adota uma posição de “ouriço”, porque vê a possível compatibilidade entre legalidade e iniquidade como uma prova da neutralidade moral daquela. Ao criticar Radbruch, ele se aproxima da tese pluralista de Isaiah Berlin para apontar que dois valores que adotamos podem conflitar de maneira irremediável, de modo a nos forçar uma escolha. Conferir também a leitura que Gardner faz de Hart e as repercussões disso para Simmonds em GARDNER, John. *Hart on Legality, Justice and Morality* in *Jurisprudence*, v.1, issue 2, 2010.

8 SIMMONDS, 2007, p. 88-89.

9 *Ibid.*, p. 101-102, 111.

rantir que as atitudes e ações do indivíduo sejam restritas apenas por uma norma de direito, e não pela mera vontade dos outros. A ideia de liberdade que Simmonds defende como sendo o valor do *rule of law* é, portanto, diferente de uma concepção hobbesiana, residual, de liberdade enquanto leque de atividades não cobertas pelo direito. O exemplo analítico de Hart (e resgatado pelo próprio Simmonds) ajuda a esclarecer a questão: é – no mínimo – bizarro dizer que um grupo de escravos livres (no sentido hobbesiano), mas que podem (pelo direito vigente naquela sociedade) ser tratados de qualquer forma pelos outros cidadãos tem *direitos* de atuar de forma a praticar atos que as leis não proibam, porque tais “*escravos estariam fora da governança pelo direito, sendo governados apenas pela força*”¹⁰. Em resumo: para Simmonds, o *rule of law* não é um valor moralmente neutro e está associado à noção de liberdade enquanto independência do poder dos outros.

Simmonds busca fundamentar esse argumento a partir da percepção que *qualquer* governo, se desejar sobreviver e promover suas metas, terá boas razões para emitir normas que protejam as “*zonas de condutas opcionais*” dos indivíduos em relação à interferência de terceiros. Em outras palavras, governos que desejam exercer seus ditames (independentemente de sua qualidade moral) e reter o monopólio do uso da força precisam proibir interferências coercitivas de terceiros sobre os indivíduos, com isso garantindo um “*perímetro protetivo*” para tais “*domínios de conduta opcional*”. Ao fazer isso, nota-se que o direito garante – em si – o valor da liberdade, entendida aqui como independência em relação ao poder de terceiros¹¹.

Algumas qualificações são feitas por Simmonds aqui: primeiramente, não há uma necessidade de que esse “*domínio de conduta opcional*” seja amplo, pois não se trata de uma liberdade enquanto variedade de opções, mas sim de independência em

10 Ibid., p. 107-108.

11 SIMMONDS, 2007, p. 102-104.

relação aos outros. Em segundo lugar, tanto regimes perversos quanto bem intencionados possuem razões para impedir a interferência de privados *uns sobre as condutas dos outros*, porque não fazer isso expõe os indivíduos à possibilidade de opressão em casos de cumprimento com as próprias normas do regime, como no caso de indivíduos que cumprem uma norma de tocar o sino matinal e são oprimidos por aqueles que se incomodam com isso.

Nesse sentido, como o valor da liberdade (*liberty*) é exercido tanto contra outros indivíduos quanto contra o próprio Estado, podemos observar em que medida um regime maligno se afasta desse valor, e conseqüentemente do *rule of law*. Isso porque o *rule of law* tem como condição necessária (graças aos preceitos fullerianos) a regulamentação da ação governamental por regras e princípios gerais e públicos¹². Com efeito, ainda que um regime maligno tenha razões para impedir a opressão entre privados, ele não tem razões para limitar sua própria opressão, daí se afastando do ideal do *rule of law*.

2 O conceito arquetípico de direito

O argumento de Simmonds do direito enquanto um ideal depende de sua construção dos conceitos enquanto arquétipos. A ideia de um conceito arquetípico visa a desfazer – no tocante ao direito – nosso desconforto de pensarmos o direito tanto como uma ideia intrinsecamente moral (por meio do ideal do *rule of law*) quanto como um instrumento moralmente neutro (as instituições concretas que temos). Um conceito arquetípico é uma construção intelectual em relação às quais instâncias concretas podem se aproximar ou se afastar¹³. De certa forma, um conceito arquetípico funciona de forma muito parecida a um tipo ideal weberiano: não existe no mundo real alguém que de fato incorpore

12 Ibid., p. 98.

13 SIMMONDS, op. cit., p. 52.

de maneira exata todos os traços da figura do *líder carismático*¹⁴, mas os líderes reais podem se aproximar ou se afastar desse tipo ideal. O exemplo do próprio Simmonds é o conceito de triângulo: existe uma definição matemática do que é um triângulo, mas os requisitos dessa definição jamais serão completamente satisfeitos por triângulos do “mundo real”¹⁵.

Pensar no direito como um conceito arquetípico tem uma série de vantagens; notadamente, permite evitarmos a dicotomia que Raz faz com o significado da palavra *direito*, como se ela indicasse fenômenos diferentes em *rule of law (estado de direito)* e em outros contextos (como no uso técnico de o que é o direito em uma dada jurisdição). Segundo Simmonds, essa vantagem decorre do fato de que por meio do conceito arquetípico podemos perceber como algo pode ser considerado direito, mas, mesmo assim, não cumprir completamente com os requisitos do arquétipo. Em outras palavras, é possível ao conceito de direito (enquanto arquétipo) funcionar tanto descritivamente, identificando determinados arranjos sociais, quanto normativamente, como um ideal para as práticas sociais¹⁶. Nesse ponto, parece-me que existe, de fato, a reconhecida afinidade entre Simmonds e Fuller, uma vez que este reconhece expressamente que a existência de um sistema jurídico, seja ele bom ou ruim, é sempre uma questão de grau¹⁷.

Apresentados os dois argumentos principais de Simmonds, podemos ver por que para ele o direito é uma ideia moral. O conceito de direito é mais bem entendido como um conceito arquetípico, que funciona como um ideal e uma descrição. Enquanto

14 WEBER, Max. *Ciência e Política*: Duas Vocações. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2010, p. 57-58.

15 Nota do autor: Confesso que tenho dificuldades com o exemplo do triângulo. Ele seria perfeitamente funcional em um mundo no qual não houvesse a tecnologia que hoje dispomos. Em todo caso, ele é bastante didático. O próprio Simmonds revelou um desconforto posterior com o exemplo em SIMMONDS, Nigel E. *Reply: The Nature and Virtue of Law in Jurisprudence*, v.1, issue 2, 2010.

16 *Ibid.*, p. 53.

17 FULLER, Lon. Positivism and Fidelity to Law: A reply to professor Hart. *Havard Law Review*, v. 74, n. 4, p. 630-672, 1958, p. 646. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338226>>.

ideal, o conceito de direito é o *rule of law*, o qual, como vimos na análise do segundo argumento, é um valor moral associado à ideia de liberdade (*liberty*).

Simmonds depende de uma teoria do valor moral e precisa provar que a legalidade (o *status* de uma regra como sendo uma regra de direito) é em si um valor de tal espécie. Essa teoria é formada a partir do pensamento de Gadamer, segundo o qual um valor pode ser concebido teoricamente, em uma reflexão isolada de um caso concreto, mas é justamente no caso concreto em que tal valor vai adquirir um conteúdo substancial. Nossa formulação inicial, quando confronta circunstâncias reais, é refinada de forma a melhor expressar o valor. Simmonds destaca que o próprio Gadamer tem uma metáfora relacionada ao direito: nosso conhecimento sobre o direito tem o potencial de aperfeiçoamento via a experiência de aplicação em vários e diversos casos concretos¹⁸.

É importante destacar que existe uma dimensão imanente nessa concepção de valor. Para conseguirmos compreender valores, precisamos saber que ações e práticas são capazes de melhor traduzi-los concretamente. Em outras palavras, é necessário observar o arranjo de interações humanas existentes em um contexto para conseguir compreender os valores. O exemplo de Simmonds ajuda a perceber melhor o que está em jogo: se um filósofo descesse da montanha e nos dissesse que a justiça verdadeira consiste em pintar objetos de verde, qualquer pessoa conseguiria dizer sem grandes dificuldades que, em que pesem as reflexões do filósofo, sua teoria não é sobre a justiça porque ignora totalmente aquelas práticas que reconhecemos como sendo associadas ao valor da justiça, como distribuição de renda ou punição de criminosos¹⁹. O argumento de Simmonds é que as pessoas criam seus valores a partir da interação e conhecimento mútuo, da mesma maneira que se criam culturas e línguas, por exemplo.

18 SIMMONDS, op. cit., p. 146-148.

19 SIMMONDS, 2007, p. 148-149.

Recuperando o ponto de Gadamer que Simmonds apresenta, é importante perceber que essa “*profundidade semântica*” decorrente do aperfeiçoamento da concepção do valor por meio da prática não depende de um realismo platônico sobre ideias, que projete nossos valores em um mundo à parte do nosso. Isso porque essa “*profundidade semântica*” é mais bem captada como reflexo de uma conexão entre todos os elementos que integram uma forma concreta de vida ética que é intrínseca à realização do valor em questão (à isso Simmonds chama de “*profundidade do ideal*”). Essa “*profundidade do ideal*” não é trivial, porque se levada a sério, temos que a compreensão genuína de um valor não é uma ideia abstrata e utópica, mas sim algo lastreado na experiência vivida pelo agente moral²⁰.

É relevante explicar como Simmonds constrói, tendo em vista sua teoria do valor moral, uma posição delicada entre o pluralismo e o monismo de valor (este ponto, aliás, será criticado adiante nessa resenha). A ideia é que não há razões para supor de antemão, como costumam fazer os pluralistas na tradição de Isaiah Berlin, que valores irão inevitavelmente conflitar e forçar o agente moral a uma escolha de vontade, ou seja, precisamos considerar seriamente a possibilidade de que a reflexão racional consiga demonstrar uma teia de suporte mútuo entre valores aparentemente distintos. Simmonds seria, portanto, um ouriço (monista²¹), não fosse sua ressalva de que também nada garante que nossos valores são realizáveis mutuamente²².

Exposta a teoria do valor abraçada por Simmonds, preciso ainda apontar por que motivo para ele a legalidade se configura como tal. A exposição desse motivo se dá, ao meu ver, em dois passos. O primeiro desses passos é perceber a insuficiência de

20 Ibid., p. 149-150.

21 Nota do autor: O prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. chamou minha atenção para o fato de o termo “monista” ser ambíguo, podendo dar a entender que existe um valor fundamental a partir do qual os outros irradiam ou dependem. Esclareço, portanto, que utilizo o termo “monista” para designar a possibilidade teórica de os valores não serem conflitantes.

22 SIMMONDS, op. cit., p. 180-182.

uma regra de reconhecimento (tal e qual exposta por Hart, como uma regra social aceita pelos operadores do direito) em justificar a decisão judicial. Em outras palavras, o mero fato de os juízes aceitarem alguma regra social como *pedigree* para definir o que conta como uma regra de direito não explica a gramática das decisões judiciais: juízes não justificam suas decisões com base no fato de que eles enquanto grupo social aceitam uma determinada regra, nem com base no fato de que a regra eventualmente violada era um requisito de justiça. O argumento judicial é precisamente que a regra violada era uma regra *de direito*. O que a prática judicial demonstra, portanto, é que a *legalidade* da regra é o elemento-chave para a justificação da imposição de uma sanção, por exemplo²³. Essa é a razão pela qual é inadequado interpretar a legalidade como mero “selo de aprovação” emitido por uma regra de reconhecimento aceita convencionalmente²⁴.

O segundo passo é a percepção de que a qualificação do ideal de *rule of law* (retratados nos oito *desiderata*) enquanto moral, conforme vimos, se dá pelo valor da liberdade (*liberty*) e que esse ideal (do *rule of law*) é conectado ao próprio conceito de direito, por ser ele arquetípico. Essa estrutura argumentativa torna a legalidade um valor moral, porque torna uma regra *em direito*, e em sendo de direito, uma regra visa a garantir “[...] um certo grau de liberdade e independência em relação ao poder dos outros, no contexto da vida em uma comunidade política”²⁵.

A pergunta final que Simmonds se faz é sobre a possibilidade de conflito entre os valores da legalidade e da justiça. A sugestiva resposta é que, em razão de realmente serem valores distintos, eles são capazes de competir entre si, de forma que a realização parcial de um indique na frustração de outro. No entanto, a realização *plena* de *ambos* os valores somente é capaz de ser atingida em conjunto. Isso ocorre porque a justiça sem o apoio do direito é

23 SIMMONDS, 2007, p. 172.

24 *Ibid.*, p. 188.

25 *Ibid.*, p. 188-189.

incapaz de ter qualquer efetividade nas sociedades, enquanto que o direito sem um *background* em questões de justiça se converte em um mero conjunto de regras que, por poderem ser ambíguas, acabam sempre dependentes dos desejos do julgador. Trata-se de uma relação de mão dupla: regras jurídicas acabam relacionando considerações de justiça, que tendem a ser gerais e indeterminadas, às decisões em casos concretos, estabelecendo esquemas específicos de consecução de objetivos de justiça, ao mesmo tempo em que uma vez que a legalidade é ligada à liberdade (*liberty*), o afastamento de um sistema jurídico em relação à justiça gera uma margem de arbitrariedade interpretativa tal que os juízes passam a ter um poder de escolha que compromete o ideal de não sujeição de um particular em relação a outro (no caso, dos litigantes em relação aos caprichos do julgador), ou seja, compromete-se a própria legalidade²⁶.

Com efeito, as teses endossadas por Simmonds o fazem concluir que:

A teoria do direito é, em sua melhor forma, uma parte integral desse processo de aprofundamento pela reflexão de nossa concepção dos valores implícitos em nossas formas de associação. Ela busca conferir coerência a uma forma de associação que é parcialmente percebida e irrefletidamente entendida em nossas práticas e ideias jurídicas ordinárias. A forma de associação em questão é aquela a que nos referimos como o "rule of Law". A existência histórica do direito talvez se inicie com um rol de práticas estabelecidas que são "meio compreendidas" e "indistintas"; mas ela pode então atingir um grau de auto percepção refletida no qual os participantes aprofundam seus entendimentos sobre os valores servidos por sua prática, e se esforçam para cristalizar e refinar a prática de modo a servir melhor tais valores.²⁷

26 Ibid., p. 195-198.

27 SIMMONDS, 2007, p. 8. (tradução minha).

3 E qual é a crítica?

Como disse na introdução, tenho duas críticas a fazer ao texto de Simmonds. A primeira delas é que as considerações que ele faz sobre a moral e os valores morais são muito esquemáticas, sem detalhamentos que seriam necessários, ou seja, Simmonds endossa uma posição que se pretende intermediária “entre a raposa e o ouriço”, mas não apresenta um argumento forte em favor dessa posição, limitando-se a mencionar que os valores podem ser interdependentes, mas mesmo assim capazes de conflitar²⁸. A segunda crítica, formulada por Finnis, aponta que o *framework* hegeliano da teoria de Simmonds acaba gerando o efeito inconveniente de tornar a investigação moral (portanto, também a jurídica) desnecessariamente truncada, porque sempre dependente das práticas e de intuições reais dos indivíduos²⁹.

Sobre a primeira crítica, tenho a impressão que Simmonds adotou essa postura para evitar tornar sua teoria do direito desnecessariamente comprometida com um argumento sobre a natureza dos desacordos morais e sua resolução. Sua pretensa posição “entre o ouriço e a raposa” lhe permite postular que, eventualmente, liberdade e igualdade poderiam conflitar mas isso não abalaria sua teoria do direito. Ele faz um esforço considerável, no entanto, para mostrar que a plena realização dos valores de justiça e legalidade se efetiva mutuamente. No entanto, Simmonds poderia se valer de uma leitura mais atenta de Dworkin para fortalecer seu próprio argumento.

Simmonds argumenta que Dworkin teria falhado em perceber que valores poderiam conflitar, porque não teria percebido que a filosofia não é a mera empreitada intelectual de clarificação conceitual teórica, separada das práticas e instituições reais³⁰. Não é esse o caso, porque a teoria da interpretação postulada por Dworkin é

28 Ibid., p. 180.

29 FINNIS, John. *Law as Idea, Ideal and Duty* in *Jurisprudence*, v. 1, issue 2, p. 246-251, 2010.

30 SIMMONDS, op. cit., p. 181.

muito semelhante à noção de “*profundidade do ideal*”, levando em consideração a história e a forma das práticas e objetos:

Grosseiramente, interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática de modo a fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente. Não se segue, mesmo dessa explicação grosseira, que um interprete pode fazer da prática ou obra de arte qualquer coisa que ele quer que ela seja, que um cidadão da cortesia que é encantado pela igualdade, por exemplo, pode em boa fé clamar que o que a cortesia realmente requer é a distribuição da riqueza. A história ou forma de uma prática ou objeto restringe as interpretações disponíveis, apesar de que o caráter dessa restrição precise de explicação cuidadosa, como veremos. Interpretação criativa, na visão construtiva, é uma questão de interação entre propósito e objeto.”³¹

Para Dworkin, nossos conceitos morais funcionam como conceitos interpretativos, sujeitos à interpretação construtiva. Tais conceitos são objetos para desacordos, podemos discordar sobre qual a melhor interpretação da justiça, por exemplo. Interessa-me aqui apontar como Dworkin explica a maneira pela qual testamos as nossas diferentes concepções sobre um valor. Para ele, nós tentamos compreender nossas concepções de valores de maneira integrada, umas às luzes das outras, de forma a criar uma “*cúpula geodésica*”³². Em outras palavras, uma concepção de um valor é melhor se ela melhor se enquadrar na cúpula, sendo sustentada e sustentando nossas concepções dos demais valores. Se tivermos concepções de valores que aparentemente são conflitantes, por exemplo, liberdade e igualdade, esse conflito se deve ao fato de não termos ainda encontrado melhores concepções desses

31 DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986. p. 52. (tradução minha).

32 *Ibid.*, p. 160-161.

valores. A ideia da “*cúpula geodésica*” poderia beneficiar o argumento de Simmonds, porque permitiria ao autor endossar uma teoria sobre valores morais menos obscura, que vá além da mera afirmação ambígua de valores que se integram mas podem conflitar, além de reforçar a interdependência entre justiça e legalidade. Simmonds e Dworkin, de certa forma, seriam “ouriços” muito próximos, o que me parece bastante evidente na seguinte passagem:

Recursos podem estar disponíveis ao ouriço na forma de estruturas de significado que estão ocultas antes que nós as examinemos de forma reflexiva. Essas estruturas são exploradas em diálogo com os outros, e podem ser indicadas pela história de nossas práticas. Para atingir um entendimento reflexivo delas, nós precisamos adotar um temperamento de boa vontade (*submissiveness*) que não pode ser combinado como uma disposição para prematuramente impor uma categorização sobre um objeto que é refratário.³³

Em todo caso, ainda que, em meu entendimento, uma aproximação com Dworkin fosse benéfica à Simmonds, ela não é necessária. Faltaria, no entanto, uma melhor articulação de uma teoria moral que explicasse como os valores poderiam ser integráveis mas passíveis de conflitar.

A crítica de Finnis, que apontei anteriormente, corresponde basicamente a um truncamento desnecessário da investigação moral, decorrente do *framework* hegeliano adotado por Simmonds, uma vez que tal abordagem desnecessariamente prenderia os argumentos às considerações de uso e prática dos conceitos³⁴. Nessas páginas finais, pretendo demonstrar que a abordagem do autor não sofre do engessamento que Finnis parece sugerir.

Simmonds poderia, em minha leitura, endossar mais abertamente o argumento de Dworkin sobre interpretação, a fim de evitar a crítica do truncamento, de modo que a resposta a minha

33 SIMMONDS, 2007. p. 180 (tradução minha).

34 FINNIS, 2010, p. 246- 251.

primeira crítica também responderia a segunda. Outra possibilidade seria endossar aquilo que Charles Taylor chamou de razão prática *ad hominem*, ou seja, mostrar que um determinado argumento é injustificável (ou justificável) com base em premissas aceitas por ambos os lados e que eles são obrigados a aceitar. Nessa forma de razão prática, a argumentação tem por base a partilha de disposições fundamentais sobre o bom entre as duas partes que discutem³⁵.

A razão prática *ad hominem* consiste em uma forma de prática argumentativa muito comum na vida das pessoas; por meio dela, busca-se realizar transições que reduzem os erros – por meio de identificação de contradições, dissipação de confusões ou afastamento de preconceitos que são insustentáveis. A ideia é trazer à luz algo que nosso interlocutor eventual não tem condições de recusar, por meio de um juízo comparativo. O juízo comparativo a que Taylor se refere é um ponto central do argumento, porque significa que a razão prática *ad hominem* não está buscando a alegação correta em “última análise”, mas apenas a alegação mais correta em relação a uma segunda (“*Y é melhor que X*”). Disso não se segue que eventualmente não pode surgir uma posição Z que seja melhor que Y, ou seja, Y é um ganho epistêmico em relação a X, e Z seria um ganho epistêmico em relação a Y³⁶.

O exemplo que Taylor apresenta é instrutivo: tanto o soldado nazista quanto nós aceitamos alguma versão do princípio de não matar; no entanto, o nazista coaduna o princípio com uma série de exclusões. Se fôssemos argumentar com o nazista, poderíamos focar nosso argumento em torno das “razões” que ele tem para justificar essas exclusões. Essas “razões” são insustentáveis perante o escrutínio argumentativo, eram uma “histeria de massas travestida de pensamento”, de forma que o soldado nazista se veria obrigado, em um debate racional, a admitir que não tem razão

35 TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. Revisão de Tereza Cristina Gouvea. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 48-49.

36 *Ibid.*, p. 66-67.

para discriminar os judeus. O *insight*, diz Taylor, é notar que é nesse momento que a razão atua, porque muitas dessas alegações sobre a “ordem natural das coisas” ou sobre “desigualdades em capacidades” não resistem a um argumento racional. Alegações sobre a ordem das coisas são solapadas por avanços na visão de mundo rumo a um cosmopolitismo e alegações sobre desigualdades de capacidades são refutáveis quando saímos de um determinado contexto. O argumento e o recurso à razão colocam o soldado nazista em uma estratégia defensiva de invocar expressões como “*no entanto/mas/se ao menos*”, e quando isso ocorre a própria razão demonstra a impossibilidade de se sustentar tais posições, dado o pressuposto inicial compartilhado da importância humana³⁷.

Voltando à crítica de Finnis, essa abordagem de razão prática *ad hominem* é perfeitamente compatível com a teoria do direito de Simmonds; aliás, com ela partilha do pressuposto hegeliano, como podemos observar na seguinte alegação de Simmonds:

Finnis está, claro, correto em dizer que meu livro aloca o direito dentro do reino do espírito. De fato, eu diria, dentro do reino do espírito objetivo: o domínio das razões, valores, reconhecimento mútuo e significados compartilhados conforme encontramos esse domínio [do espírito objetivo] concretizado em associações humanas reais [...]. A possibilidade de que práticas sociais e formas de associação expressem, portanto, permitam que compreendamos, os valores morais é [pelas teorias morais dominantes atualmente] obscurecida; como é o pensamento que a coerência da moralidade pode ser encontrada, não na redução a um único princípio, mas na forma por meio da qual diversas práticas se adequam mutuamente dentro de uma forma de vida compartilhada. A ênfase sobre princípios descolados, não sustentados coletivamente na prática, reforça a sensação de que a moralidade é essencialmente privada e internada, em vez de articulada dentro, e integrada a, nossas instituições e relações.³⁸

37 TAYLOR, 2000, p. 66-70.

38 SIMMONDS, 2010, p. 278. (tradução minha).

Minha intenção com essa breve digressão sobre razão prática foi demonstrar uma possibilidade que a tese de Simmonds teria de refutar a crítica de Finnis (além da abordagem dworkiniana), porque no reino da argumentação e da razão não há espaço para um apego cego às tradições ou a preconceitos irrefletidos. A vantagem desse argumento, que explorei por meio das ideias de Taylor, é não depender de uma teoria específica da objetividade moral, como ocorre no caso de Dworkin, mas apenas de alguma noção comparativa de verdade. A aposta que tanto Simmonds quanto Taylor fazem em valores e significados compartilhados (como o pressuposto do “não matar”) e na recusa de princípios universais apriorísticos permitem que se faça essa aproximação, de certa forma, implícita no texto de *Law as a Moral Idea*³⁹. Nossas práticas dentro de nossas formas de vida acabam se abrindo às mudanças a partir das próprias percepções morais que temos delas.

Considerações finais

Concluindo meu texto: qual é a contribuição de Simmonds? O autor contribui para o debate em teoria do direito, conforme apontei na introdução, ao trazer o debate Hart-Fuller à tona novamente, ao mesmo tempo em que avança argumentos originais. É curioso notar que ele chega a conclusões parecidas com as de Dworkin ou Finnis, mas segue um caminho diferente, sendo influenciado por Hegel e Gadamer. Trata-se de uma nova forma de crítica ao positivismo. A tese de Simmonds, ademais, tem implicações práticas; algo que busquei tornar evidente nos pequenos exemplos ao longo da resenha. Se correta, ela tem a consequência de permitir críticas contundentes a diversas posturas de governos contemporâneos que se dizem parte de Estados Democráticos de Direito. *Law as a Moral Idea* é um livro complexo, mas cuja leitura certamente vale a pena.

39 Nota do autor: ao que me consta, essa aproximação não foi feita, nesses termos, por Simmonds, apesar de ele se valer dos escritos de Taylor em mais de uma ocasião, como no próprio *Law as a Moral Idea* e em seu *Central Issues of Jurisprudence*.

Referências

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, USA: Harvard University Press, 1986.

_____. *Justice in Robes*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.

ELEFTHERIADIS, Pavlos. Introduction (Discussion A Symposium on Nigel Simmond's Law as a Moral Idea). *Jurisprudence*, v.1, issue 2, 2010.

FINNIS, John. *Law as Idea, Ideal and Duty* in *Jurisprudence*, v. 1, Issue 2, 2010.

_____. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.

_____. Positivism and Fidelity to Law: A reply to professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 74, n. 4 p. 630-672, 1958. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1338226>>.

GARDNER, John. Hart on Legality, Justice and Morality. *Jurisprudence*, v. 1, issue 2, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *Ensaios sobre teoria e filosofia do direito*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Revisão de Ronaldo Porto Macedo Jr. e Leonardo Rosa. São Paulo: Elsevier, 2010.

SIMMONDS, Nigel E. *Law as a Moral Idea*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. Reply: The Nature and Virtue of Law. *Jurisprudence*, v.1, issue 2, 2010.

TAYLOR, Charles. *Argumentos Filosóficos*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. Revisão de Tereza Cristina Gôuvea. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Editora Cultrix, 2010.

O Fetichismo Formalista do Direito em Hans Kelsen

Lucas da Costa Nascimento Pinheiro¹

Resumo: O presente artigo objetiva analisar os principais conceitos formulados por Hans Kelsen, através da sua obra de maior renome, “Teoria Pura do Direito”, bem como contrapor tal conceituação com as críticas de notórios juristas e filósofos influenciados pelo pensamento marxista. O normativismo, ao assumir supressão ideológica e igualdade formal como fundamento existencial, acaba por fetichizar as relações concretas que são intrínsecas à forma jurídica. Assim, o formalismo kelseniano acaba operando como uma instância de reprodução do capital.

Palavras-chave: *Formalista; Hans Kelsen; Marxismo; Fetiche.*

Abstract: *This article aims to analyze the main concepts formulated by Hans Kelsen, through his most renowned paper, “Pure Theory of Law”, and also contest such normativist conceptualization with criticism of notable jurists and philosophers influenced by Marxism. The normativism to take ideological suppression and formal equality as existential foundation, ultimately fetish concrete relationships that are intrinsic to the legal form. Thus, the Kelsen formalism just operating as a capital reproduction instance.*

Keywords: *Formalist; Hans Kelsen; Marxism; Fetish.*

¹ Graduando em Direito no 6º semestre pelo Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina (UNISOCIESC) em Joinville/SC; membro do Grupo de Estudos e Pesquisa Direito e Ideologia(s); bolsista de pesquisa pelo art. 171 Constituição Estadual de Santa Catarina, sob orientação do Prof. Msc. Moisés Alves Soares.

Introdução

O direito, para Hans Kelsen – o grande expoente teórico do normativismo burguês –, deve ser concebido, fundamentalmente, em seu aspecto formal, isto é, a reflexão a respeito da esfera jurídica não é centrada sobre conteúdo da norma jurídica, mas sobre a estrutura geral dessas normas. O jurista austríaco, desse modo, difunde amplamente uma concepção formalista do direito, operando uma purificação do direito, afastando da presença de qualquer sincretismo metodológico.

Nesse contexto, Kelsen² assevera que o princípio fundamental de uma teoria pura do direito deve excluir qualquer epistemologia que não integre seu objeto, isto é, tudo que não é reconhecido como Direito. Inere também que a juricidade (ou antijuricidade) de um ato é reconhecida pelo sentido objetivo vinculado a esse ato, a seu sentido e significação jurídica e não à sua faticidade, ou seja, supremacia da norma emanada pelo Estado, que deve ser compreendida a partir de sua validade e não pelo seu conteúdo.

Não obstante, a teoria pura do direito formulada por Kelsen sofre severas críticas dos filósofos e juristas que se contrapõem ao formalismo jurídico. Neste trabalho será possível vislumbrar as contradições existentes no âmago desta teoria, as quais serão identificáveis por meio da elucidação das teorias marxistas do direito.

1 Normativismo Jurídico

A escola formalista de Kelsen, conhecida como normativista, entende que a norma pode ser entendida como um imperativo que prescreve uma conduta de maneira coativa, na qual sua aplicabilidade fica restrita à sua validade.

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 1.

Kelsen³ exemplifica sua definição

O ser um documento, um testamento válido, não só segundo o seu sentido subjetivo, mas também de acordo com o seu sentido objetivo, resulta de ele satisfazer às condições impostas por este código para que possa valer como testamento. Se uma assembléia [sic] de homens constitui um parlamento e de o resultado da sua atividade é juridicamente uma lei vinculante – por outras palavras: se estes fatos têm esta significação –, isso quer dizer, em suma, que o conteúdo de um acontecer fático coincide com o conteúdo de uma norma que consideramos válida.

O normativismo jurídico kelseniano afirma que:

Com o termo “norma” se quer significar algo que deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem a conduta de outrem⁴.

Tais atos se vinculam a duas categorias: *ser* e *dever ser*. A distinção dessas categorias explica a diferenciação entre as espécies de estudo da epistemologia do direito. O *ser* analisa o direito como ele é; o *dever ser* analisa o direito como ele deve ser. No entanto, essa distinção se aplica também à ordem fática e normativa. O *ser* corresponde aos fatos, enquanto o *dever ser*, as normas, ao direito positivo. Na lição de Kelsen ⁵, “a norma é um dever ser e o ato de vontade é de que ela constitui é um ser”.

No que tange à validade das normas, é salutar identificar o seu fundamento. Ao compreender que o sistema jurídico da teoria normativista kelseniana é fechado, que se projeta de maneira hierárquica, onde a norma inferior se subordina à norma superior, é

3 KELSEN, 2009, p. 4.

4 Ibid., p. 5.

5 Ibid., p. 6.

flagrante afirmar que o fundamento de uma norma é outra norma, conforme se expõe a seguir.

1.1 A Norma Fundamental

“O fundamento da validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma⁶”; assim Kelsen inicia sua defesa sobre a supremacia da norma fundamental (*grundnorm*). Com muita convicção, o expoente do normativismo jurídico burguês concebe que a Ciência do Direito deve ser purificada, abandonando qualquer espécie de sincretismo metodológico, e que a norma deve ser compreendida a partir da concepção de validade. Uma norma jurídica somente será válida se for criada pelo Estado por um procedimento adequado e estiver em consonância com a ordem jurídica superior.

A investigação da validade das normas não pode estender-se *ad infinitum*. Neste semblante, Kelsen cria o conceito de Norma Fundamental (*Grundnorm*), considerada por ele uma norma pressuposta e a mais elevada.

Como norma mais elevada ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento da sua validade já não poder ser posto em questão. Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*).⁷

No entanto, cabe apontar que a natureza da norma fundamental se refere instantaneamente a uma Constituição definida, efetivamente estabelecida, criada a partir do costume ou da elaboração de um estatuto, eficaz em termos universais e mediatamente

6 Ibid., p. 215.

7 KELSEN, 2009, p. 217.

se refere à ordem coercitiva concebida simetricamente a essa Constituição⁸.

A *Grundnorm* é uma norma hipotética, se apresenta como hipótese, pois ela não é determinada como as demais normas, não integra o direito positivo, é suposta, isto é, se encontra no plano abstrato.

Nota-se, portanto, a presença do pensamento de Kant na doutrina normativista. Um conceito kantiano que reflete o conceito de norma fundamental é o imperativo categórico. O imperativo categórico apresenta-se como um dado apriorístico, um *a priori*, isto é, nega o caráter empírico para a justificação, a experiência independe da justificação.

Neste âmbito, Kelsen⁹ afirma como função primaz da norma fundamental:

Fundamentar a validade objetiva de uma ordem jurídica positiva, isto é, das normas postas através de atos de vontades humanos, de uma ordem coerciva globalmente eficaz, quer dizer: interpretar o sentido subjetivo destes atos como seu sentido objetivo.

Portanto, a norma fundamental de uma ordem jurídica jamais será uma norma material que, pelo seu conteúdo ser putativo como instantaneamente evidente, seja pressuposta como a norma mais escalonada da qual possam ser deduzidas cientificamente.

Kelsen¹⁰ assume que a teoria da norma fundamental não principia um novo método da ciência do direito, ela somente integra o produto de uma análise consolidada do processo que o conhecimento jurídico positivista desde o início têm aplicado.

8 Ibid., p. 224.

9 Ibid., p. 226.

10 Ibid., p. 227.

1.1.1 Implicações Teóricas Da Norma Fundamental Fictícia

Em sua obra póstuma, Hans Kelsen reelaborou o regimento teórico da norma fundamental, esforço que jamais foi completamente bem-sucedido, o que admitiu o surgimento tanto de atozes maledicentes quanto de leais protetores da Teoria Pura do Direito¹¹. Para Correias¹², o raciocínio de Kelsen frente a esse novo estatuto teórico, permeia o sentido que a norma fundamental é pressuposta pelo pensamento jurídico, podendo opor ao que ele havia argumentado em outro momento, ou seja, que uma norma jurídica é unicamente o sentido de um ato de vontade e jamais um ato de pensamento. Kelsen afirma acerca da *Grundnorm*:

[...] Não é hipótese – como eu mesmo, acidentalmente classifiquei – e, sim uma ficção que se distingue de uma hipótese pelo fato de que é acompanhada pela consciência ou, então, deve ser acompanhada, porque ela não corresponde à realidade¹³.

Dessa forma, considera-a como uma norma fictícia, uma pura ou “verdadeira” ficção no sentido da filosofia vaihingeriana do “Como-Se”, que é caracterizada pelo fato de que ela não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma.

1.2 Implicações Ideológicas Do Normativismo

A pureza metodológica adotada pelo normativismo kelseniano, induz à concepção de que tal teoria não defende nenhuma ideologia. Conforme noção cediça, a norma fundamental é inócua; entende-se, então, que esta é neutra no sentido ideológico.

11 MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.

12 CORREAS, Oscar. *Kelsen y los Marxistas*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 1994. (Tradução minha).

13 KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 329.

No entanto, a negação da expressão ideológica, já consiste em uma ideologia, pois, tal supressão corrobora como manutenção do *status quo*, isto é a manutenção do sistema capitalista liberal burguês, com todas suas mazelas sociais intrínsecas.

Neste semblante Miaille¹⁴ expõe toda a ideologia mascarada por trás do formalismo jurídico autocontrolador:

Este puro formalismo jurídico esconde, na verdade, o funcionalismo de uma sociedade concreta. Assim, quando se diz que o sistema jurídico se autocontrola, isso significa muito claramente que a sociedade burguesa sabe dar-se meio os meios de uma regulamentação quase automática dos seus movimentos superestruturais, na medida em que isso seja compatível com os movimentos econômicos sociais de base. E daí que, quando estes movimentos de base se transformam, o sistema jurídico apareça completamente anacrônico ou sem alcance real: as decisões do Conselho de Estado, para fazer respeitar a lei pela administração, são frequentemente insignificantes, comparadas com a realidade.

Motta¹⁵ traz outro aspecto muito relevante da “ideologia” do normativismo jurídico, através do pensamento de Poulantzas:

Ao isolar os indivíduos, a ideologia jurídicopolítica somente os unifica no nível do discurso, por meio da concepção do Estado-nação que representa o “interesse geral” da sociedade diante os indivíduos privados. Estes, criados pela ideologia dominante, são apresentados como unificados por meio de uma “igual” e “livre” participação na comunidade “nacional”, sob a égide das classes dominantes (ou o bloco no poder), que são consideradas como encarnando a “vontade popular”. Desse modo, Poulantzas considera que a dominância da região jurídico-política na ideologia dominante burguesa corresponde precisamente a essa dissimulação particular da dominação de classe.

14 MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Moraes, 2005. p. 295.

15 MOTTA, Luiz Eduardo. Direito, estado e Poder: Poulantzas e o seu confronto com Kelsen. *Revista De Sociologia e Política*, v. 19, n. 38, p. 7-25, fev. 2011. p. 17.

Nota-se a congruência entre o pensamento de Miaille e Poulantzas, o normativismo acaba por transformar o direito em um poderoso aparelho de repressão, pregando a igualdade formal, negando a justiça material e reproduzindo as desigualdades criadas ao longo da história da humanidade.

No que se refere à norma fundamental, pode-se inferir que esta representa toda a validade de um ordenamento jurídico e a legitimidade dela provém somente da forma como ela é expressa; sendo assim, pode-se afirmar que a Teoria Pura do Direito prevê uma ordem jurídica totalmente anacrônica com a realidade fática social, servindo apenas para difundir a ideologia da classe detentora do poder.

2 A Purificação Do Direito

Uma teoria do direito, quando pura, nega o sincretismo metodológico, propõe-se a elevar o direito a uma esfera científica. A teoria normativista busca direcionar sua epistemologia a norma, excluindo aquilo que não corresponda à definição de direito.

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ele se propõe garantir um conhecimento apenas dirigidos ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental¹⁶.

As normas jurídicas são o objeto de estudo da Ciência Jurídica; no entanto, considera-se norma, aquela, que prescreve uma conduta humana, um ato de vontade. Nesse ponto há que se

16 KELSEN, 1986, p. 1.

tomar cuidado, haja vista que o direito não deve estudar tais condutas, sob o risco de perder se caráter de pureza. Elucida Kelsen¹⁷:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita a questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas.

Essa purificação se opera na medida em que se elimina o debate moral, filosófico, sociológico da esfera do direito. Kelsen¹⁸ assevera que a pureza do método da ciência jurídica é colocada em perigo, uma vez que é tênue a distinção entre ciência natural e científica social, mas – muito mais ainda – pela ciência jurídica não ser suficiente reconhecido com distinta da ética, visto que o direito e a moral possuem o condão de instituir normas, o primeiro pela via estatal, o último, consuetudinariamente.

3 O Fetiche

Com relação ao fetichismo da forma do direito, Miaille¹⁹ sustenta que:

Os juristas formalistas partem de uma constatação: a identidade de conteúdo entre regra jurídica e outras regras de comportamento social. Para tomar apenas um exemplo, é

17 KELSEN, 1986, p. 79.

18 Ibid., p. 67.

19 MIAILLE, 2005, p. 295.

fácil mostrar que o entre “Não Matarás” do Decálogo ou da moral que daí resultou e o artigo do Código Penal que proíbe o homicídio não há diferença de fundo. Quer uma, quer outra dessas interdições proíbem um gesto ou comportamento que leve à morte de um indivíduo. Se nós ficarmos por esse nível, não haverá qualquer possibilidade de estabelecer alguma diferença entre um imperativo religiosos e um comando jurídico, entre a religião (ou a moral) e o direito. [...]. Com efeito, neste confucionismo da religião e do direito, o estudo jurídico não aparece de modo nenhum separado do estudo metafísico.

Tal assertiva demonstra o desafio que tem a doutrina normativista em purificar a ciência jurídica, visto que originariamente o desenvolvimento do direito foi marcado pelo ecletismo.

Althusser²⁰ revela que o formalismo jurídico não objetiva desvanecer os conteúdos aplicáveis à forma do direito; muito pelo contrário, o formalismo apenas expressa sua função enquanto se aplica a conteúdos estabelecidos, que são imprescindivelmente ausentes da esfera do próprio Direito. Tais conteúdos são as relações de produção e seus efeitos.

Nesse sentido, Mialle²¹ elucida a articulação entre o formalismo jurídico e a propriedade:

O proprietário de um escravo, que o recupera após um roubo ou um litígio com outra pessoa, tem de, diante do tribunal, colocar uma vara sobre a cabeça do escravo e pronunciar uma longa fórmula cujo essencial pode ser traduzido assim: Digo que este escravo é meu, em virtude do direito quirritário. Qualquer falha nestas formas acarretaria a nulidade do valor do ato jurídico. É claro que, numa tal hipótese, o sistema jurídico não está ainda separado do sistema religioso e que o apego a fórmulas e a um ritual em direito não é senão o efeito da dependência do direito de uma esfera mágico-religiosa em que o verbo e o gesto têm um lugar e uma eficácia (supostos) decisivos.

20 ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 85.

21 MIAILLE, op. cit., p. 297.

A afirmação do efeito entre a dependência do direito a uma esfera mágico-religiosa nos remete ao conceito de fetiche, neste contexto de propriedade e relações de produção nos remete especialmente ao conceito de fetichismo da mercadoria.

Desse modo, Marx²² sobre o fetichismo da mercadoria, conceitua:

O caráter misterioso da forma-mercadoria consiste, portanto, simplesmente em que ela apresenta aos homens as características sociais do seu próprio trabalho como se fossem características objetivas dos próprios produtos do trabalho, como se fossem propriedades sociais inerentes a essas coisas; e, portanto, reflete também a relação social dos produtores com o trabalho global como se fosse uma relação social de coisas existentes para além deles.

As interações dos homens no processo de produção englobam, assim, em um certo nível de desenvolvimento, uma forma duplamente enigmática. Elas surgem, por um lado, como relações entre coisas (mercadorias) e, por outro lado, como relações de arbítrio entre partes, independentes umas das outras; entretanto, iguais entre si como as relações entre sujeitos de direito²³. Em síntese: “O fetichismo da mercadoria se completa no fetichismo jurídico”²⁴.

Então, é possível inferir que o direito “exprime” as relações de produção, embora no sistema de suas regras não faça qualquer menção às citadas relações de produção; muito pelo contrário, escamoteia-as²⁵. Prossegue, ainda, Althusser²⁶ afirmando que:

22 MARX. *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p.198.

23 *Ibidem.*, p. 199.

24 PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 75.

25 ALTHUSSER, 2008, p. 85.

26 *Ibid.*, p. 189.

O direito regula formalmente o jogo das relações de produção capitalistas, já que define os proprietários, sua propriedade (bens), seu direito de “usar” e de “abusar” da respectiva propriedade, seu direito de aliená-la com toda a liberdade, o direito recíproco de adquirir uma propriedade. Nesse aspecto o direito tem como objeto concreto as relações de produção capitalistas enquanto faz especialmente abstração das mesmas. Cuidado: uma abstração é sempre, assim como uma negação, determinada. O Direito burguês faz abstração não de qualquer coisa, mas do objeto concreto determinado do qual tem o “encargo” de regulamentar o funcionamento, a saber, as relações de produção capitalista.

A partir desse ponto, é perceptível visualizar o paradoxo da teoria normativista de Kelsen. Embora ela esteja, aparentemente, descompromissada com a difusão de qualquer ideologia, é inconteste que essa teoria corrobora com uma ideologia em particular: o liberalismo burguês. Através da defesa do Direito enquanto ordem puramente normativa, “[...] Kelsen torna demasiado visível o que a ideologia liberal tentava ocultar: o homem como pura imaginação, ocultando um universo objetivo de mecanismos autônomos, talvez mesmo completamente independentes desses homens!”²⁷.

O sistema jurídico da ordem liberal capitalista clama pela generalização da forma abstrata e da pessoa jurídica. Tal artifício atua para representar a unidade social de maneira real e imaginária, concomitantemente.

Para Kelsen, o homem não é mais do que a personificação da unidade – quer dizer, de um conjunto de obrigações e de poderes determinados por normas jurídicas –, não é uma realidade factual, mas uma construção jurídica criada pela ciência do direito, um conceito auxiliar na descrição e formulação de dados de direito²⁸.

27 MIAILLE, 2005, p. 308.

28 Ibid., p. 305.

A fetichização do formalismo jurídico opera quando este suprime a análise dos fatos geradores de direito, e limita-se a estudar a norma, que muitas vezes não alcança a realidade. A fetichização acarreta no anacronismo entre os fatos e o próprio Direito, Pachukanis²⁹ ensina:

Uma tal teoria geral do direito, que nada explica, que a priori volta as costas às realidades concretas, ou seja, à vida social, e que se preocupa sem se importar com sua origem (o que é uma questão metajurídica!) ou com suas relações com quaisquer interesses materiais, não pode ter pretensões ao título de teoria senão unicamente no mesmo sentido em que, por exemplo, se fala popularmente de uma teoria do jogo de xadrez. Uma tal teoria nada tem a ver com a ciência. Esta “teoria” não pretende de nenhum modo examinar o direito, a forma jurídica, como forma histórica, porque não visa absolutamente estudar a realidade. Eis por que, para empregar uma expressão vulgar, não podemos tirar dela grandes coisas.

Tal caráter é reafirmado por Warat³⁰, em uma abordagem não marxista, na qual afirma que uma teoria pura do direito não considera a justiça como seu objeto, tampouco a questionar os detentores do poder, apenas quer conhecer a norma como é, sem responder às perguntas sobre como deve ser o Direito.

Embora pretenda o normatismo elevar o Direito a uma ciência, o método formalista é reflexo do direito arcaico, agravado ainda pelo fato desse formalismo desprezar a experiência por meio do pensamento neokantiano adotado pela doutrina kelseniana, ou seja, despreza a evolução histórica de toda uma sociedade.

Os neokantianos poderão sempre tentar assegurar-nos que, seja segundo eles, a “idéia [*sic*] de direito” não precede geneticamente, ou seja, cronologicamente, a experiência, mas tão-só lógica e

29 PACHUKANIS, 1988, p. 19.

30 WARAT, Luís Alberto. *A Pureza do Poder*. Florianópolis: UFSC, 1983.

gnoseologicamente, não obstante sejamos obrigados a constatar que a chamada filosofia crítica nos conduz, neste ponto como em muitos outros a escolástica medieval³¹.

No mesmo sentido se posiciona Miaille³² quando assevera que o sistema jurídico de uma sociedade não pode ser compreendido se for tratado como um simples jogo de criação de normas e imperativos abstratos. Isso remete diretamente a uma forma de direito arcaico, haja vista que o direito da antiguidade era extremamente formalista.

Tal assertiva encontra-se respaldada nos escritos do jurista soviético Pachukanis³³, nos quais afirma que “o direito, enquanto conjunto de normas, não é senão uma abstração sem vida”. O formalismo jurídico kelseniano, portanto, objetiva, de forma aparente, eliminar os elementos ideológicos do conhecimento jurídico. Contudo, a teoria formalista, ao assumir supressão ideológica e igualdade formal como fundamento existencial, acaba por fetichizar as relações concretas que são genéticas a forma jurídica e operar como uma instância de reprodução do capital.

Considerações finais

É notável a contribuição de Hans Kelsen para a filosofia do direito. Muitos de seus conceitos ainda se fazem presente nos ordenamentos jurídicos de vários Estados soberanos. Constituindo sua perspectiva de Ciência do Direito na estrutura hierarquizada de ordem jurídica, Kelsen objetivou a eliminação dos elementos metajurídicos da epistemologia do direito ao elevar o pensamento kantiano de maneira radical a um patamar insustentável, tornando a sua teoria controversa e de difícil aplicação.

31 PACHUKANIS, 1988, p. 16.

32 MIAILLE, 2005, p. 296.

33 PACHUKANIS, op. cit., p. 47.

O debate maior que norteia o ápice dessa discussão é que a doutrina normativista é insuficiente na explicação do direito. É uma teoria que encontra limitações na sua investigação científica, e para concretizá-la há que se desrespeitar seus próprios princípios.

A teoria formalista do direito formulado por Kelsen funciona como instrumento para a manutenção do poder, visto que a forma das normas representa, em parte, a validade de um ordenamento jurídico.

Sendo assim, pode-se afirmar que a Teoria Pura do Direito prevê uma ordem jurídica totalmente anacrônica com a realidade fática social, uma vez que o direito puro deve se furtar da apreciação dos fatos geradores de direitos, limitando sua função apenas para difundir a ideologia dominante liberal burguesa.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. *Sobre a Reprodução*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- CORREAS, Oscar. *Kelsen y los Marxistas*. México D.F.: Ediciones Coyoacán, 1994.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MATOS, Andytas Soares de Moura Costa. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como Postulado Científico. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 41-84, jan./jun. 2011.
- MARX, Karl. *O Capital: crítica da economia política*. Tradução por Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Abril Cultural, 1985. p. 198.
- MIAILLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Moraes, 2005.
- MOTTA, Luiz Eduardo. Direito, estado e Poder: Poulantzas e o seu confronto com Kelsen. *Revista De Sociologia e Política*, v. 19, n. 38, p. 7-25 fev. 2011.
- PACHUKANIS, Evgeny Bronislavovich. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- WARAT, Luís Alberto. *Introdução Geral ao Direito: a epistemologia jurídica da modernidade*. Vol. II. Porto Alegre: Fabris, 1995.

A Irresponsabilidade Organizada e os OGMs: reflexões de uma sociedade de risco¹

Marina Demaria Venâncio²

Resumo: *Com os avanços tecnológicos, os organismos geneticamente modificados (OGMs) ganharam destaque. Contudo, seus riscos e danos ao meio ambiente, à saúde humana e à economia se demonstraram imprecisos, enaltecendo a necessidade de estudos aprofundados acerca de suas características e consequências, bem como de legislações mais adequadas às suas características. Este trabalho, assim, busca abordar a necessidade de se superar a irresponsabilidade organizada no âmbito dos OGMs, objetivando a consecução das funções fundamentais do Estado de Direito Ambiental, no âmbito da teoria da sociedade de risco.*

Palavras-chave: *sociedade de risco; irresponsabilidade organizada; OGMs.*

Abstract: *The genetic modified organisms (GMOs) gained prominence with the technological advances. However, their risks and damages to the environment, to the human health and to the economy are imprecise. This fact highlights, thus, the need for deepened studies about their characteristics and consequences, as well as more adequate laws, which have to be able to deal with their specificities. Therefore, this paper seeks to address the need to overcome the organized irresponsibility,*

1 Este artigo é fruto de uma reflexão pautada no trabalho apresentado por ocasião da “IX Jornada Luso-Brasileira de Direito do Ambiente”, realizada entre os dias 29 e 31 de outubro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), no Brasil.

2 Acadêmica da oitava fase do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica do CNPq e integrante do Grupo de Pesquisa de Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco – GPDA da UFSC.

aiming at the achievement of the essential functions of the Environmental Law State, within the World Risk Society theory.

Keywords: *World Risk Society; organized irresponsibility; GMOs.*

Introdução

A sociedade de risco coloca uma série de desafios à sociedade e ao direito. Nessa perspectiva, os organismos geneticamente modificados (OGMs) emergem como uma questão fundamental a ser debatida. Os riscos que estes organismos apresentam ao meio ambiente são de um alto grau de imprevisibilidade, em decorrência da incerteza gerada pela carência de estudos técnicos precisos sobre a sua utilização. Assim, busca-se elaborar algumas reflexões sobre a sociedade de risco, no âmbito dos OGMs, com destaque à legislação específica brasileira e à irresponsabilidade organizada.

Apresenta-se o problema em três momentos distintos. Primeiramente, busca-se enquadrar estes organismos na perspectiva da sociedade de risco, da irresponsabilidade organizada e do EDA, destacando-se o princípio da precaução. Na sequência, apresentam-se breves considerações sobre a natureza dos OGMs, a fim de compreender alguns aspectos da sua relação com o meio ambiente. Por fim, procura-se expor algumas reflexões oriundas da sociedade de risco, com ênfase à base normativa brasileira dos OGMs e à irresponsabilidade organizada, exemplificada por meio da análise de duas decisões judiciais.

1 A sociedade de risco e o Estado de Direito Ambiental

1.1 Sociedade de risco

Na modernidade, as ameaças ao meio ambiente se tornam fundamentalmente complexas³ e é criado um modelo de desen-

3 FERREIRA, Helene Sivine. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2010. p. 1.

volvimento de difícil controle⁴, o qual cumpre apenas parcialmente os seus desígnios, não viabilizando uma conformação entre eficácia econômica, igualdade social e prudência ambiental.⁵

A concepção moderna de civilização encontra, por isso, dificuldades para explicar os desenvolvimentos sociais e científicos, vivenciando-se uma verdadeira crise de paradigma.⁶ Nesse contexto, é possível tratar da *sociedade de risco*, a qual é definida por Beck⁷ como uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais criados pela dinâmica da inovação, cada vez mais, fogem do controle das instituições de proteção da sociedade industrial.

É possível compreendê-la, assim, como um estágio no desenvolvimento da sociedade no qual os riscos criados pelo constante incremento das inovações iludem as instituições de controle e proteção criadas pela sociedade industrial, que coloca desafios de difícil resolução perante as nações à margem das grandes vantagens do capitalismo.⁸ Assevera-se que tal teoria constitui uma representação teórica que permeia a discussão sobre as limitações e realizações da sociedade industrial e da modernidade.⁹

Na sociedade de risco ocorre a difusão subjetiva, temporal e espacial das situações de risco e de perigo, da qual decorre a

4 LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de Risco e Estado. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

5 FERREIRA, op. cit., p. 8-11.

6 LEITE, José Rubens Morato; BELCHIOR, Germana Parente neiva. *Juridicidade do dano ambiental sob o enfoque da geração de problemas ambientais: perspectivas do direito brasileiro*. *Boletim da Faculdade de Direito: STVIA IVRIDICA*, Coimbra, v. 1, n. 102, p. 367- 393, 2012. p. 369-370.

7 BECK, Ulrich. *Risk Society and the Provident State*. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Coord.). *Risk, Environment & Modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998. p. 27.

8 ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 166-167.

9 FERREIRA, op.cit., p. 11.

necessidade de pensar o meio ambiente de uma maneira diversa, que supere o modelo jurídico tradicional.¹⁰

A noção de risco, nessa perspectiva, relaciona-se às noções de probabilidade e incerteza.¹¹ Constitui um conceito histórico derivado das atividades humanas, um produto de escolhas sociais vinculado aos processos de tomadas de decisões.¹² Na perspectiva do direito, de acordo com Rocha¹³, o risco é considerado um fator de responsabilização jurídica, sendo relevante aquele sobre o qual é possível responder. Destacam-se, assim, duas modalidades de riscos ecológicos: os *concretos*, que se caracterizam pela visibilidade e previsibilidade, e os *abstratos*, invisíveis e imprevisíveis¹⁴, que são característicos dos OGMs em decorrência de seus efeitos desconhecidos sobre o meio ambiente, a biodiversidade e a saúde humana.

Como bem elucidada Beck¹⁵, todas as pessoas se encontram retidas na “malha mundial de riscos tecnológicos”. Essa *globalização dos riscos* se reflete na dificuldade do Estado em “[...] prever, organizar e controlar o risco em um mundo de redes mundiais interativas e de fenômenos híbridos, sobretudo quando ninguém se responsabiliza pelos resultados”. É possível afirmar, assim, que se vive em uma situação na qual os

[...] tomadores de decisão política afirmam que não são responsáveis: no máximo, eles “regulam o desenvolvimento”. Os especialistas científicos dizem que criam novas oportunidades tecnológicas, mas não decidem sobre a maneira como são utilizadas. Os empresários explicam que estão apenas

10 LEITE, 2010, p. 158.

11 FERREIRA, 2010, p. 21-24.

12 Ibid., p. 12-15.

13 ROCHA, 2008, p. 163.

14 LEITE, op. cit., p. 157.

15 BECK, Ulrich. *Ciência é a causa dos principais problemas da sociedade industrial*. 20 nov. 2001. São Paulo. *Folha de São Paulo*, Ciência. Entrevista concedida a Antoine Reverchon, do “Le monde”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2011200101.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

atendendo à demanda do consumidor. [...] A sociedade virou um laboratório onde ninguém se responsabiliza pelo resultado das experiências.¹⁶

Beck caracteriza esse fenômeno como *irresponsabilidade organizada*. Esta pode ser identificada pelo agravamento dos problemas ambientais e pela conscientização da existência dos riscos aliados à ineficácia de políticas de gestão ambiental.¹⁷ O fenômeno da irresponsabilidade organizada, assim, pode ser definido nas palavras de Goldblatt¹⁸, como “[...] um encadeamento de mecanismos culturais e institucionais pelos quais as elites políticas e econômicas encobrem efetivamente as origens e consequências dos riscos [...] catastróficos da recente industrialização”.

Nessa perspectiva, da problemática ambiental no âmbito da sociedade de risco, torna-se necessário salientar que tais questões devem ser trazidas à análise do direito, da política e da sociedade. Nesse sentido, enquadra-se a perspectiva do Estado de Direito Ambiental, cujas funções permeiam os debates, no campo do ordenamento biotecnológico, relacionados a um trato mais eficaz e eficiente dos OGMs.

1.2 Estado de Direito Ambiental

A Constituição Federal de 1988 “[...] foi o primeiro dos diplomas constitucionais brasileiros a versar deliberadamente sobre o meio ambiente, dispensando à matéria um tratamento amplo e diferenciado”¹⁹.

A Carta Magna enalteceu o valor intrínseco dos outros seres vivos e do equilíbrio ecológico, bem como a dimensão intergeracional do ambiente, consolidando os principais instrumentos para

16 Ibid.

17 LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo; PILATTI, Luciana Cardoso. *Direito Ambiental Simplificado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 9.

18 GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Lisboa: Piaget, 1996. p. 241.

19 LEITE, 2010, p. 157.

a proteção ambiental em seu art. 225²⁰, o qual evidencia a transição para um modelo de Estado sensível à necessidade de preservar o meio ambiente como um direito e dever de todos, para as presentes e futuras gerações.²¹ Este artigo possibilitou “[...] uma abertura do direito à ecologia [...] assimilada e operacionalizada mediante à própria racionalidade normativa”²². A tutela ambiental constitucional se demonstra, assim, preocupada em tutelar os aspectos globais e transtemporais dos riscos e dos danos ambientais como interesses juridicamente tutelados.²³

Nessa perspectiva, faz-se necessário tratar do Estado de Direito Ambiental (EDA). Assevera Leite²⁴ que esse paradigma é uma construção teórica, um conceito abrangente que tem incidência na reflexão sobre a Sociedade, Política e o Direito. O EDA, singularizado pelo destaque que confere à proteção ambiental, pode ser compreendido como o fruto das novas reivindicações fundamentais humanas.²⁵

Dentre suas *funções essenciais*, encontram-se: a busca de uma melhor compreensão do meio ambiente; o estímulo à formação da consciência ambiental; o favorecimento da institucionalização de mecanismos compatíveis com a especificidade da natureza dos problemas ambientais; a juridicização de instrumentos capazes de garantir um nível ambientalmente adequado de proteção, consolidando o viés preventivo; e a viabilização do desenvolvimento de um conceito de direito ambiental integrativo.²⁶

20 BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Direito Ambiental, v. 21, p. 1- 22, jan. 2001. p. 119 a 155.

21 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

22 CARVALHO, Délton Winter de. *A tutela constitucional do risco ambiental*. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 262.

23 CARVALHO, *op. cit.*, p. 279.

24 LEITE, 2010, p. 175.

25 LEITE; AYALA, *op. cit.*, p. 38.

26 LEITE, 2010, p. 178-180.

No que tange à adoção de uma concepção integrada de meio ambiente, infere-se que esta “favorece o desenvolvimento de um conceito de direito ambiental integrativo, o que, como consequência, promove substantivas modificações na forma como os instrumentos jurídicos são concebidos, definidos e implementados pelo Estado”.²⁷

Enaltece-se que esse paradigma proposto é de grande relevância para a compreensão das exigências latentes da sociedade moderna e deve ser interpretado como uma construção teórica que se reflete no mundo real como um ideal a ser atingido.²⁸

A otimização dos seus objetivos, “[...] tem utilidade para a identificação das carências e deficiências jurídicas que interferem na qualidade da proteção do meio ambiente. Com isso, estimula-se um processo de transformação no qual Estado e sociedade pas-sam a influenciar conjuntamente no cenário ambiental [...]”²⁹.

No âmbito das carências e deficiências jurídicas na tutela do meio ambiente, encontra-se a questão dos OGMs, a qual carece de um efetivo enfrentamento e regulação. Esse processo deverá passar necessariamente pela consolidação de aparatos jurídicos – institucionais, que devem ser pensados à luz de certos princípios, dentre os quais se destacam a *prevenção* e a *precaução*.

O princípio da *prevenção* assegura a eliminação de perigos que já foram comprovados cientificamente, atuando quando existe certeza científica quanto aos perigos e riscos ao meio ambiente.³⁰ Da mesma maneira, este princípio visa ao cumprimento de uma série de deveres de conhecimento e organização por parte do Poder Público, para que se possa alcançar um modelo que antecipe os danos ambientais. Relacionada à biossegurança, a *prevenção* ocorre em diversos aspectos, como no controle e confinamento de OGMs, na observância dos padrões de rotulagem e no

27 LEITE; AYALA, 2012, p. 39.

28 LEITE; AYALA, op .cit., p. 40.

29 LEITE, op. cit., p. 180.

30 LEITE; DANTAS; PILATTI, 2010, p. 20.

fornecimento de informações exigidas pelos órgãos e pelas entidades de registro e fiscalização.³¹

Já o princípio da *precaução* atua na ausência de certezas científicas. É possível afirmar, desse modo, que este “[...] opera no primeiro momento dessa função antecipatória, inibitória e cautelar, em face do risco abstrato, que pode ser considerado risco de dano, pois muitas vezes é de difícil visualização e prevenção”.³²

Com relação a este princípio no âmbito normativo brasileiro, vale ressaltar que já está consagrado na Constituição Federal, em seu art. 225³³. Contudo, “[...] mesmo na condição de princípio orientador do processo legislativo, deve-se mencionar que a precaução foi negligenciada pela Lei nº 11.105/2005”.³⁴ Na Lei de Biossegurança, os principais instrumentos de gestão de riscos ambientais foram suprimidos dos processos relacionados ao uso comercial de OGMs e à pesquisa, restringindo-se às solicitações da CTNBio.³⁵

No que concerne à aplicação do princípio pelo judiciário em situações envolvendo OGMs, encontram-se alguns casos. Destaca-se a ação civil pública movida pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC)³⁶, GREENPEACE³⁷ e Ministério Público Federal contra a União, que buscava suspensão da autorização para o cultivo da soja *Round Up Ready*, sustentando, com base no princípio

31 ROCHA, 2008, p. 173-176.

32 LEITE, op. cit., p. 200.

33 AMORIM, 2005, p. 102.

34 FERREIRA, 2010, p. 143.

35 Ibid., p. 144.

36 O IDEC é uma associação de consumidores sem fins lucrativos, fundada em 1987. Objetiva atingir o equilíbrio ético nas relações de consumo, aprimorar a legislação de defesa do consumidor, reprimir o abuso do poder econômico e melhorar a qualidade de vida no âmbito da qualidade de produtos e serviços. Para mais informações, acesse: <<http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>>.

37 O GREENPEACE é uma organização não governamental sem fins lucrativos que atua para promover a paz e defender o meio ambiente, por meio da exposição e confronto de crimes ambientais e da defesa de soluções economicamente viáveis e socialmente justas para as presentes e futuras gerações. É presente em 43 países de todos os continentes e conta com mais de 3.875.000 colaboradores. Para mais informações, consulte o site do GREENPEACE: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/quemsomos/>>..

da precaução, falta de estudo prévio de impacto ambiental (EPIA) para autorizar a liberação e falta de normatividade sobre segurança alimentar. O juiz federal Antônio de Souza Prudente, no processo cautelar nº 98.34.00.02768, determinou a realização do EPIA pelas empresas Monsoy e Monsanto, impedindo a comercialização da soja geneticamente modificada até que fossem devidamente regulamentadas as normas de biossegurança e rotulagem.³⁸

Enfim, tendo tais conceitos em mente, passa-se agora a discurrir sobre os OGMs.

2 OGMs: breves considerações

O estudo dos OGMs é atrelado às suas interações com os aspectos econômicos, sociais e ambientais da sociedade de risco. Dessa forma, para que estas relações sejam mais bem compreendidas, bem como alguns aspectos particulares da legislação específica e da irresponsabilidade organizada, fazem-se necessárias breves considerações sobre sua natureza.

Um OGM é aquele em cujo genoma³⁹ foi inserido o gene de outro organismo. Este gene contém a informação para determinada característica, que será transferida de um organismo para outro. Assim, apenas um fragmento de DNA⁴⁰ (gene) é transferido para o genoma do indivíduo receptor, não havendo cruzamento entre ele e o doador.⁴¹

Segundo o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, para que um organismo seja considerado geneticamente modificado,

38 ROCHA, 2008, p. 133.

39 De acordo com o dicionário Priberam da Língua Portuguesa, genoma é o “conjunto de toda a informação genética de um indivíduo ou de uma espécie, codificada no ADN”.

40 Sigla proveniente do inglês, a qual significa *DeoxyriboNucleic Acid*. Em português é conhecido como ADN (ácido desoxirribonucleico), um composto orgânico constituído por uma desoxirribose e por fósforo.

41 ARAGÃO, Franciso J. L. *Organismos transgênicos: explicando e discutindo a tecnologia*. Barueri: Manole, 2003. p. 43.

deve apresentar material genético proveniente de diferentes fontes e obter esse material através das técnicas provenientes da tecnologia do DNA recombinante⁴².

Foi somente a partir de 1950 que as possibilidades das ciências biológicas se abriram à manipulação genética, com as descobertas sobre a estrutura química do ácido desoxirribonucleico (DNA). A descoberta de enzimas capazes de “cortar” e “colar” a molécula de DNA impulsionaram as pesquisas para a criação de moléculas híbridas, que resultaram nos primeiros experimentos.⁴³ O primeiro microrganismo a portar uma molécula de DNA modificada com genes de duas espécies foi a bactéria *Escherichia coli*, que continha genes de sapo, gerada pelos pesquisadores Stanley Cohen, da Universidade de Stanford, e Herbert Boyer da Universidade da Califórnia. Até 2003, mais de 400 genes de proteínas com potencial para o uso terapêutico já haviam sido clonados.⁴⁴

Tais dados são hoje ainda mais significativos. O surgimento e desenvolvimento de novas tecnologias referentes à engenharia genética tem alimentado uma série de debates calorosos envolvendo questões éticas, de segurança do meio ambiente, da perda de biodiversidade e da existência de limites para a manipulação da natureza pelo homem⁴⁵.

2.1 O emprego dos OGMs: controvérsias

Desde os primeiros avanços da tecnologia do DNA recombinante, a utilização dos OGMs sempre encontrou argumentos

42 Tecnologia por meio da qual é possível alterar a operação de um gene pré-existente em um organismo, ou incorporar em um novo ser um único gene correspondente a uma característica que se deseja desenvolver. Cf. LAJOLO, Franco. A questão da Saúde nos alimentos geneticamente modificados. *Revista ConsCieência*. Disponível em: <http://www.anbio.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=592:a-questao-da-saude-nos-alimentos-geneticamente-modificados&catid=54:manuais-de-biosseguranca&Itemid=61>. Acesso em: 30 set. 2014.

43 FERREIRA, 2010, p. 53, p. 55.

44 ARAGÃO, op. cit., p. 43-44.

45 AMORIM, 2005, p. 98.

favoráveis. Os partidários desta tecnologia sustentam que ela permitirá a redução da fome do mundo, o desenvolvimento de novos fármacos, avanços em transplantes de órgãos e tecidos e o fornecimento de alimentos mais nutritivos e resistentes aos agrotóxicos.⁴⁶ De fato, as aplicações comerciais, industriais e terapêuticas são diversas, e o primeiro uso comercial das tecnologias da engenharia genética chegou ao mercado na forma de proteínas usadas em vacinas e em tratamentos terapêuticos.⁴⁷

No agronegócio, os OGMs encontram um grande campo de atuação. O banco de dados da *Biotechnology Industry Organization*⁴⁸ indica a concentração das variedades modificadas geneticamente nas culturas de maior potencial econômico, tais como o milho, a soja e o arroz. Há várias espécies de plantas transgênicas associadas a determinados tipos de agrotóxicos (como a soja *Round Up Ready*), o que as torna interessantes para o negócio das grandes corporações, uma vez que as empresas de biotecnologia são também grandes empresas produtoras de agrotóxicos, como a Monsanto.^{49 50}

Dessa maneira, tendo em vista as possíveis aplicações dos OGMs, é possível constatar a sua incidência no cotidiano das

46 ROCHA, 2008, p. 133.

47 FERMENT, Giles. Análise de Riscos das Planas Transgênicas: Princípio da Precaução ou Precipitação?. In: FERMENT, Gilles; ZANONI, Magda (Org.). *Transgênicos para quem?* Agricultura, Ciência e Sociedade. Brasília: MDA, 2011. p. 99.

48 A *Biotechnology Industry Organization* é uma organização sem fins lucrativos, que possui sede em Washington D.C., e está engajada com a pesquisa e desenvolvimento de inovações relacionadas a produtos biotecnológicos para a agricultura, indústria, meio ambiente e saúde. Sua missão é ser a campeã mundial em biotecnologia e prestar assistência jurídica para seus membros – grandes e pequenas empresas. Para mais informações, consulte: <<http://www.bio.org/articles/about-bio>>.

49 A Monsanto, maior companhia de sementes do mundo, é também uma das maiores fabricantes de herbicida. Apenas no primeiro trimestre, em decorrência da expansão do comércio de sementes no Brasil e na Argentina, a empresa já faturou US\$ 126 milhões, US\$ 117 milhões a mais do que no ano anterior para o mesmo período. Para mais informações, Cf. FOLHA DE SÃO PAULO. *Monsanto tem lucro maior no 1º tri; vendas no Brasil ajudam*. 6 jan. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1030761-monsanto-tem-lucro-maior-no-1-tri-vendas-no-brasil-ajudam.shtml>>. Acesso em: 31 jul. 2012.

50 ROCHA, 2008, p. 138-139.

pessoas. Contudo, seu uso sustentado e incentivado por vários setores da sociedade, de cientistas a grandes empresas, é passível de muitas críticas. Suscitam-se, assim, dúvidas acerca dos riscos que tais organismos representam, dos seus impactos na saúde humana, na economia e no meio ambiente.

Inseridos em uma cultura do risco, da submissão da natureza e da mercantilização, os OGMs, encaixados na lógica de industrialização da agricultura e da alimentação voltadas a grandes espaços, foram adotados rapidamente pelos agricultores.⁵¹ Destaca-se que no Brasil, como já mencionado, no governo Lula, a soja ilegal foi autorizada sob o pretexto de penalizar milhares de agricultores do Rio Grande do Sul que já plantavam as sementes na total ilegalidade. Como resultado dessa cultura de licenciosidade, mais de 21 plantas transgênicas já foram liberadas comercialmente no país.⁵²

Deve-se considerar também que esses organismos são combinações genéticas artificiais, dificilmente poderão ser reconduzidos a um estado de isolamento após serem introduzidos no meio-ambiente, o que favorece a ocorrência de danos ambientais capazes de comprometer o equilíbrio ecológico de sucessivas gerações.⁵³

Ferreira⁵⁴ também trabalha a ideia de outros *impactos negativos*, como a contaminação de outras espécies nativas por genes modificados; a formação de ervas daninhas e insetos resistentes aos pesticidas; a redução ou perda da diversidade biológica; e os danos à saúde humana.

Estes argumentos indicam que os OGMs estão estreitamente relacionados com o liberalismo e a agricultura industrial. São capazes de modificar consideravelmente os ecossistemas e as

51 APOTEKER, Arnaud. Ciência e Democracia: O Exemplo dos OGMs. In: FERMENT, Gilles; ZANONI, Magda (Org.). *Transgênicos para quem? Agricultura, Ciência e Sociedade*. Brasília: MDA, 2011. p. 89.

52 Ibid., p. 93.

53 FERREIRA, 2010, p. 2.

54 Ibid., p. 2.

condições de vida do planeta, com consequências irreversíveis. A ciência, por sua vez, é instrumentalizada em nome de interesses comerciais, muitas vezes em favor de regulamentações pouco rigorosas, servindo para ocultar um debate necessário relacionado a objetivos, prioridades e direcionamentos da pesquisa.⁵⁵

Destaca-se, assim, que o debate relacionado aos benefícios e malefícios dos OGMS não é um ponto pacífico. Há uma grande controvérsia decorrente da natureza imprevisível dos riscos envolvendo estes organismos, a qual se traduz em um grande desafio de regulamentação, gestão e gerenciamento. Surge, então, a necessidade de se elaborar algumas reflexões sobre estes organismos no âmbito da sociedade de risco.

3 Reflexões de uma sociedade de risco

3.1 A legislação específica

A partir de 1973, após a construção da primeira molécula de DNA, observaram-se os primeiros avanços no sentido de estabelecer parâmetros para o trato dos OGMs. Entre 1980 e 1990, em face das grandes inovações científicas alcançadas pela biotecnologia, intensificaram-se as discussões sobre o tema e em 2000, após quatro anos de negociação na esfera internacional, entrou em vigor o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança.⁵⁶

No Brasil, a preocupação com a proteção e preservação do meio ambiente ganhou musculatura com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual incumbiu ao Poder Público a necessidade de exigir EPIA e encerrou no *caput* do art. 225 o conceito de equidade intergeracional difundido pelo relatório de Brundtland⁵⁷.

55 APOTEKER, 2011, p. 89.

56 FERREIRA, 2010, p. 98-101.

57 AMORIM, 2005, p. 112.

Já a questão da Biossegurança, foi apenas disciplinada legalmente com a Lei nº 8.974/95, revogada mais tarde pela Lei nº 11.105, de 2005 – a atual Lei da Política Nacional de Biossegurança, já mencionada.

No contexto da sociedade de risco, a biossegurança dos OGMS surge “[...] como um conjunto de medidas destinadas a prevenir e minimizar os riscos que, decorrentes do emprego dessa nova tecnologia, possam vir a comprometer a saúde dos seres vivos e a qualidade do meio ambiente”.⁵⁸ Como ressalta Antunes⁵⁹, esta Lei visa a estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização relativos à construção, produção, cultivo, manipulação, transporte, transferência, importação, exportação, e descarte de OGMS.

Contudo, as medidas estabelecidas por esse dispositivo não foram suficientes para regulamentar de maneira eficiente a questão. Sua aprovação foi tão controversa que, após a entrada em vigor da Lei de Biossegurança, a Procuradoria Geral da República ingressou no STF com uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADIn nº 3.526. O Procurador Claudio Fonteles, que também requereu a concessão de uma medida cautelar para impugnar os dispositivos em questão até o julgamento da ADI, estruturou seus principais argumentos ao redor de quatro pontos principais: da afronta à competência comum dos entes federados para proteger o meio ambiente; da não aplicação e da não exigência do EPIA; da inobservância do princípio democrático e da ausência de participação pública; e da violação da coisa julgada e do desrespeito ao princípio da independência e harmonia entre os poderes.⁶⁰ Contudo, os pedidos ainda aguardam a decisão do Supremo Tribunal Federal.

É importante ressaltar que outras normas, as quais não são foco deste estudo, também disciplinam a matéria – tais como a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, e a Lei nº 11.346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança

58 FERREIRA, 2010, p. 2.

59 ANTUNES, Paulo de Bresa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 383.

60 FERREIRA, op. cit., p. 213.

Alimentar –, mostrando que é dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada.

Dessa maneira, frente aos desafios impostos pelos OGMs à sociedade de risco, salienta-se a necessidade de uma elaboração normativa condizente com a natureza destes organismos e suas várias interações, na medida em que a atual legislação mostra-se inadequada para lidar com sua complexidade.

A Lei de Biossegurança, aprovada em 2005, possui várias controvérsias e, ao não contemplar aspectos importantes, tais como a exigência de um estudo de impacto ambiental para a liberação de OGMs, gera insegurança, incerteza, ao passo em que abre discussão para o polêmico uso comercial e industrial destas variedades, que não se preocupa com o possível impacto destes organismos para os seres humanos.

Na medida em que esse quadro de indecisão persiste, evidencia-se a necessidade de uma adequação normativa e de meios alternativos de controle desses organismos geneticamente modificados, bem como do aprofundamento de pesquisas teóricas e científicas sobre o tema. Nesse sentido, destacam-se as decisões judiciais, como instrumentos para uma efetiva tutela do meio ambiente, e a irresponsabilidade organizada, que representa uma grande barreira a ser superada.

3.2 A irresponsabilidade organizada

O EDA elenca, dentre suas funções, a consolidação de um direito ambiental integrativo, a institucionalização de mecanismos protetivos e a juridicização de instrumentos para a proteção ambiental. Tais ideais, para serem atingidos, necessitam de uma integração entre a sociedade civil, o poder público, as empresas, bem como todos os demais setores da sociedade.

Entretanto, o que se observa é que, por muitas vezes, a responsabilidade pelos danos e problemas ambientais não é assumida

pelos atores sociais. Além disso, não há uma estrutura proativa na busca pela consecução das propostas desse modelo de Estado.

A *irresponsabilidade organizada* surge nesse contexto como uma das grandes dificuldades da sociedade de risco, calcada na *problemática ambiental*, que necessita ser superada. Conforme o exposto, pode ser compreendida como um estado de irresponsabilidade generalizada na sociedade, no qual não há uma gestão efetiva dos riscos e danos ambientais, nem seu correto e adequado enfrentamento.

No âmbito da Jurisprudência em matéria ambiental, no que concerne à irresponsabilidade organizada, destaca-se um caso emblemático: Em 2012, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou a apelação cível nº 5002685-22.2010.404.7104 do Rio Grande do Sul, proposta pelo Ministério Público Federal contra a Monsanto do Brasil LTDA, a qual foi relatada pelo Desembargador Federal Jorge Antônio Maurique. O alvo da apelação era o comercial, divulgado em 2004 pela empresa na televisão, intitulado “Homenagem da Monsanto do Brasil ao Pioneirismo do Agricultor Brasileiro”, com o seguinte teor:

Pai, o que é o orgulho? – O orgulho: orgulho é o que eu sinto quando olho essa lavoura. Quando eu vejo a importância dessa soja transgênica para a agricultura e a economia do Brasil. O orgulho é saber que a gente está protegendo o meio ambiente, usando o plantio direto com menos herbicida. O orgulho é poder ajudar o país a produzir mais alimentos e de qualidade. Entendeu o que é orgulho, filho? – Entendi, é o que sinto de você, pai.⁶¹

Em seu voto, o desembargador reconheceu, ao contrário do que sustentava a empresa, que o comercial possuía como intuito

61 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação cível nº 42.441-PE (94.05.01629-6). Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Monsanto do Brasil LTDA. Relator: Desembargador Federal Jorge Antônio Maurique. Porto Alegre, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4943829>. Acesso em: 4 out. 2012.

a divulgação da soja transgênica produzida e comercializada pela Monsanto e não dos benefícios do plantio direto para o meio ambiente e para a produção de alimentos.⁶² Ademais, caracterizou o dano como moral coletivo, sendo o bem de interesse difuso em questão o direito transindividual à informação verídica sobre as questões de meio ambiente e da saúde, decorrentes da soja transgênica. Da mesma maneira, com base no Parecer nº 015-09, de 08 de abril de 2019, confeccionado pelos técnicos do IBAMA⁶³, destacou que a soja transgênica não utiliza menos herbicida que a convencional; não é mais produtiva que diversas variedades tradicionais desenvolvidas por décadas; e que seu uso, em detrimento às variedades convencionais, possui fundamentação econômica.

Mencionou, também, alguns efeitos adversos dos OGMs, tais como a formação de plantas daninhas resistentes aos pesticidas, destacando uma informação, extraída pelo Ministério Público Federal do sítio eletrônico da Monsanto, declarando que em certas áreas dos Estados Unidos algumas ervas daninhas tornaram-se resistentes aos herbicidas à base de glifosato, graças ao seu uso maciço. Concluiu, dessa maneira, que o argumento de que o plantio direto desse cultivar sempre demanda menos uso de agrotóxico é inverídico.

Segundo José Antônio Maurique⁶⁴, “[...] ao longo da abordagem dos possíveis impactos relacionados à liberação de transgênicos no meio ambiente, foi possível verificar que se revelaram de difícil ou impossível reversibilidade”, surgindo o desafio de impedir que tais impactos se concretizem por meio de um dos mais relevantes princípios do Estado de Direito Ambiental, o princípio da precaução.

62 Na perspectiva desta graduanda, trata-se da prática de “*greenwashing*” (maquiagem verde), termo utilizado no mundo do marketing para induzir que certo produto faz bem, está dentro dos parâmetros aceitáveis e é ambientalmente correto, quando na realidade não apresenta verdadeiramente as práticas sustentáveis comprovadas em marcas, produtos ou serviços. Para maiores informações, sugere-se leitura do Código Brasileiro de autorregulamentação publicitária – “anexo U – Apelos a Sustentabilidade”, do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária neste link: <www.conar.org.br>, que regulamentou a matéria em agosto de 2012.

63 Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.

64 BRASIL, 2012.

É importante destacar, também, que o desembargador ressalta a carência de um EPIA para a liberação de sementes geneticamente modificadas ao plantio e o Princípio 10 da Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e desenvolvimento sobre a participação pública, enaltecendo que um Estado Democrático Ambiental pressupõe um sistema de leis que viabilize a participação da coletividade.

Decidiu, por fim, condenar à empresa à veiculação de contrapropaganda às suas expensas com a mesma frequência e dimensão da veiculação anterior, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10.000,00, e ao pagamento de indenização a título de dano moral, no montante de R\$ 500.000,00 ao fundo de recuperação de bens lesados. Segundo o estipulado, na contrapropaganda deveria constar que as afirmações feitas na primeira propaganda não estavam amparadas de EPIA, assim como são inverídicas as promessas de que para o cultivo da soja transgênica é utilizado menos herbicida que a soja convencional.

Assevera-se que tal decisão representava um instrumento pertinente à consecução dos objetivos do EDA, bem como à superação das dificuldades postas pela sociedade de risco, oriundo de uma atitude proativa do Poder Judiciário, que decidiu por enfrentar essa questão ambiental à luz dos princípios basilares desse modelo teórico.

Entretanto, em virtude da ausência de unanimidade entre os desembargadores que julgaram a apelação, a Monsanto pôde impetrar novo recurso, o qual foi examinado pela segunda 2ª seção do TRF da 4ª Região, formada por desembargadores especializados em Direito Administrativo.⁶⁵ Esse recurso, julgado em 12 de abril de 2013, modificou a decisão e entendeu que o objeto da ação era a propaganda, considerada individualmente e não as qualidades da soja, sendo aquela despida de teor abusivo. Destaca-se, assim, a ementa desse acórdão:

65 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. *TRF4 julga recurso e dá decisão favorável à Monsanto em relação à propaganda da empresa*. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9025>. Acesso em: 9 jul. 2013.

[...] 1. Caso em que o objeto da ação é a propaganda em si e não as qualidades do produto, de modo que o **acórdão embargado transbordou do tema “propaganda” ao analisar os malefícios dos transgênicos e o uso do herbicida à base de glifosato**. 2. Hipótese de **inexistência de caráter comercial** na propaganda que não ofereceu produto ou serviço, mas sim a exposição do posicionamento da empresa acerca da soja transgênica, enaltecendo a sua importância para a agricultura e a economia do Brasil, e a proteção do meio ambiente, o que representaria motivo de orgulho. Tratou-se, portanto, de uma **propaganda de cunho institucional**, que se prestou a debater uma “doutrina” (da transgenia) que é mal vista por muitos. Diante desse quadro, o que fez a Monsanto foi tentar criar no receptor da mensagem uma visão positiva sobre o assunto, o que **não é, em si, abusivo ou enganoso**. 3. A propaganda veiculada não tem os vícios referentes ao art. 37 da Lei nº 8.078/90, porquanto não é enganosa, nem abusiva, devendo ser afastada a condenação da ré na reparação do dano moral coletivo/difuso e na divulgação de contrapropaganda, a qual se mostra desarrazoada, tendo em vista que **o público destinatário seria formado de pessoas que não tomaram conhecimento do anúncio inicialmente transmitido pelos meios de comunicação ou que sequer lembram do seu conteúdo, já que passados quase dez anos da sua veiculação, de modo que, em qualquer das hipóteses, não teria o resultado pretendido, inclusive porque em momento descontextualizado do grande debate nacional sobre o tema** (grifo meu).⁶⁶

Deve-se enaltecer os Desembargadores Federais Cândido Alfredo Silva Leal Junior e Luís Alberto d’Azevedo Aurvalle que votaram de maneira dissidente. Nas palavras de Leal Junior:

66 BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Embargos Infringentes nº 5002685-22.2010.404.7104/RS. Embargante: Monsanto Brasil LTDA. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 12 de abril de 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5521683>. Acesso em: 8 jul. 2013.

A peça publicitária fez afirmações sobre as características do produto, apresentou certeza sobre o produto, quando não havia, na época, certeza sobre isso. Ou seja, foram afirmadas essas certezas que na época não eram certezas, tanto que sequer o produto estava liberado em território nacional, e o produto que existia era fruto de contrabando de sementes vindas de outros países. Mesmo assim, a propaganda não tomou qualquer cautela para esclarecer sobre essa ausência de certeza na época, limitando-se a afirmar qualidades ainda não comprovadas do produto. Disse que o produto era bom e seguro, quando ainda não se tinha certeza se o produto era bom e seguro; quando não havia consenso científico sobre isso e, principalmente, quando o produto sequer estava autorizado em território nacional. Então, parece que a propaganda apresentou qualidades e características que não se tinha como saber na época que o produto possuía ou não possuía, o que me parece suficiente para considerar essa propaganda como enganosa, especialmente se tratando de tema polêmico e controvertido como este: transgênicos, o que afasta qualquer justificativa de boa-fé, ingenuidade ou equívoco pelo anunciante. Eu não afirmo aqui que o produto é bom ou que o produto é ruim, só afirmo que na época não se sabia, não se estava autorizado e não se sabia se o produto era bom ou ruim. Então, no momento em que se faz uma propaganda, falando bem de alguma coisa que não se tem essa certeza, isso parece que está induzindo o público a um erro, ou está, pelo menos, propiciando essa indução.⁶⁷

Observa-se, assim, que o Tribunal frente a um possível avanço para a proteção mais integral da coletividade e do meio ambiente, decorridos quase dez anos da divulgação do comercial, decidiu por reformar a decisão mitigando a proteção ambiental.

Essa decisão, acompanhada da postura assumida pelo Tribunal, passa a integrar o quadro da *irresponsabilidade organizada*, na medida em que sustenta uma argumentação desvinculada aos

67 Idem.

princípios do EDA, bem como do contexto histórico da época na qual a propaganda foi veiculada, tendo em vista que o comércio daquele tipo de soja era vedado e que o vídeo foi estruturado em torno dos possíveis benefícios de sua utilização não comprovados cientificamente (até hoje).

Considerações finais

Por derradeiro, embasando-se na teoria da sociedade e risco e do Estado de Direito Ambiental (EDA), bem como na problemática das incertezas que permeiam os OGMs, sob o prisma da irresponsabilidade organizada, é possível elaborar algumas considerações finais.

Destaca-se que, no contexto da sociedade pós-moderna, os riscos envolvendo OGMs estão atrelados às noções de incerteza e probabilidade, fugindo do controle das instituições e dos regramentos. No Brasil, resta evidente a inadequação das legislações com relação a estes organismos, enaltecendo-se que a Lei de Biossegurança falha em diversos aspectos, fundamentalmente no que concerne à abordagem de precaução.

Observa-se, assim, que a tarefa de lidar com os riscos decorrentes das atividades envolvendo variedades geneticamente modificadas, é árdua. Para isso, encontram-se algumas possíveis soluções dentro das próprias instituições da sociedade de risco, como o poder judiciário. Decisões consoantes às necessidades latentes dessa sociedade, aliadas a políticas públicas de incentivo à pesquisa e a uma maior integração entre os atores sociais, constituem importantes ferramentas para uma melhor compreensão, regulamentação e manejo dos OGMs.

Ademais, destaca-se como emblemático o caso da modificação da sentença da apelação cível nº 98.34.0002768 do Rio Grande do Sul, que mitigou a proteção ambiental anteriormente conferida. Esta decisão integrou o quadro da *irresponsabilidade*

organizada, e demonstra uma das várias contradições da sociedade pós-moderna.

Enfim, é possível asseverar que para que os ideais de proteção ambiental possam ser atingidos esse quadro de irresponsabilidades deve ser revertido por meio de atitudes, individuais e coletivas, pautadas na consecução dos objetivos do EDA, bem como na superação dos desafios impostos pela sociedade de risco.

Referências

AMORIM, João Alberto Alves. O Protocolo de Cartagena e a a Bio (in) segurança Brasileira. In: DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bresa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 960 p.

APOTEKER, Arnaud. Ciência e Democracia: O Exemplo dos OGMs. In: FERMENT, Gilles; ZANONI, Magda (Org.). *Transgênicos para quem?* Agricultura, Ciência e Sociedade. Brasília: MDA, 2011.

ARAGÃO, Franciso J. L. *Organismos transgênicos: explicando e discutindo a tecnologia*. Barueri: Manole, 2003. 110 p.

BECK, Ulrich. Ciência é a causa dos principais problemas da sociedade industrial. São Paulo, 20 nov. de 2001. *Folha de São Paulo*, Ciência. Entrevista concedida a Antoine Reverchon, do “Le monde”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2011200101.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2013.

_____. Risk Society and the Provident State. In: LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian (Coord.). *Risk, Environment & Modernit: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman. O regime brasileiro de unidades de conservação. *Revista dos Tribunais Online: Revista de Direito Ambiental*, v. 21, p. 1- p. 22, jan. 2001. p. 119-155.

BIOTECHNOLOGY INDUSTRY ORGANIZATION. Disponível em: <<http://www.bio.org/articles/about-bio>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005*. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Decreto/D5591.htm>. Acesso em 20 jun. 2012.

_____. *Decreto nº 5.705, de 16 de fevereiro de 2006*. Promulga o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção Sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5705.htm>. Acesso em: 5 ago. 2012.

_____. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 9 Ago. 2012.

CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). *Estado de direito ambiental: tendências*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 261-282.

COSTA, Helena Regina Lobo da. A Criminalização da Liberação ou Descarte de OGMS: Análise Crítica. In: DERANI, Cristiane (Org.). *Transgênicos no Brasil e biossegurança*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editora, 2005.

DICIONÁRIO PRIBERAM. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 4 out. 2012.

FERMENT, Giles. Análise de Riscos das Planas Transgênicas: Princípio da Precaução ou Precipitação?. In: FERMENT, Gilles; ZANONI, Magda (Org.). *Transgênicos para quem? Agricultura, Ciência e Sociedade*. Brasília: MDA, 2011.

FERREIRA, Helene Sivine. *Desvendando os organismos transgênicos: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2010. 258 p.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Monsanto tem lucro maior no 1º tri; vendas no Brasil ajudam*. 6 jan. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/>>

mercado/1030761-monsanto-tem-lucro-maior-no-1-tri-vendas-no-brasil-ajudam.shtml>. Acesso em: 31 jul. 2012.

GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Lisboa: Piaget, 1996.

GREENPEACE. *Quem somos*. 2012. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/quemsomos/>>. Acesso em: 2 set. 2012.

IDEC. *Quem somos*. 2012. Disponível em <<http://www.idec.org.br/o-idec/o-que-e>>. Acesso em: 24 ago. 2012.

LAJOLO, Franco. A questão da Saúde nos alimentos geneticamente modificados. *Revista ConsCieência*. Disponível em: <http://www.anbio.org.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=592:a-questao-da-saude-nos-alimentos-geneticamente-modificados&catid=54:manuais-de-biosseguranca&Itemid=61>. Acesso em: 30 set. 2014.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157.

_____.; AYALA, Patryck de Araújo. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 416 p.

_____.; BELCHIOR, Germana Parente neiva. Juridicidade do dano ambiental sob o enfoque da geração de problemas ambientais: perspectivas do direito brasileiro. *Boletim da Faculdade de Direito: STVIA IVRIDICA*, Coimbra, v. 1, n. 102, p. 367-393, 2012.

_____.; DANTAS, Marcelo Buzaglo; PILATTI, Luciana Cardoso. *Direito Ambiental Simplificado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. v. 1. 115 p.

MONSANTO. *Soja Roundup Ready*. Disponível em: <http://www.monsanto.com.br/produtos/sementes/soja_roundup_ready/soja_roundup_ready.asp>. Acesso em: 1 set. 2012.

ROCHA, João Carlos de Carvalho. *Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 320 p.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF). Apelação cível nº 42.441-PE (94.05.01629-6). Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Monsanto do Brasil LTDA. Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. Porto Alegre, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4943829>. Acesso em: 4 out. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Embargos Infringentes nº 5002685-22.2010.404.7104/RS. Embargante: Monsanto Brasil LTDA. Embargado: Ministério Público Federal. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 12 de abril de 2013. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5521683>. Acesso em: 8 jul. 2013.

_____. *TRF4 julga recurso e dá decisão favorável à Monsanto em relação à propaganda da empresa*. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=9025>. Acesso em: 9 jul. 2013.

Intruso Paradigmático – a adoção da perspectiva restaurativa no direito processual penal brasileiro

Mário Edson Passerino Fischer da Silva¹

Resumo: *A perspectiva cultural brasileira reflete um processo de desumanização, comodismo e ânsia coletiva pelo punitivismo, representando um atraso no que tange ao desenvolvimento de uma sociedade mais crítica e solidária. A essência dessa perspectiva, portanto, merece reforma e a Justiça Restaurativa, por incentivar o diálogo, a reflexão e a maturidade para a resolução de conflitos, representa uma abordagem que possibilitaria a desconstrução gradativa do paradigma vigente. Por fim, acredita-se que a seara dos conflitos envolvendo crimes culposos é a ideal para a implementação inicial da abordagem proposta.*

Palavras-chave: *Justiça Restaurativa; Conflito; Humanização; Crime Culposos.*

Abstract: *The Brazilian cultural perspective reflects a process of dehumanization, complacency and a social demand for punishment, representing a major setback in the path to a more critical, supportive society. The essence of this perspective, therefore, deserves a reform, and the Restorative Justice, by encouraging the dialogue, reflection and maturity for resolving conflicts, represents an approach that would enable the gradual deconstruction of the current paradigm. Finally, it*

¹ Acadêmico cursando o sexto período da faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, monitor de antropologia jurídica, pesquisador voluntário de Iniciação Científica, aluno bolsista do projeto de extensão “A realidade sobre a violação dos direitos humanos no âmbito de Curitiba e a doutrina penal” e membro do grupo de estudos de criminologia crítica da Universidade Federal do Paraná. Orientado pelo Prof. Dr. André Ribeiro Giamberardino.

is believed that the harvest of conflicts involving non intentional crimes is suitable for the initial implementation of the suggested approach.

Keywords: *Restorative Justice; Conflict; Humanization; Non Intentional Crime.*

Introdução

Na obra “A estrutura das revoluções científicas” Thomas Kuhn determinou que a insuficiência de um paradigma epistêmico em oferecer a solução eficiente resolver uma questão relevante acarretaria na eclosão da crise desse e das instituições políticas que operam em conformidade com ele². A falibilidade, então, deslegitimaria tal paradigma; assim, novos meios de conceber soluções, com base em métodos científicos em desenvolvimento, seriam apresentados a fim de suprir suas limitações. Nesses termos, com relação às revoluções científicas e políticas, o que legitimaria a adoção de um paradigma e a estabilidade institucional seria a aceitação deste por parte da “comunidade relevante”, representada pelos sujeitos afetados por tal adoção. Um paradigma persistiria enquanto permanecesse útil em solucionar os problemas que afetassem tal comunidade³.

Em “Trocando as Lentes” Howard Zehr criticou a teoria kuhniana por desconsiderar a dinâmica política e institucional que influenciaria a ruptura paradigmática⁴. Kuhn apenas relacionou timidamente as revoluções científicas com as influências políticas. Ele, inclusive, considerou o consentimento da comunidade relevante como um fator de legitimação, mas a variável apresentada por Zehr, de fato, não foi profundamente explorada, ainda que ela seja determinante para a concretização de alternâncias paradigmáticas.

2 KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998. p. 125-128.

3 Ibid., p. 82.

4 ZERH, Howard. *Trocando as Lentes – Um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 209.

Mais além, a referida lógica de substituição paradigmática também se aplica aos métodos de resolução conflitual que o ser humano opta por adotar conforme a conveniência e as possibilidades que os contextos cultural, econômico e social permitem. Na contemporaneidade, os meios legítimos de resolução de conflitos, especificamente no que tange à seara penal, encontram-se integralmente institucionalizados, formalizados e desumanizados. Tal situação resulta do longo processo histórico de sequestro da titularidade do conflito que acompanhou o gradativo crescimento populacional desde os primórdios da história da humanidade e se consolidou com a ascensão do Estado de Direito Burguês.

Didaticamente, a evolução histórica dos métodos de aplicação de censura foi separada por fases, as quais seriam: I) a autotutela, chamada pejorativamente de “vingança privada”, II) a justiça comunitária, ordinariamente tratada como “vingança coletiva”, III) a resolução de conflitos ditada pelos monarcas – ou a quem esse outorgasse o poder para tanto – e IV) a profissionalização dos operadores do conflito.

A crítica à referida divisão não será objeto de análise profunda; entretanto, cabem algumas observações. Independentemente dos citados métodos terem coexistido temporalmente, a redução do protagonismo do ofendido e ofensor, no âmbito da decisão quanto aos meios de resolução do conflito, foi globalmente notável conforme o desenvolvimento da humanidade. A autotutela caracterizou o modelo de sanar conflitos próprio de grupos cuja coesão social era diminuta ou nos casos em que os envolvidos eram componentes de diferentes grupos. Mais tarde, devido à necessidade de sobrevivência e o anseio por prosperidade, a organização tribal se apresentou como o meio mais conveniente para a manutenção do coletivo. A fim de garantirem a coexistência pacífica e a previsibilidade das relações e reações humanas, os membros das comunidades tribais acordaram regras entre si e lideranças foram formadas. O homem, ao se organizar em grupos, iniciou o seu domínio sobre a natureza reduzindo as ameaças

externas e desenvolvendo técnicas que possibilitaram o aumento populacional. Nas tribos, cada membro ocupava uma posição importante para a manutenção da estabilidade do modo de vida comunitário. Todos os integrantes se conheciam e se reconheciam no próximo, de modo que a resolução de conflitos baseava-se essencialmente na conciliação e no diálogo, havendo a participação dos demais membros da tribo no rito de solução de controvérsias. Desse modo, a neutralização ou a destruição de um membro tribal como meio de censura não poderia ser regra, justamente porque a força humana residia nos números (união) e na garantia de realização das tarefas que assegurariam a preservação do coletivo.

Essa forma de justiça, na qual os envolvidos no conflito assumiam o protagonismo no rito de sua resolução em conjunto com familiares e membros de suas comunidades, é o que Zehr chama de “justiça comunitária”⁵. Com o desenvolvimento dos agrupamentos humanos, entretanto, tal maneira de tratar desavenças foi se desvirtuando em face do que agora se denominará de “processo histórico de fungibilização e desumanização do indivíduo” e do que Nils Christie denominou como “sequestro da titularidade do conflito”⁶. A partir da análise destes fenômenos, compreender-se-á a consolidação e as finalidades das lógicas sistêmica e paradigmática contemporâneas e, então, será possível identificar suas falhas e limitações.

No presente artigo, portanto, tratar-se-á das mazelas oriundas da forma como o cidadão brasileiro concebe a “justiça” e o “conflito”, como tal visão vem se reproduzindo por gerações, como os discursos institucional e midiático a sustentam e de que maneira a adoção de uma perspectiva restaurativa poderia contribuir para a formação de protagonistas sociais altruístas e responsáveis. O ponto chave da discussão, contudo, residirá na proposta de como a lógica restaurativa (intruso paradigmático) seria recepcionada pelo plano do instituído e de que modo ela acar-

5 ZEHR, 2008, p. 94-97.

6 CHRISTIE, Nils. *Conflict as property*. Oslo: The British Journal of Criminology, v. 17, 1977. p. 1.

retaria gradativa desconstrução da lógica sistêmica evitando sua própria assimilação por esta.

1 Uma breve análise sobre o desenvolvimento histórico do sequestro da titularidade do conflito e a crítica ao processo penal contemporâneo

Com a expansão da civilização humana, consequência principalmente do aumento populacional, os membros dessa não mais interagiam ou conheciam todos os demais e, com a grande disponibilidade de mão de obra, o corpo social passou a suportar mais facilmente as perdas de seus componentes, os quais se tornavam cada vez mais fungíveis.

Em sociedades gradativamente mais extensas, os desconhecidos são encarados como meros organismos que partilham o mesmo espaço e ar com aqueles que os observam. Tal desumanização, antes impossível de ocorrer, devido à intensa interação entre todos os componentes tribais, implicou a irrelevantização do próximo, de modo que os “estranhos”, por não se reconhecerem ou interagirem, simplesmente tornaram a se conceber como abstrações sem nome nem face⁷. Esse processo histórico de fungibilização e desumanização foi acompanhado por uma necessidade de fortalecimento da coesão social, a qual fora assegurada pela atuação dos gestores sociais.

Os referidos gestores correspondem às autoridades as quais necessitaram afirmar-se como legítimas e úteis perante os destinatários de seu poder a fim de preservar a própria posição. O pilar

7 Christie tratou dessa questão vinculando-a, entretanto, a sociedades industrializadas e ao fenômeno da migração cotidiana, ou seja, ao fato de os indivíduos migrarem diariamente de um grupo de pessoas para o outro sem necessariamente criarem laços intersubjetivos com tais grupos. A única interação desses sujeitos com os citados agrupamentos, portanto, seria seu o ato de contemplá-los e depois deixá-los. Tal fenômeno é notado, por exemplo, ao se observar a interação entre os colegas de trabalho, vizinhos e pessoas as quais se cumprimentam nas ruas. Nessa linha, a desumanização seria acentuada pela segmentação social promovida pela divisão do trabalho e da sociedade em castas, ou seja, em classificações abstratas que reduzem a figura do indivíduo às características atinentes à casta que lhe é atribuída. Em: CHRISTIE, 1977, p. 5-7.

mais importante dessa legitimação foi a transmissão da mensagem de que era imperiosa a existência de administradores sociais, os quais, além de operacionalizarem e normatizarem o modo de satisfação de necessidades do coletivo, administrariam a resolução de conflitos inerentes ao convívio humano. Empoderados, os gestores sociais tomaram para si a titularidade dos conflitos entre indivíduos e, conseqüentemente, se apropriaram do poder de decisão e de normatização. Durante o decorrer de tal processo histórico, a metodologia da justiça comunitária foi sendo desconstruída e substituída por um paradigma com base em soluções generalistas transmitidas verticalmente aos destinatários de poder.

A manutenção da nova forma de se fazer justiça deu-se por meio do discurso, o qual carregava consigo o que Mannheim chamou de “ideologia”⁸ e o que, décadas mais tarde, Agamben chamaria de “dispositivo”⁹. O discurso é um instrumento dotado de maleabilidade, ele é alterado por quem o professa dependendo das circunstâncias; porém, mesmo sendo versátil, ele mascara objetivos inflexíveis, os quais norteiam as perspectivas sociais.

Em “Conflict as property” Christie analisou o fenômeno do sequestro da titularidade do conflito do ofendido e do ofensor por parte do plano institucional. A consagração da transferência gradativamente impositiva da referida titularidade deu-se sob a cortina de legitimação da legalidade¹⁰. Nessa nova perspectiva, o foco do direito penal deixou de ser o dano material perpetrado pela ofensa e se tornou a agressão abstrata à norma jurídica¹¹, a

8 Michael Löwy descreveu o conceito que Mannheim formulou de ideologia como o “conjunto de concepções, ideias, representações, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução, da ordem estabelecida”. Em: LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social* – Elementos para uma análise marxista. 18. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 12-13.

9 O autor italiano tratou o dispositivo como uma combinação de recursos heterogêneos que podem ser linguísticos, não linguísticos, materiais, ou virtuais, com função estratégica para responder a uma urgência, condicionando “o saber” e a perspectiva de seus alvos e, dessa forma, inscrita sempre em um contexto de dominação. Em: AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2010. p. 28-29.

10 WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais, 2ª parte*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995. p. 350-351.

11 ZEHR, 2008, p. 78.

qual refletiria as concepções culturais da classe social com poder definição¹². A vítima do dano perdeu seu espaço no conflito para o Estado, que se autodeterminou como parte legítima da causa e delegou ao ofendido o papel de mera testemunha de acusação. Desse modo, o lesado tornou-se uma “nota de rodapé no processo penal”¹³ e o conflito se transformou em uma propriedade do plano institucional¹⁴.

Zaffaroni afirma que o direito penal contemporâneo não tem como foco a resolução de conflitos, mas apenas a suspensão desses através da imposição de uma punição (a pena) sem fundamento racional¹⁵. Os referidos processos de fungibilização e desumanização, portanto, estariam intrinsecamente ligados ao *modus operandi* dos ritos de “resolução” conflitual.

Ora, no processo criminal convencional não há contato direto entre ofendido e ofensor, ambos não dialogam entre si e não possuem protagonismo algum no que tange à operacionalização de um poder decisório ou de influência parecida. O processo é plenamente conduzido por promotores, juízes e advogados (profissionalização da resolução conflitual), os “ladrões de conflito”¹⁶, e marcado por uma linguagem técnica geralmente desconhecida pela vítima e seu ofensor, de modo que tais fatores impediriam a participação ativa destes.

Inexiste humanidade ou solidariedade no processo penal. O rito formal fomenta a animosidade entre as partes de fato¹⁷

12 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Editora Revan, 2008. p. 94-96. 109-112.

13 ZEHR, 2008, p. 79.

14 CHRISTIE, 1977, p. 3.

15 ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro v. I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 230-231.

16 CHRISTIE, op. cit., p. 4.

17 Como “partes de fato” deseja-se designar os verdadeiros envolvidos no conflito (ofendido e ofensor), aqueles que deveriam ser os principais participantes do processo por serem os imediatamente afetados pela questão. Nessa linha, sabendo-se que, conceitualmente, as partes nas ações penais indisponíveis são o Estado e o acusado, fez-se necessário tal adendo para evitar interpretações equivocadas. Quando houver referência ao conceito utilizado pela doutrina predominante será evidenciada, devidamente, a distinção.

pressupondo uma natureza agressiva e vingativa do ser humano e, assim, inviabilizando o encontro e o diálogo entre estas no seu decorrer. Presume-se a impossibilidade da reconciliação e do exercício de um comportamento maduro pelas partes. Tem-se, no fim, um modelo adversarial que não viabiliza a devida responsabilização do ofensor, pois este apenas vincula a censura e seu ato a uma norma. Não é propiciada ao ofensor a chance de contemplar a profundidade do dano que causou e se nega a ele a possibilidade de dialogar com a vítima, pois seu espaço de manifestação é limitado a ato de responder perguntas feitas pelos condutores do rito.

Os envolvidos no conflito são, portanto, infantilizados. Há quem fale por eles, quem analise os fatos, quem tenha o dispêndio de averiguar os prejuízos causados, quem conheça a outra parte e quem decida por eles¹⁸. Os cidadãos são tidos como inaptos em conduzir a resolução das próprias questões e incentivados a não conceber qualquer outra via de solução para essas que não seja a institucional.

Hoje o judiciário brasileiro sofre com o congestionamento proveniente do excesso de litigância e esse fenômeno é comumente atrelado, de forma exageradamente otimista, somente à ampliação do acesso à justiça e ao aumento do senso crítico do cidadão que deseja garantir seus direitos¹⁹. Esses fatos não podem ser desconsiderados; contudo, uma análise mais profunda deve ser realizada. Assim, nos termos tratados anteriormente, o paternalismo estatal

18 O Brasil possui em torno de 750.000 advogados (aproximadamente 1 para cada 256 habitantes), sendo o terceiro país do mundo com o maior número de profissionais desse tipo e possuindo mais da metade das faculdades de Direito do globo. Muitas dessas faculdades são filiadas a um modelo de ensino tecnicista vinculado à lógica institucional, o que significa, portanto, que existe uma tendência ao aumento do número de operadores do direito os quais simplesmente atuam, mas não visualizam os problemas sociais e estruturais do sistema jurídico. Em: DE MELO, André Luís Alves. Precisamos de um programa “mais advogados”? *Revista Consultor Jurídico*, 31 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-31/andre-luis-melo-precisamos-programa-advogados>>. Acesso em: 27 set. 2014.

19 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aumento de processos reflete a democratização da justiça. *Agência CNJ de notícias*, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/6721:aumento-de-processos-reflete-democratizacao-do-acesso-a-justica>>. Acesso em: 27 set. 2014.

brasileiro – no sentido do Estado geralmente tomar para si a resolução dos problemas dos cidadãos e não lhes conceder voz na discussão decisória – incentivou a consolidação de uma cultura que promove a irresponsabilidade e o comodismo. O problema vai, portanto, muito além das searas estrutural e normativa. Trata-se de uma questão cultural a qual viabilizou o enfraquecimento do papel do cidadão a partir de sua infantilização e dos fatores já discutidos, visto que os canais midiáticos exercem um papel fundamental para o fomento do descaso com o conflito e o foco na punição. A lógica por trás do ordenamento jurídico tem a pretensão de fornecer soluções prontas a casos com peculiaridades diversas da maneira mais célere possível; afinal, deseja-se suspender o conflito e não resolvê-lo de fato. A figura da vítima desapareceu, seus anseios e angústias foram desconsiderados e ela é doutrinada a associar “justiça” com a mera punição de seu ofensor ou com o que o juiz decidir. Quem perde com esse paradigma que apregoa a incapacidade de as pessoas resolverem seus problemas sem a gritante intervenção do Estado são os próprios cidadãos. Perde-se a oportunidade de compreender a função e de questionar a efetividade das normas que regem a sociedade²⁰, de se reconhecer o *alter* como um ser humano e não apenas um adversário, de se resolver o conflito em maior conformidade com as próprias necessidades e de se tornar um indivíduo mais independente e criativo, o que poderia ser possibilitado por uma experiência de diálogo e reflexão.

2 A aparente falência do sistema penal e a prevenção especial negativa como novo remédio paradigmático à crise da ressocialização

A fungibilização e a desumanização foram abordadas por Michel Foucault em “Vigiar e Punir”²¹ e por Melossi e Pavarini em

20 CHRISTIE, 1977, p. 7-8.

21 Foucault comparou o corpo do encarcerado a uma engrenagem que operaria para a manutenção do sistema fabril sob o qual as prisões eram regidas, evidenciando o processo de coisificação

“Cárcere e Fábrica”²², no sentido de que o excesso de mão de obra disponível, devido ao grande contingente e à existência de pessoas que não eram assimiladas pela lógica econômica do sistema capitalista, tornou o cárcere conveniente para ser instrumentalizado como uma máquina de adestramento e de “fabricação” de proletários. Seguindo tal lógica, observa-se que aqueles que sucumbissem diante da hostilidade do ambiente carcerário, por serem provenientes da parcela populacional excedente, não desequilibrariam a ordem socioeconômica com a sua ausência.

Zaffaroni define que uma das formas mais eficientes de se evidenciar a inverossimilhança de um discurso é a deslegitimação de seus argumentos pela ocorrência de fatos contrários ao que este propõe, sendo o principal fator “deslegitimador” a morte, por ser o de maior repercussão²³. Os brasileiros estão cientes de que a prisão não ressocializa ninguém, que é mais fácil um presidiário morrer em uma rebelião do que retornar dócil à sociedade. O próprio chavão “universidade do crime” já evidencia a descrença na efetividade da prevenção especial positiva. Por essa razão, o discurso mudou e passou a embasar-se na estigmatização e no fomento ao ódio, explorando a desumanidade na sociedade e difundindo noções da prevenção especial negativa.

Evidentemente, o direito penal brasileiro e o discurso midiático-institucional são historicamente instrumentalizados de maneira a contribuir para a manutenção de um sistema materialmente insustentável. Mais de 563.526 pessoas cumprem pena em estabelecimentos carcerários no Brasil, e teoricamente estes suportariam até aproximadamente 300 mil²⁴. O quadro não

do homem. Em: FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, nascimento das prisões*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004. p. 24, 99, 138.

22 PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia. 2002. p. 21, 211-212.

23 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 38.

24 Se fossem contabilizados os condenados à prisão domiciliar, tal número de presos aumentaria para 711.463, deixando o Brasil no terceiro lugar do ranking mundial de país com maior população carcerária. Em: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ pesquisará reincidên-*

é nada promissor. De 2008 a 2013 a população carcerária aumentou em 29%²⁵; em 2014, o índice de reincidência criminal foi apurado em 70%²⁶.

Observados esses dados objetivos, pode-se concluir que: 1) o sistema penal falhou em produzir a intimidação que almejava; afinal, se apesar das terríveis condições e dos riscos suportados pelos presos (superlotação, falta de higiene, violência física, psicológica e sexual), a reincidência ainda é gigantesca e o aumento da população carcerária é contínuo, o cárcere não mais representa um instrumento adequado para garantir a segurança pública; 2) o sistema prisional, entretanto, está cumprindo sua função latente com êxito, mantendo-se legítimo perante a população e tirando de circulação cada vez mais indivíduos que desrespeitam o ordenamento jurídico, promove-se, portanto, uma higienização social e reproduz-se a desumanização.

Independentemente de quantos indícios da falência do sistema penal venham a surgir, deve-se ressaltar que esta somente ocorrerá definitivamente quando os destinatários de poder não mais admitirem a existência de tal sistema nos moldes em que ele se apresenta, enquanto isso não ocorrer tal falência será apenas aparente. O terrorismo midiático e o processo de estigmatização, provenientes da construção sócio-midiática de estereótipos, em sua grande maioria vinculados aos integrantes de classes sociais economicamente desfavorecidas²⁷, implicaram no aumento da

cia criminal. Brasília: 2012. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18527-ipeap-squisara-reincidencia-criminal-no-brasil>>. Acesso em: 20 set. 2014; e CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Brasília: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 24 set. 2014.

25 CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Número de presos aumentou 29% nos últimos cinco anos*. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-14/numero-presos-brasil-aumentou-29-ultimos-cinco-anos>>. Acesso em: 24 set. 2014.

26 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país*. Brasília: 2014. Disponível em: <[HTTP://WWW.CNJ.JUS.BR/NOTICIAS/CNJ/28296-CNJ-RECOMENDA-EXPANSAO-DAS-APACS-PARA-A-REDUCAO-DA-REINCIDENCIA-CRIMINAL-NO-PAIS](http://WWW.CNJ.JUS.BR/NOTICIAS/CNJ/28296-CNJ-RECOMENDA-EXPANSAO-DAS-APACS-PARA-A-REDUCAO-DA-REINCIDENCIA-CRIMINAL-NO-PAIS)>. Acesso em: 24 set. 2014.

27 BARATTA, 2002, p. 159-167.

sensação de insegurança pública, no desenvolvimento da “cultura do medo”²⁸ e no suporte do punitivismo desumano por parte dos cidadãos brasileiros.

Há mais de 100 anos, Tobias Barreto já denunciava que a razão de ser da pena não se encontrava em explicações jurídicas, mas sim na conveniência política, tendo esta a função de salvar o *status quo*²⁹. Atualmente a pena é vendida como um remédio à periculosidade dos ofensores; porém, Gunther afirma que a prevenção especial negativa se mostra incompatível com a dignidade da pessoa humana, pois a pena privativa de liberdade operaria, segundo tal lógica, em conformidade com os pressupostos da medida de segurança. Se assim o fosse, o condenado perderia totalmente o controle temporal sobre a pena que cumpre, uma vez que a causa do seu encarceramento deixaria de ser o desrespeito à norma e se basearia na sua “periculosidade” a qual, por vezes, é atribuída de forma meramente subjetiva³⁰. O cidadão é ideologicamente bombardeado com argumentos de cunho emotivo, doutrinado a sentir e a não refletir, institucionalmente incentivado a delegar tudo ao Estado, a ser dependente e constantemente recebe respostas prontas e inconsequentes da mídia em relação aos problemas da criminalidade. Tal indivíduo, então, abraça os ideais que minimizam a dignidade humana em nome do pragmatismo punitivo e garante a perpetuação dessa lógica³¹. Deve-se, portanto, analisar uma forma de reverter esse quadro, de conferir independência e poder ao cidadão e, por fim, frear o processo de desumanização. Essa tarefa, entretanto, não será fácil nem rápida; mas, com a identificação de brechas estruturais e, principalmente, culturais na composição ideológica da perspectiva

28 CAMPOS PINTO DE VITTO, Renato. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Justiça para o século 21 – instituindo práticas restaurativas, 2005. p. 7.

29 BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 179.

30 GUNTHER, Klaus. Crítica da Pena II. *Revista Direito GV* 5, p. 139-141, jan./jun. 2007.

31 GRECO, Rogério. *Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109.

sócio-institucional, constata-se que, teoricamente, é possível infectar a lógica sistêmica com o que se chamará de “parasita benigno” ou “intruso paradigmático”. Ressalta-se que, em um primeiro momento, tal intruso dependerá do plano institucional para se fortalecer e se legitimar. Contudo, gradativamente, ele desconstruirá as mentiras da perspectiva punitivista e poderá garantir a emancipação subjetiva dos destinatários de poder.

3 Da proposta

Em 2014, a Associação dos Magistrados Brasileiros formalizou um protocolo para a difusão das práticas restaurativas pelo Brasil³². Em 2010, o CNJ aprovou a resolução 125, dispondo sobre formas para se tratar adequadamente dos conflitos e prevendo a criação de núcleos de autocomposição e mediação que adotariam a metodologia restaurativa em conformidade com a resolução 2002/12 da ONU, a qual trata sobre os “princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”³³. Essa resolução não é exata quanto aos casos nos quais tais medidas poderiam ser aplicadas, mas ela faz alusão ao Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 7, §3º, o que não é surpresa, afinal, as experiências brasileiras com a Justiça Restaurativa, as quais têm logrado êxito, estão majoritariamente vinculadas à tratativa de conflitos envolvendo ofensas praticadas por menores em conflito com a lei. Prevê-se, também, a cooperação entre órgãos públicos e instituições de ensino para a criação de disciplinas que incentivem a consolidação da cultura pacífica de resolução de conflitos. Com relação à formação de juristas, a resolução propõe

32 ASSOCIAÇÃO DE JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *AMB FIRMA PARCERIA COM O CNJ PARA AMPLIAR A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO país*. 2014. Disponível em: <[HTTP://WWW.AJURIS.ORG.BR/2014/08/14/AMB-FIRMA-PARCERIA-COM-O-CNJ-PARA-AMPLIAR-JUSTICA-RESTAURATIVA-PAIS/](http://www.ajuris.org.br/2014/08/14/AMB-FIRMA-PARCERIA-COM-O-CNJ-PARA-AMPLIAR-JUSTICA-RESTAURATIVA-PAIS/)>. Acesso em: 28 set. 2014.

33 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12*. Nova Iorque: 37ª Sessão Plenária, 2002.

a criação de módulos que foquem na metodologia de resolução consensual de conflitos nas Escolas da Magistratura³⁴. Observa-se, portanto, que a ineficiência do processo convencional já foi notada pela magistratura, a qual dá fortes indícios de sua pretensão em explorar a metodologia restaurativa. A intenção é louvável, mas a abordagem poderia ser mais ambiciosa se os alvos da divulgação fossem também os cidadãos em geral. Ora, logicamente a magistratura deve saber operar com o método restaurativo; porém, certamente se pouparia tempo para a divulgação da ideia caso o projeto evidenciasse às pessoas que existem modos mais informais e humanos para a condução da resolução de conflitos.

Como observado, os projetos envolvendo a Justiça Restaurativa no Brasil vinculam-se a ofensas cometidas por menores; logo, estas não adentram propriamente na seara penal de fato. A proposta então é dar-se um passo a mais, respeitando, contudo, as limitações sócio-culturais brasileiras para se evitar uma rejeição prévia da ideia antes mesmo de sua concretização prática. Esse passo deve ser dado com cautela e onde o solo não seja propício a tropeços, portanto, embora haja consciência sobre o grande potencial do rito restaurativo, optou-se por explorar, por hora, a seara dos conflitos envolvendo os crimes culposos.

Os delitos culposos possuem peculiaridades inerentes (próprias de sua tratativa conceitual e técnica) e acidentais (relacionadas com a repercussão social dos efeitos desses crimes, com a forma como a mídia os trata e com a relação entre ofensor e ofendido) que os diferenciam de seus correspondentes dolosos e tornam o ambiente processual que os envolve muito mais propício ao êxito na implementação da metodologia restaurativa.

Acidentes de trânsito resultam na concretização de grande parte dos delitos culposos. Ainda que o número de acidentes tenha crescido nos últimos anos, gerando 11.959 mortes de pedestres

34 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução 125/2010*. Brasília: CNJ, 2010.

no Brasil em 2011³⁵, desde 1997 apenas oito pessoas cumprem ou cumpriram pena em regime fechado devido à condenação por delitos de trânsito; desse total, sete cometeram crimes tidos como dolosos e uma foi condenada por tentativa de homicídio³⁶. Portanto, mesmo sob influência do punitivismo, os operadores do direito e a mídia são muito mais comedidos com relação à crítica e à censura dos delitos culposos, o que também implica menor demonização, a estigmatização dos ofensores e maior probabilidade da sociedade e do plano institucional admitirem novas formas de explorar a resolução de conflitos que envolvam tal seara. A particularidade da tratativa penal dos crimes culposos se efetiva pela ausência da vontade de o agente concretizar o tipo objetivo, o que denota o fato deste, aos olhos do legislador, não ser digno de um tratamento tão severo (por ser impossível etiquetá-lo como “cruel”). Existe, portanto, uma diferença inerente quantitativa, visto que as penas estipuladas para os crimes culposos são menores do que as direcionadas aos seus correspondentes dolosos, e uma diferença de natureza qualitativa, pois toda a pena de privação de liberdade que recaia sobre o autor de crime culposos é passível de substituição por uma restritiva de direitos, o que evidencia o caráter compensativo da censura que tende a ser exercida sobre o agente.

Nos crimes dolosos, a reprovação recai sobre: I) a intenção do agente em concretizar o injusto (censura sobre a esfera subjetiva) e II) o resultado que ele obtém ao concretizá-lo (censura exercida devido ao o dano perpetrado na esfera material pela ocorrência do resultado típico). A intenção (fator primário) inexistente nos casos em tela, este, elemento inicial que acarretaria na posterior concretização do resultado típico (fator secundário), é substituída

35 WAISELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2013 – Acidentes de trânsito e motocicletas*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013. p. 62-63, p. 74.

36 TRÂNSITOWEB. *Agora são 8! Cometeram crimes de trânsito, foram condenados e cumprem em regime fechado*. 2014. Disponível em: <http://www.transitoweb.com.br/news_stories/1509-agora-s-o-8-cometeram-crimes-de-tr-nsito-foram-condenados-e-cumprem-em-regime-fechado#sthash.xmcaLE3n.dpuf>. Acesso em: 28 set. 2013.

pela inobservância do dever de cuidado³⁷, a qual é atípica. O agente do crime culposos, portanto, não é subjetivamente reprovado pelo direito penal por não preencher o requisito da intencionalidade, a qual é, por si só, um elemento que legitimaria uma sanção ainda que o ofensor não venha a concretizar um crime. Ora, pode-se imputar a tentativa de cometimento do injusto no caso de prática dolosa, reprovando-se, portanto, somente a intencionalidade do agente, fato que, em relação ao delito culposos, apenas ocorre em um excepcional caso: no crime culposos impróprio³⁸. Os delitos culposos são crimes de resultado, ou seja, apenas a partir da realização do injusto a conduta do agente torna-se passível de imputação, por isso Zaffaroni soma à equação, cujo resultado é a concretização do tipo, o fator “azar”³⁹. Devido à ausência de intenção do agente em lesionar outrem, inexistente o “fator medo” para atuar como óbice ao encontro e diálogo entre ofensor e ofendido, de forma que o desejo da vítima ou de sua família de se aproximar do infrator seria maior; afinal, estes almejavam sua responsabilização e, no caso da família, tomar ciência acerca de como e porque ocorreu a ofensa. Tratando-se de crimes dolosos, tal encontro tornar-se-ia mais complicado, pois a vítima tende a desenvolver uma aversão à figura do ofensor, encarando-o como um ente maligno, especialmente nos casos em que ela foi selecionada para ser ofendida⁴⁰. Aderir ao modo restaurativo de resolução conflitual é facultativo a todas as partes envolvidas no conflito, uma vez que a ideia é devolver o protagonismo processual a essas e isso se iniciaria pelo poder de escolha. Nos casos de crimes culposos, o grau de remorso por parte do ofensor tende a ser extremamente grande, pois ele não teve a intenção de cometer o injusto e, de plano, não possui nenhuma animosidade contra a vítima, de modo que

37 TAVARES, Jueaz. *Teoria do Crime Culposos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p. 3, 6.

38 Para os casos de erro de tipo, nos quais o agente é imputado como se fosse autor de crime culposos.

39 ZAFFARONI, E. Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume I – Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 438.

40 ZEHR, 2008, p. 24-29, 205.

o trauma proveniente deste tipo de delito pode ser considerado, via de regra, como bilateral. Tal remorso, defendido por autores como Steven Keith Tudor como um fator atenuante no momento de aplicação da pena, incitaria o ofensor a se responsabilizar por seus atos em face do ofendido e a expiar a própria angústia retratando-se a esse ou aos seus familiares⁴¹. Esse arrependimento, proveniente de um mal causado sem a intenção e, portanto, mais suscetível de ser encarado como uma injustiça pelo seu promotor, instigaria no ofensor a vontade de reparar o dano e de retribuir à vítima ou à sociedade com alguma compensação pelo ocorrido. A referida vontade, portanto, seria uma das razões pelas quais se acredita que o índice de descumprimento de sentença e de desistência do procedimento restaurativo seriam mínimos.

O foco da Justiça Restaurativa pode não ser o perdão ou a restauração absoluta do *status quo* pré-delito (aspiração utópica), mas essa cria um ambiente propício à concretização de ambos quando possível. O intuito é justamente humanizar e informalizar o rito processual sob a perspectiva da justiça comunitária, possibilitando que os envolvidos formulem em consenso e com a participação da jurisdição uma solução lícita e que lhes sirva melhor. Os envolvidos então vivenciariam, por meio do diálogo e do conhecimento mútuo, uma autêntica experiência de alteridade e de empoderamento. Entretanto, conforme ressalva Declan Roche, enquanto as partes de fato podem expor a “melhor face da natureza humana” – demonstrando empatia, buscando compreensão mútua e se reconciliando –, existe também a chance dos ciclos restaurativos apenas servirem como mais um local de humilhação e demonização⁴². Para evitar tal problema, ou remediá-lo rapidamente, faz-se imperiosa a intervenção do mediador e, mais além, deve-se observar que, por ser um rito opcional, qualquer um dos

41 TUDOR, Steven Keith. *Why Should Remorse be a Mitigant Factor*. United Kingdom: Criminal Law and Philosophy, v. 2, issue 3, p. 247-251, oct. 2008.

42 ROCHE, Declan. *Accountability in Restorative Justice*. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Studies in Criminology, 2003. p. 1-6.

envolvidos pode desistir a qualquer momento da abordagem restaurativa e recorrer às vias judiciais ordinárias de resolução do conflito. Mesmo com a referida ressalva, Roche afirma que o fato de o apenado ter participado da formulação de sua sentença implicaria em uma assunção de comprometimento muito maior do que se essa fosse meramente imposta pela corte, o que está intimamente ligado com a questão da Justiça Restaurativa ser muito mais personalista do que a justiça convencional⁴³.

Como já aludido anteriormente, a pena restritiva de direitos é a mais provável de incidir sobre o autor de delito culposo e sua execução depende muito da proatividade do apenado em comparecer ao local de cumprimento desta. Por essas razões, a participação na formulação da solução do conflito que vincula a decisão às ideias do agente apresenta-se como mais um ponto positivo da abordagem restaurativa e um incentivo à adoção de uma postura responsável por parte do ofensor. As propostas relativas às medidas restaurativas estão geralmente vinculadas a algo paralelo ao poder judiciário, contudo, como se os citados programas e resoluções não bastassem, é possível realizar uma interpretação do Código de Processo Penal⁴⁴ que favoreça a adoção da abordagem restaurativa no decorrer do processo, ainda que esta esteja longe de corresponder aos objetivos aqui expostos. A título de exemplo, em seu art. 3º, o código estipula a possibilidade de interpretação extensiva de seus institutos e da analogia com relação à aplicação de seus dispositivos. Ora, nessa linha, nada impediria que o julgador explorasse mais adequadamente o que deveria ser apreciado durante o interrogatório do réu. Ter-se-ia, então, a chance de se dialogar com o acusado, de conhecer suas peculiaridades, de saber o que este pensa sobre o conflito ou sobre qual providência ele julga que poderia ser tomada. O art. 190, o qual trata da confissão, define que o ofensor deva ser questionado sobre os motivos de

43 Ibid., p. 4-5.

44 CONGRESSO NACIONAL. *Lei n° 3.689, de Outubro de 1941*. Brasília: CN, 1941.

seu ato. A citada previsão, ao ser interpretada extensivamente, permitiria que se questionasse se o réu considera seu ato reprovável e até de que forma ele poderia auxiliar a vítima ou a família desta na reparação, ou atenuação, dos efeitos do dano. A mesma técnica hermenêutica, se aplicada ao art. 201 do código, o qual trata da figura do ofendido, também poderia gerar efeitos positivos. Por exemplo, no caput do referido artigo é estipulado que a vítima poderá ser questionada “sempre que possível”, dessa forma e levando em consideração o interrogatório judicial do réu, o juiz questionaria cada um dos envolvidos sobre o que foi dito nos depoimentos, averiguaria se estes concordam entre si, o que mais acrescentariam, se seria possível que ambos indicassem uma solução para o conflito e, posteriormente, pautar-se-ia na solução acordada durante a elaboração da sentença, fundamentando-a legalmente.

Juristas antipáticos ao modelo restaurativo acusam-no de ser uma alternativa “*soft punishment*” para o ofensor, de modo que esse se prontificaria rapidamente em participar dos ciclos restaurativos com a mera intenção de minimizar os efeitos de uma pena eminente. Tratando-se dos crimes culposos, como se constatou, a possibilidade do ofensor sentir um remorso genuíno é considerável; contudo, mesmo que o referido “fingimento” de fato ocorra, discorda-se da citada posição. Entende-se que o produto da abordagem restaurativa é uma censura, uma “não pena”, a justificativa para tanto se embasa na questão de inexistir o intuito de se incutir qualquer aflição física ou moral ao ofensor, visando-se a não produção de mais dor⁴⁵. Entretanto, os momentos de encontro e de responsabilização do ofensor configuram-se, inevitavelmente, como causas acidentais de aflição psicológica, pois será durante o diálogo face a face com o ofendido que o agente tomará ciência de todos os efeitos consequentes de seus atos e da dor que gerou.

45 GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014. p. 3.

Observando a forma proposta para se atingir a responsabilização do ofensor, percebe-se que a Justiça Restaurativa promoveria a humanização do processo e uma censura adequada. Nesse sentido, observa-se que além de o ofensor ser devidamente responsabilizado em face daqueles que lesou, ele deverá cumprir com a sentença que ajudou a formular sob pena de invalidar o procedimento restaurativo e retornar à via judicial convencional. Inexiste, portanto, a falácia do “*soft punishment*”. A presente proposta tem como foco uma humanização dos meios de resolução de conflitos e os efeitos que esta poderia causar sobre a perspectiva paradigmática e cultural da sociedade brasileira. Se o resultado final do processo não configurar uma conciliação, ou mesmo caracterizar-se como a aplicação de uma pena privativa de liberdade menos severa, o mais importante é ter existido o empoderamento das partes de fato e a vivência de uma experiência de alteridade por parte dos envolvidos durante a execução do rito.

4 Críticas e limitações da proposta

A proposta é ousada e teoricamente promissora; entretanto, possui limitações e inerentes à própria metodologia restaurativa aqui abordada.

A primeira limitação/ressalva seria a restrição da adoção dessa abordagem aos casos nos quais o réu é confesso ou foi flagrado. Poder-se-ia arquitetar um modelo no qual o investigado, mesmo negando sua autoria, pudesse dialogar com o ofendido para fins de esclarecimento, mas é improvável que esse se submetesse a participar do rito se não admite ter causado o dano. Em consequência, sem responsabilização não há acordo nem censura ou reparação, de modo que ocorreria a descaracterização da metodologia proposta.

A segunda ressalva resulta de um alerta feito pelo próprio Howard Zehr quando questionado sobre a proposta em uma

discussão via vídeoconferência⁴⁶. O autor afirmou que o projeto seria perigoso, pois poderia engessar a perspectiva restaurativa envolta de apenas crimes não intencionais, assim restringindo o potencial desta. Acredita-se que tal observação é pertinente, mas tem-se que, em relação à realidade brasileira, a proposta representa um grande avanço somente por estender o rol de incidência de tal abordagem à seara do direito penal propriamente dito. Se os condutores da metodologia restaurativa estiverem cientes de que estão lidando com uma questão que implica uma ruptura paradigmática e não apenas em um procedimento alternativo, acredita-se que, no futuro, o êxito do presente projeto incentivará a tentativa de sua adoção em casos diversos. A terceira limitação diz respeito à celeridade do procedimento e à segurança jurídica com relação à divergência de decisões em casos semelhantes. Como a Justiça Restaurativa é casuística não se pode pretender a resolução rápida de conflitos, caso contrário a experiência poderia ser mais patológica do que benéfica. Observa-se, também, que é o fato dos envolvidos pensarem e reagirem de modo diverso em cada conflito que gera resultados diferentes para casos semelhantes⁴⁷.

Considerações finais

Percebeu-se, então, que o paradigma punitivista possui brechas estruturais e culturais para a exploração e o desenvolvimento de uma abordagem mais humanitária de resolução de conflitos. Criaram-se dogmas negativos acerca da natureza e capacidade humana e esses foram refinados pela desumanização e fungibili-

46 ZEHR INSTITUTE FOR RESTORATIVE JUSTICE. Opportunity and Danger: Implementing RJ in Existing Systems. *Eastern Mennonite University*, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://www.emu.edu/cjp/restorative-justice/webinars/existing-systems/>>. Acesso em: 29 set. 2014.

47 Ressalta-se, contudo, que tal questão já é uma realidade inerente em casos nos quais a subjetividade humana se faz presente; afinal, a referida limitação é também observada na justiça convencional ainda não seja proveniente das perspectivas diversas dos envolvidos no conflito e sim do modo como cada julgador pensa.

zação subjetivamente inoculadas na mentalidade das pessoas através da lógica sistêmica. Tal processo histórico lesou especialmente os indivíduos que não se enquadram no padrão cultural e moral e que cometem comportamentos anômicos. Não se busca entender o *alter* e crescer com isso, mas se incita o repúdio e a neutralização desse; assim, os destinatários de poder são infantilizados e tal infantilidade pode ser sentida em esferas muito mais amplas do que a do direito penal. Ela é visível na seara política, com o comodismo e o descaso, na vida cotidiana, com o intolerância em relação à opinião alheia, e na própria esfera subjetiva, com as dificuldade de se refletir acerca das razões de ser das normas e estruturas institucionais; afinal, a tendência é tudo ser ditado de cima e entregue pronto, como são as decisões judiciárias e as “respostas” trazidas pela mídia. Com o desenvolvimento do intruso paradigmático aqui apresentado, acredita-se que a experiência restaurativa possa ser ampliada para outros casos envolvendo o direito penal e promover, gradativamente, uma humanização da perspectiva cultural brasileira. Se assim o for, o conflito seria concebido como uma oportunidade de crescimento/aprendizagem e a reflexão e o diálogo se tornariam formas de emancipação de noções punitivistas unilateralmente formuladas pelo plano do instituído.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo*. 2. ed. Chapecó: Argos, 2010.

ASSOCIAÇÃO DE JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL. *AMB firma parceria com o CNJ para ampliar a Justiça Restaurativa no país*. 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2014/08/14/amb-firma-parceria-com-o-cnj-para-ampliar-justica-restaurativa-pais/>>. Acesso em: 28 set. 2018.

BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

CAMPOS PINTO DE VITTO, Renato. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Justiça para o século 21 - instituindo práticas restaurativas, 2005.

CHRISTIE, Nils. Conflict as property. *Oslo: The British Journal of Criminology*, v. 17, 1977.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. *Lei nº 3.689, de outubro de 1941*. Brasília: CN, 1941.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Aumento de processos reflete a democratização da justiça. *Agência CNJ de notícias*, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/6721:aumento-de-processos-reflete-democratizacao-do-acesso-a-justica>>. Acesso em: 27 set. 2014.

_____. CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país. *Agência CNJ de notícias*, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28296-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>>. Acesso em: 24 set. 2014.

_____. CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira. *Agência CNJ de notícias*, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 24 set. 2014

_____. CNJ pesquisará reincidência criminal. *Agência CNJ de notícias*, 2012. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18527-ipea-pesquisara-reincidencia-criminal-no-brasil>>. Acesso em: 24 set. 2014

_____. *Resolução 125/2010*. Brasília: CNJ, 2010.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

CONSULTOR JURÍDICO (CONJUR). *Número de presos aumentou 29% nos últimos cinco anos*. 14 jan. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jan-14/numero-presos-brasil-aumentou-29-ultimos-cinco-anos>>. Acesso em: 24 set. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir, nascimento das prisões*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um Modelo Restaurativo de Censura como Limite ao Discurso Punitivo*. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2014.

GUNTHER, Klaus. *Crítica da Pena II*. *Revista Direito GV5*, p. 139-141, jan./jun. 2007.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social – Elementos para uma análise marxista*. 18. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12*. Nova Iorque: 37ª Sessão Plenária, 2002.

PAVARINI, Massimo; MELOSSI, Dario. *Cárcere e Fábrica*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ROCHE. Declan. *Accountability in Restorative Justice*. Oxford: Oxford University Press, Clarendon Studies in Criminology, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Crime Culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

TRÂNSITOWEB. *Agora são 8! Cometeram crimes de trânsito, foram condenados e cumprem em regime fechado*. Rio de Janeiro: 2014. Disponível em: <http://www.transitoweb.com.br/news_stories/1509-agora-s-o-8-cometeram-crimes-de-tr-nsito-foram-condenados-e-cumprem-em-regime-fechado#sthash.xmcaLE3n.dpuf>. Acesso em: 28 de set. 2014.

TUDOR, Steven Keith. Why Should Remorse be a Mitigant Factor. *United Kingdom: Criminal Law and Philosophy*, v. 2, issue 3, oct. 2008.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2013 – Acidentes de trânsito e motocicletas*. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Estudos Latino-Americanos, 2013.

WEBER, Max. *Metodologia das ciências sociais, 2ª parte*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro v. 1*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____.; *Em Busca das Penas Perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Volume I- Parte Geral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZERH, Howard. *Trocando as Lentes – Um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR INSTITUTE FOR RESTORATIVE JUSTICE. Opportunity and Danger: Implementing RJ in Existing Systems. *Eastern Mennonite University*, 24 set. 2014. Disponível em: <<http://www.emu.edu/cjp/restorative-justice/webinars/existing-systems/>>. Acesso em: 29 de set. 2013.

Crítica do Cárcere: prisão para quê?

Matheus Rodrigues Gonçalves¹

Resumo: *O presente artigo tem por objetivo analisar criticamente o sistema penal, com enfoque na realidade carcerária brasileira, a fim de demonstrar a ineficácia e a nocividade da forma-prisão, bem como a necessidade de se pensar em substitutivos para ela, com vistas à sua progressiva abolição.*

Palavras-chave: *prisão; sistema penal; abolicionismo penal; penas alternativas.*

Abstract: *This paper aims to critically examine the criminal justice system, focusing on the Brazilian prison reality in order to demonstrate the ineffectiveness and harmfulness of form prison and the need of thinking in substitute for it, with a view to its gradual abolition.*

Keywords: *prison; penal system; penal abolitionism; alternative sentences.*

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio.

Introdução

A prisão é uma invenção recente. O filósofo francês Michel Foucault² localiza o seu surgimento como método padrão de punição de delitos na França da segunda década do século XIX, vindo a substituir os suplícios, cuja finalidade não era propriamente “[...] a economia do exemplo, mas a política do medo: tornar sensível a todos, sobre o corpo do criminoso, a presença encolerizada do soberano”³. A prisão, por sua vez, além de retirar do indivíduo aquilo que a sociedade moderna considera como bem mais valioso, ou seja, a sua liberdade, trazia como novidade a pretensão de “transformar” aqueles que a ela fossem submetidos⁴, sendo este discurso a força motriz da expansão da forma-prisão, princípio base de todos os códigos penais a partir deste momento surgidos.

Hulsman⁵ e Zaffaroni⁶ observam, entretanto, que a prisão nunca funciona do modo previsto pelos discursos e princípios que deveriam legitimá-la. Afirmam que, caso o poder programado do sistema penal (o discurso jurídico-penal encontrado nos códigos penais) fosse plenamente cumprido – ou seja, se toda e qualquer conduta que conflitasse com o disposto nos códigos fosse criminalizada – rapidamente se instauraria verdadeiro caos social, na medida em que um número incomensurável de pessoas passaria a ser penalizado. Desta feita, temos que o sistema penal não foi pensado e não é utilizado no sentido de fazer com que a legalidade processual opere em plenitude, mas sim no intuito de atingir especialmente, com arbitrariedade altamente seletiva, os setores

2 FOUCAULT, Michel; MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Estratégia, Poder-Saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p. 148-149. (Col. Ditos e Escritos, IV).

3 Idem. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 46.

4 Ibid., p. 106.

5 HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o Sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993. p. 25, p. 75.

6 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 27.

mais vulneráveis da população, os despossuídos, além de cada vez mais se caracterizar por uma “progressiva ‘perda’ das ‘penas’, isto é, as penas como inflição de *dor sem sentido*”⁷ (grifo no original).

1 A realidade carcerária brasileira

Muito se tem falado, nos últimos tempos, em um suposto crescimento expressivo da violência no Brasil, ocasionado, alega-se, pela impunidade endêmica reinante no país. Trata-se de um discurso que busca legitimar o avanço do Estado penal e o aumento do controle sobre os corpos da população, especialmente de sua parcela mais pobre, sem, contudo, possuir qualquer tipo de fundamento na realidade, como se verá a seguir.

De acordo com a versão preliminar do Mapa da Violência 2014⁸, o Brasil registrou em 2012 o índice de 29 homicídios por 100 mil habitantes, taxa ligeiramente maior que a registrada em 2002 (28,5 homicídios por 100 mil habitantes). Entre 2003 e 2011, os índices variaram entre um mínimo de 25,2 e um máximo de 28,9⁹. Esses dados demonstram que, nos últimos anos, os índices nacionais de homicídios, que são utilizados para medir a situação geral da violência no país, permaneceram relativamente estanques. De fato, se retrocedermos mais 10 anos, até 1992, veremos que a taxa nacional de homicídios era de 19,1¹⁰, ou seja, no período de 20 anos houve um sensível crescimento das taxas de homicídio, a despeito do exponencial aumento da população carcerária brasileira.

7 ZAFFARONI, 2001, p. 12.

8 WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2014.

9 Ibid., p. 51.

10 Idem.

A população carcerária brasileira explodiu nos últimos anos: de 90 mil em 1990¹¹, chegou a 239 mil em 2002¹² (um aumento de 165%) e a 550 mil em 2012¹³ (crescimento de 611% em relação a 1990 e de 130% em relação a 2002), segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em termos proporcionais, em 1990 o Brasil possuía 61 presos para cada 100 mil habitantes, 138 em 2002 e 274 em 2012.

Em 2014¹⁴, a situação ficou ainda mais alarmante: o Brasil chegou à absurda cifra de 711.463 presos (crescimento de 790% desde 1990 e de 197% desde 2002), sendo 32% deles provisórios. São 358 presos para cada 100 mil habitantes. Alcançamos a terceira colocação mundial em números absolutos de pessoas presas¹⁵, perdendo apenas para os Estados Unidos, com 2,28 milhões de presos¹⁶, e para a China, que possui 1,7 milhão¹⁷. Além disso, neste ano de Copa do Mundo nos tornamos campeões sul-americanos de encarceramento em termos proporcionais, ultrapassando o Uruguai, antigo detentor do posto com 289 presos por 100 mil habitantes¹⁸.

- 11 PORTAL CONGRESSO EM FOCO. *População carcerária cresce seis vezes em 22 anos*. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/populacao-carceraria-cresce-seis-vezes-em-22-anos/>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 12 JORNAL FOLHA DE S. PAULO. *População carcerária cresce 67% em 4 anos*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff2703200716.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 13 PORTAL CNJ. *População carcerária do Brasil atingiu 550 mil presos em junho*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/22552-populacao-carceraria-do-brasil-atingiu-550-mil-presos-em-junho>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 14 Ibidem. *CNJ divulga dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 15 JORNAL FOLHA DE S. PAULO. *Brasil passa a Rússia e tema terceira maior população carcerária do mundo*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/06/1465527-brasil-passa-a-russia-e-tem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo.shtml>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 16 INTERNATIONAL CENTRE FOR PRISON STUDIES. *World prison brief: United States of America*. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/united-states-america>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 17 Ibidem. *World Prison Brief: China*. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/china>>. Acesso em: 7 jul. 2014.
- 18 Ibidem. *World Prison Brief: Uruguay*. Disponível em: <<http://www.prisonstudies.org/country/uruguay>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

Há de se ressaltar que o crescimento da população brasileira foi de cerca 13% no período compreendido entre 2002¹⁹ e 2012²⁰. Enquanto isso, os índices de violência tiveram, no mesmo período, um crescimento absoluto também de 13%²¹. A população carcerária, por sua vez, cresceu espantosos 130%, dez vezes mais, entre 2002 e 2012.

2 Prisão para quê?

Diante desses dados, é possível inferir que, a despeito do encarceramento em massa que observamos no Brasil nos últimos anos, os índices nacionais de violência se mantêm estáveis; então, conclui-se que, ao contrário do que clamam os discursos conservadores, a prisão não se configura como um elemento capaz de reduzir a violência e trazer segurança para o conjunto da população. Assim fosse, seria preciso haver uma drástica redução dos índices de violência, o que não se observa na prática.

Esta não é uma crítica nova: conforme nos lembra Foucault, a conclusão de que a prisão não serve para “corrigir” aqueles que violam a lei é praticamente tão antiga quanto o seu próprio surgimento no início do século XIX. De acordo com o filósofo francês, a prisão “não produz absolutamente nada”, mas

[...] se trata unicamente de um extraordinário truque de mágica, de um mecanismo inteiramente singular de eliminação circular: a sociedade elimina enviando para a prisão pessoas que a prisão quebra, esmaga, elimina fisicamente; uma vez quebradas essas pessoas, a prisão as elimina libertando-as,

19 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE MUNICÍPIOS. Demografia – População total. Disponível em: <http://portal.cnm.org.br/v4/v11/demografia/br_dem_pop_total.asp>. Acesso em: 7 jul. 2014.

20 PORTAL G1. *Brasil tem 193.946.886 habitantes, aponta estimativa do IBGE*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/08/brasil-tem-193946886-habitantes-aponta-estimativa-do-ibge.html>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

21 WASELFSZ, 2014, p. 17.

reenviando-as à sociedade; nesta, sua vida na prisão, o tratamento que sofreram, o estado no qual saíram, tudo concorre industriosamente para que, de modo infalível, a sociedade os elimine de novo, reenviando-os para a prisão [...].²²

Ou ainda, no entender da jurista brasileira Maria Lúcia Karam:

A ideia de ressocialização, com seu objetivo declarado de evitar que o apenado volte a delinquir, é absolutamente incompatível com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico repudia a ideia de se pretender reintegrar alguém à sociedade, afastando-a dela.²³

Nesse sentido, torna-se evidente que a prisão (e a prisão brasileira aí se insere com especial pertinência) serve não para “corrigir” ou “ressocializar” uma pessoa que tenha infringido a lei, mas, antes, para tirá-la do convívio social, quebrá-la e, quebrando-a, garantir que, uma vez posta em liberdade, ela esteja de volta à prisão em pouco tempo, o que se deve muitas vezes ao forte estigma carregado por ex-presidiários na sociedade, que os vê sempre com suspeita, ainda que eles tenham sido mandados para a prisão com o suposto fim de serem “corrigidos”. Tal situação contribui para que sete em cada dez libertados sejam reconduzidos ao sistema carcerário²⁴. Conforme Karam, as prisões e o sistema penal sequer servem para a prevenção de crimes e delitos:

A história demonstra que a função de prevenção geral negativa nunca funcionou: a ameaça, mediante normas penais, não evita a prática de delitos ou a formação de conflitos; ao contrário, eles se multiplicaram e se sofisticaram. O efeito dissuasório não se comprovou, estando, ao contrário, demonstrado que

22 FOUCAULT; MOTTA, 2002, p. 130.

23 KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. p. 177.

24 PORTAL CNJ. *CNJ recomenda expansão das APACs para a redução da reincidência criminal no país*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/28296-cnj-recomenda-expansao-das-apacs-para-a-reducao-da-reincidencia-criminal-no-pais>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

a aparição do delito não está relacionada com o número de pessoas punidas, ou com a intensidade das penas impostas.²⁵

Há, ainda, outros dados que muito revelam acerca do sistema penitenciário brasileiro e das prisões de modo geral: de acordo com a 7ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública²⁶, que reúne dados de 2012, 55% da população carcerária brasileira tem entre 18 e 29 anos²⁷, e 61% dela é negra ou parda²⁸. Em 49,1% dos casos os indivíduos foram incriminados por crimes patrimoniais²⁹, e em 25,3% por tráfico de entorpecentes³⁰, somando 74,4% do total de prisões. Em 2011, segundo o Infopen, cerca de 80% dos presos ia do analfabetismo ao ensino fundamental completo, e apenas 0,39% havia completado o ensino superior³¹. É preciso observar que os números até o momento apresentados não dão conta dos cerca de 20 mil adolescentes em conflito com a lei que em 2011 estavam submetidos a medidas privativas de liberdade, de acordo com a 7ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, sendo 44,9% por crimes patrimoniais (roubo, furto, receptação e dano), e 26,6% por tráfico de entorpecentes³². Esta é uma realidade não apenas brasileira, mas dos sistemas carcerários em todo o mundo, e o seu significado é claro: a prisão, antes de ser uma ferramenta de diminuição da violência e de garantia da segu-

25 Ibid., p. 175.

26 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. 7. ed. 2013. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2014.

27 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2013, p. 64.

28 ZAFFARONI, 2001, p. 66.

29 Ibid., p. 68.

30 Ibid., p. 69.

31 PORTAL UOL. *No Brasil, apenas um em cada três presidiários concluiu o ensino fundamental*. 2012. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2012/07/10/no-brasil-apenas-um-em-cada-tres-presidiarios-concluiu-o-ensino-fundamental.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2014.

32 Fórum Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. 7. ed. p. 82. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2014.

rança, configura-se, conforme Wacquant³³, como uma ferramenta de gerenciamento da miséria. Neste ponto, é preciso que se diga: a prisão não é uma instituição reformável, visto que a necessidade de excluir em vez de ressocializar, quebrar em vez de corrigir, está no âmago de sua própria concepção. Conforme assevera o jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni³⁴,

[...] todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.* (grifo no original).

A capacidade de ressocialização de que disporia a prisão nada mais é que um fraco mote para tentar acobertar a sua real utilidade. Assim, é cada vez mais imperioso repensar todo o modelo penal, no Brasil e no mundo. Enfraquê-lo em vez de fortalecê-lo e, enfraquecendo-o, dar um poderoso golpe no próprio sistema punitivo, mais amplo e perigoso, do qual o sistema penal e as prisões são parte essencial.

3 Presídios privados: quando o cárcere vira empresa

De acordo com Juarez Cirino dos Santos³⁵, a atual onda de privatização de presídios teve início no início da década de 1980,

33 WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. (Col. Pensamento Criminológico).

34 ZAFFARONI, 2001, p. 15.

35 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Privatizações de presídios*. [s. d.] Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014. p. 3.

nos Estados Unidos de Ronald Reagan. Experiências anteriores já haviam ocorrido no mesmo país no início do século XX, tendo sido, entretanto, alvo de inúmeras denúncias de maus tratos, o que fez com que as prisões privadas fossem banidas dos EUA em 1925³⁶. Mesmo diante dessa experiência histórica fracassada e devido, em parte, ao clamor do eleitorado por um aprofundamento da “guerra contra o crime” sem o aumento dos gastos públicos com o sistema carcerário, Reagan decidiu, em 1983, retomar o programa de privatizações de presídios através do modelo conhecido como *full-scale management*, que consiste na gestão total do estabelecimento carcerário pelo capital privado. Com ações muito valorizadas no mercado financeiro³⁷, lucros anuais de centenas de milhões de dólares³⁸ e atuação em diversos países³⁹, duas empresas, a Correction Corporation of America e a G4S Security Solutions (antiga Wackenhut Corrections), controlam sozinhas cerca de dois terços do “mercado” de encarceramento privado estadunidense⁴⁰, que hoje abarca cerca de 7% de toda a população carcerária daquele país⁴¹: trata-se de um mercado bilionário, que apenas no ano de 2005 movimentou cerca de 37 bilhões de dólares⁴².

No Brasil a privatização de presídios ainda é incipiente, não obstante já poder ser vista em pelo menos 22 penitenciárias há

36 Ibidem.

37 CARVALHO, Priscila Almeida. *Privatização dos presídios: problema ou solução?*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?%20n_link=%20revista_artigos_leitura&%20artigo_id=5206>. Acesso em: 9 jul. 2014.

38 NETO, Eduardo Araújo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=76>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

39 JORNAL FOLHA DE S. PAULO. *Contratos para a administração privada de prisões se multiplicam*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1106200005.htm>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

40 INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. *Privatização de presídios*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3623-Privatiza%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios>. Acesso em: 9 jul. 2014.

41 PORTAL AGÊNCIA PÚBLICA. *Quanto mais presos, maior o lucro*. 2014. Disponível em: <<http://apublica.org/2014/05/quanto-mais-presos-maior-o-lucro/>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

42 Ibid.

cerca de 10 anos⁴³. O caso mais emblemático, entretanto, veio em 2013, com a inauguração do Complexo Penitenciário de Ribeirão das Neves (MG): enquanto nas demais experiências a privatização se deu após o presídio estar em funcionamento, Ribeirão das Neves é a primeira penitenciária privada desde a licitação e projeto. O contrato firmado entre o Consórcio Gestores Prisionais Associados (GPA) e o governo de Minas Gerais tem duração de 27 anos, prorrogáveis por mais 35⁴⁴, com pagamentos mensais, por parte do Estado, de R\$ 2.700,00 por preso.

Os argumentos dos defensores do sistema de terceirização de presídios são basicamente dois: a) presídios privados são muito mais baratos; por isso, custam muito menos aos contribuintes do que os presídios públicos, e b) por meio do trabalho a que são submetidos os presos, a prisão tem mais chances de cumprir a sua missão corretora e ressocializadora, ao transformar criminosos em trabalhadores. Quanto ao primeiro argumento, é preciso que se diga que no ano 2000 o Escritório Geral de Contabilidade (GOA, na sigla em inglês) do Congresso dos Estados Unidos realizou um estudo que concluiu que estabelecimentos prisionais privados custam ao Estado apenas 1% a menos do que custariam se estivessem sob administração pública⁴⁵.

O argumento da suposta ressocialização dos presos por meio do trabalho merece especial atenção, embora seja igualmente falso. Há de se lembrar que, conforme demonstrado anteriormente, a finalidade da prisão nunca foi ressocializar, mas sim controlar: a prisão não “corrige”, mas mantém afastados da sociedade membros dos extratos sociais tidos como “refugos”, motivo pelo qual não se pode falar em ressocialização dentro dos muros dos cárceres, ainda que com trabalho manual dos presos. A isso se

43 Ibid.

44 PORTAL AGÊNCIA PÚBLICA, 2014.

45 JORNAL FOLHA DE S. PAULO. *Contratos para a administração privada de prisões se multiplicam*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1106200005.htm>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

soma o fato de que o trabalho dentro dos presídios se caracteriza como uma institucionalização do trabalho escravo⁴⁶, tanto porque o salário percebido pelos presos é muito inferior ao de um trabalhador comum (nos anos 2000, a título de exemplo, os presos estadunidenses recebiam US\$ 0,28 por hora de trabalho, enquanto o salário mínimo era de US\$ 5/hora⁴⁷; além disso, a legislação brasileira permite que o preso receba valor inferior a um salário mínimo⁴⁸), quanto porque, de acordo com Juarez Cirino dos Santos, também pode se falar em violação da própria dignidade humana, uma vez que os presos não gozam da única liberdade real de que dispõe um trabalhador comum, qual seja, o direito de rescindir o contrato de trabalho⁴⁹.

Do mesmo modo, é preciso citar a sintomática cláusula do contrato firmado entre o GPA e o governo de Minas Gerais que estabelece como uma das “obrigações do poder público” a garantia “de demanda mínima de 90% da capacidade do complexo penal, durante o contrato”. Ou seja: o Estado será responsável por garantir que o presídio esteja sempre com lotação próxima do limite máximo, o que certamente poderá acarretar em pressões sobre o Judiciário para que se condene mais e se condene por mais tempo, garantindo assim mão de obra barata e altos lucros – a título de exemplo, o valor do contrato acima citado é de R\$ 2,1 bilhões⁵⁰ – para as empresas que explorarem o mercado dos presídios privados.

46 SANTOS, [s. d.], p. 4.

47 CARVALHO, Priscila Almeida. *Privatização dos presídios: problema ou solução?*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=%20revista_artigos_leitura&%20artigo_id=5206>. Acesso em: 9 jul. 2014.

48 BRASIL. *Lei nº 7.210/1984*, art. 29.

49 SANTOS, op. cit., p. 4.

50 PORTAL HOJE EM DIA. *Governo de MG é condenado por terceirização ilícita em presídio privado de Ribeirão das Neves*. Disponível em: <<http://www.hojeemdia.com.br/minas/governo-de-mg-e-condenado-por-terceirizac-o-ilicita-em-presidio-privado-de-ribeir-o-das-neves-1.231915>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

4 Alternativas à prisão

Ao defender a eliminação gradual da pena de prisão, Evandro Lins e Silva reforça a importância de se encontrar substitutivos para ela. De acordo com eminente jurista, para que possamos atingir o fim da prisão, é fundamental que observemos algumas condições, quais sejam,

[...] a descriminalização, isto é, a retirada das leis penais de infrações que não mais devem ser catalogadas como crimes, de acordo com os costumes de nossa época; a despenalização, isto é, a aplicação de sanções outras, que não a pena de prisão, para condutas que, embora ainda devam estar contempladas na legislação penal, não apresentam maior gravidade ou ofensa às regras de manutenção do convívio social; a desjudiciariização, ou seja, a retirada da competência do poder judiciário penal, de ações cuja solução melhor ficaria situada na esfera civil ou administrativa.⁵¹

Nesse sentido, a Lei nº 9.714/1998 instituiu como possibilidades de penas restritivas de direito, ou seja, de penas que não envolvem a prisão, as seguintes: a) prestação pecuniária; b) perda de bens e valores; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; d) interdição temporária de direitos e e) limitação de fim de semana. A referida lei pode ser considerada um avanço na medida em que estabelece outras possibilidades de responsabilização para além da prisão e da multa, originalmente previstas no Código Penal. Entretanto, é um avanço deveras limitado, pois os critérios para a aplicação das penas alternativas são muito rígidos. A título de exemplo, observemos a nova redação dada ao inciso I do art. 44 do Código Penal, que proíbe a aplicação de penas diferentes da de prisão caso o réu seja reincidente em crime doloso.

51 SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Filippo Gramatica*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos homenagem/arquivo6.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014. p. 20.

Desse modo, considerando que o dolo ocorre, em acordo com o art. 18, I, do Código Penal, quando o agente quis o resultado e assumiu o risco de produzi-lo, temos que determinada pessoa que tenha sido condenada, por exemplo, a uma pena restritiva de direito por crime de furto ou receptação, de menor potencial ofensivo pois, e que porventura reincida no mesmo tipo penal, estará fadada a uma segunda condenação, desta vez com pena de prisão, uma vez que se trata de reincidente em crime doloso.

A lei, mesmo que limitada, é pouco cumprida, fato comprovável através da constatação de que quase 20% da população carcerária brasileira foi condenada a penas de até quatro anos de reclusão, fato que permite inferir que as condenações se deram em decorrência da prática de crimes com menor potencial ofensivo, perfeitamente enquadráveis no disposto no art. 44, I, do Código Penal, o qual reza que a pena restritiva de direitos poderá ser aplicada caso a condenação não seja superior a quatro anos e o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa.

Dados do Depen apontam que 671 mil condenações a penas alternativas foram aplicadas em 2009, diminuindo para 467 mil em 2011. Entretanto, o próprio Departamento reconhece que os números não são consistentes, pois não há metodologia específica para fazer as quantificações⁵². A despeito disso, é importante frisar que as taxas de reincidência no contexto das penas alternativas giram entre 2% e 12%. Ademais, o cumpridor de pena alternativa custa ao Estado 90% menos que um condenado preso⁵³.

52 PORTAL ÚLTIMO SEGUNDO. *Falta de controle desestimula juízes e inibe aplicação de penas alternativas*. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2013-10-03/falta-de-controle-desestimula-juizes-e-inibe-aplicacao-de-penas-alternativas.html>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

53 PORTAL EBC. *Condenados a penas alternativas reincidem menos no crime, diz coordenadora*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2008-04-28/condenados-penas-alternativas-reincidem-menos-no-crime-diz-coordenadora>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

Considerações finais

A prisão é uma invenção recente, que ainda não completou 200 anos de idade. Mas desde praticamente o segundo posterior à sua instituição como método padrão de punição ela tem sido recorrentemente desacreditada, pelo simples motivo de que até o presente momento, em lugar nenhum do mundo e tempo algum da história, ficou demonstrado que manter uma pessoa encarcerada é elemento *sine qua non* para sua “correção” ou sua “ressocialização”, e muito menos que o encarceramento cada vez mais massivo tenha ajudado a diminuir índices de violência. No Brasil e no mundo, os números e a história têm demonstrado justamente o oposto: a prisão não corrige, quebra. Não ressocializa, exclui. Não previne a violência, fabrica delinquentes.

Da mesma feita, tornou-se cristalino, ao observamos o exemplo brasileiro, que a forma-prisão, assim como não “corrige” e nem “ressocializa”, é totalmente incapaz de fazer diminuir ou ao menos impedir o crescimento dos índices nacionais de violência, conclusão a que chegamos observando os números disponibilizados pelo Mapa da Violência 2014, segundo o qual as taxas nacionais de homicídios cresceram sensivelmente a partir de 1992 e permaneceram relativamente estancadas a partir de 2002, e confrontando-os com os números que apresentam um aumento de 790% na massa carcerária nacional desde 1990. Prende-se cada vez mais; mas, os índices de violência não são alterados de modo positivo.

Outrossim, como anteriormente demonstrado, há que se reafirmar a errônea concepção segundo a qual nos encontramos diante de uma “crise” penitenciária: as características segundo as quais poderíamos chegar à conclusão de que há uma “crise” instalada – violações de direitos humanos, abusos de autoridade, superlotação, torturas etc. – são, na verdade, características estruturais do próprio sistema penal, sendo impossível eliminar tais sintomas sem conceber o fim do mesmo.

Concomitantemente, a contínua expansão dos presídios privados tem demonstrado que a prisão pode ser uma excelente fonte de lucro, o que levará inevitavelmente, caso este modelo se expanda com vigor ainda maior, a uma potencialização do próprio Estado penal na medida em que quanto maior for o número de presos, maior será o lucro do capital privado. O presídio de Ribeirão das Neves, nesse sentido, é um paradigma que deve servir de alerta não só àqueles que se colocam contra a privatização dos sistemas penitenciários mas também – e principalmente – aos que se posicionam na linha de frente contra o Estado penal.

É necessário, pois, sem medo, defender o fim das prisões e a sua substituição por modelos alternativos de responsabilização. As condições apresentadas por Evandro Lins e Silva, de descriminalização, despenalização e desjudicialização, devem servir de norte no que concerne à resistência ao avanço do Estado penal. Defender o fim das prisões não é defender a impunidade ou a prática de crimes, mas, ao contrário disso, é dar um passo rumo à plena humanidade.

Referências

CARVALHO, Priscila Almeida. *Privatização dos presídios: problema ou solução?*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?%20n_link=%20revista_artigos_leitura&%20artigo_id=5206>. Acesso em: 9 jul. 2014.

FÓRUM Brasileiro de Segurança Pública. *Anuário brasileiro de Segurança Pública*. 7. ed. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//anuario_2013-corrigido.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. ; MOTTA, Manoel Barros da (Org.). *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. *Estratégia, Poder-Saber*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012a.

HULSMAN, L. H. C.; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

INSTITUTO Brasileiro de Ciências Criminais. *Privatização de presídios*. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/3623-Privatiza%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios>. Acesso em: 9 jul. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

NETO, Eduardo Araújo. *Aspectos sobre a privatização dos presídios no Brasil*. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/servicos/artigos/artigos.asp?iCodigo=76>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Privatizações de presídios*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014.

SILVA, Evandro Lins e. *De Beccaria a Fillipo Gramatica*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/artigos/homenagem/arquivo6.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2014.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos EUA (A Onda Punitiva)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2007.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2014: os jovens do Brasil*. Rio de Janeiro: Flacso Brasil, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

DISCENSO

Cultura e Arte

Tem algum título nesta seção?

Ensaio sobre a brasa

Por: *Eduardo Contini de Figueiredo*

Corsarismo e Ilha-viva

Por: *João Victor Antunes Krieger*

Poema de Algo

Por: *Lucas Nicholas Santos de Souza*

Ensaio sobre a brasa

Eduardo Contini de Figueiredo

Nosso amor é cigarro
Moribundo maço pelo tempo destroçado
Rasgado e esgarçado
Seleciono carinhosamente um e o acendo

Te inalo
Preenchendo o foro dos meus pulmões
Te tenho
Preenche o vazio de antes, minhas pulsões
Te entendo
Se alastra na minha circulação
Te exalo
A repetição então

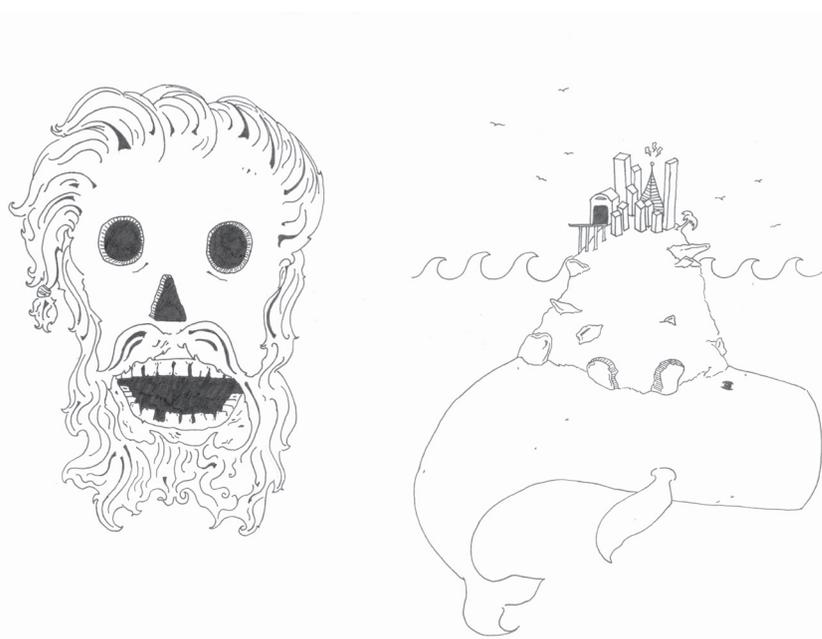
Permeia a saliva e transborda a boca
A fumaça se dispersa
O gosto impregna os lábios
O cheiro, as mãos
E me parece que foi ontem...

E tu, que me amargura,
Agora adoça a boca de outrem

Acendo outro, outro e outro
Mas, tão fugaz quanto como começou,
A brasa que nos mantém vivos se apaga
Nosso amor é um cigarro que acaba

Corsarismo e Ilha Viva

João Victor Antunes Krieger



Poema de Algo

Lucas Nicholas Santos de Souza

Não há nada lá
Nada que não possa ser o possuirá
Pois o nada é algo que a ninguém pertence

Não há nada lá
E quem disse que o nada não está em todo lugar?
Ainda que nada, é alguma coisa
Pois o nada é algo de alguém que pense
Mas eu não tenho nada em que pensar
Penso, pois, no nada;

Não há nada lá
O nada existirá?
Mas o nada não existe
O nada não é nada, e ponto
Contraponto.

Não há nada lá
Pois o nada é coisa alguma e alguma coisa
A ausência de coisa e a presença de nada
Mas não importa, não é nada

Não há nada lá
Mas em quanta coisa pode existir algo que não existe?
Pois se o nada não está lá
Algo estará lá
E onde estará o nada?

Onde a coisa não estiver o nada estará

Não há nada lá
Pois o nada não é nada.

DISCENSO

Espaço Público

Tem algum título nesta seção?

Da Privatização do HU à Truculência do
Conselho Universitário: o processo de
adesão à EBSEH na UFSC

Por: *Priscilla Batista da Silva*

ENED Brasília

Por: *Roger de Oliveira Franco*

Da Privatização do HU à Truculênciado Conselho Universitário: o processo de adesão à EBSEH na UFSC

Priscilla Batista da Silva¹

A Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSEH), foi criada no final do segundo mandato de Lula, em 2010, para gerir os Hospitais Universitários. Trata-se de empresa pública de direito privado que, obedecendo às leis do mercado, configura um dos modelos não clássicos de privatização. Nos últimos anos, a pressão do governo federal para que as instituições de ensino superior aprovem a adesão à dita empresa tem sido grande. E, no que diz respeito à UFSC, o quadro não é diferente.

Desde 2011, quando o Conselho Universitário posicionou-se contrariamente à adesão, o debate acerca da EBSEH vem acontecendo na Universidade Federal de Santa Catarina. O ano de 2014 foi especialmente intenso no tocante à temática, tendo em vista que, após as apresentações da comissão oficial – definida no Cun – sobre a EBSEH, foram organizados diversos debates institucionais e multilaterais a respeito do tema com o intuito de in-

¹ Graduanda em Direito na Univerisade Federal de Santa Catarina (UFSC) e bolsista do PET-Direito UFSC.

formar amplamente a comunidade universitária para o plebiscito marcado para abril de 2015. Também no ano de 2014 foi formado um Comitê por membros da comunidade universitária e pelo Fórum Catarinense em defesa do SUS e das privatizações, o qual se dedicou a ampliar o debate e explicitar as problemáticas relativas à possível adesão e utilizou o slogan “EBSERH aqui não passará: pela saúde pública, estatal e de qualidade!”

O Plebiscito ocorreu no dia 29 de abril de 2015, ocasião em que quase 70% da comunidade universitária votante disse NÃO à EBSERH, gerando a inquietação de grupos conservadores – tanto de estudantes, quanto de professores.

No fim do segundo semestre de 2015, a EBSERH voltou à pauta do Conselho Universitário e grande número dos conselheiros dava sinais de que votaria a mercê da decisão universitária. Diante de tal cenário, a mobilização foi retomada e vários estudantes fizeram vigílias na porta das Sessões do CUn que tinham em sua pauta a EBSERH, com o intuito de pressionar e garantir que o resultado do plebiscito se refletisse no voto dos conselheiros.

No dia 24 de novembro, após o pronunciamento da quase totalidade dos membros presentes do Conselho Universitário – em sua maioria, e incluindo os representantes do Diretório Central dos Estudantes (DCE), favoráveis a adesão e ignorando a posição informada da comunidade universitária –, vários estudantes ocuparam a Sessão do CUn. Como alguém que estava junto ao dito grupo até o momento da ocupação, sinto-me muito confortável para dizer que na ocasião discordei, e sigo discordando, politicamente do ato, mas não há de se contestar a sua legitimidade.

Uma semana depois, no dia primeiro de dezembro, fomos todas e todos que prezamos pela autonomia universitária surpreendidas(os) pela convocação do Conselho Universitário para deliberar sobre a EBSERH: dessa vez no Centro de Ensino da Polícia Militar sob a pseudo justificativa de garantia da segurança (Segurança para quê e para quem?).

Chega a ser espantosa a *naturalização* que parte dos colegas, inclusive os que se autointitulam liberais e sujeitos próximos da escorregadia União da Juventude socialista (UJS), fez sobre o alarmante fato político ocorrido.

“Apenas” o fato de os conselheiros – inclusive representantes da retrógrada atual gestão do DCE – terem optado por votar contrariamente ao posicionamento da comunidade acadêmica dado pelo plebiscito do primeiro semestre já me parece alarmante. Mais alarmante ainda é a justificação de seus votos em desrespeito ao plebiscito pela razão de ter sido este “meramente consultivo”.

Notamos, então, que o vago discurso da representatividade e da defesa irrestrita da democracia limita-se aos momentos em que esta versa em favor de interesses próprios. Gostaria eu de ver a reação desses mesmos hipócritas se na lista tríplice para nomeação do novo reitor não constasse o nome do candidato eleito em processo também consultivo.

Mas, muito mais do que isso, espanta-me o fato de os conselheiros² – estudantes e professores de uma Universidade Federal – terem comparecido à sessão do CUn realizada no Centro de Ensino da Polícia Militar, e, obviamente, de a Reitora Roselane Neckel – que teoricamente representa uma ala mais progressista, ou menos retrógrada de nossa universidade – ter convocado a reunião para o dito local. Foram até lá como se não significasse nada, como se tivesse ocorrido uma mera remoção da Sala dos Conselhos na Reitoria para um outro bloco qualquer da Universidade. Foram porque “tinha que” ser aprovado logo; não importava nem como, nem onde.

E gostaria de não ter que ler e ouvir coisas nesse sentido, mas tenho certeza de que muitos justificarão e legitimarão irrestritamente a escolha do tal lugar pela “necessidade de segurança” e de “preservação contra a baderna” dos estudantes.

2 37 deles, os demais – inclusive o pareceirista que se manifestou favorável à adesão – se recusaram a participar da sessão dentro de uma unidade militar.

Pedir para a reunião do Conselho Universitário acontecer fora da UFSC não tem justificativa, DCE³. Ir para o colo do braço punitivo do Estado muito menos, caros conselheiros e reitora.

Resta-nos muito da ditadura. Resta-nos muita truculência disfarçada de uma “democracia meia-boca” que se apropria do que é conveniente e joga fora tudo que não interessa.

Não permitamos que a história apague esse vergonhoso episódio de suas trajetórias! Segue a lista dos conselheiros votantes na Sessão do Conselho Universitário ocorrida no Centro de Ensino da Polícia Militar:

Gustavo Stollmeier Matiola
Plínio da Silva Oliveira Filho
Marcus Vinícius dos Santos
Tatiane Mecabô Cupello
Yan de Souza Carreirão
William Gerso Mathias
Lenilza Mattos Lima
William Barbosa Viana
Áureo Mafra de Moraes
Vladimir Arthur Fey
Fabrício de Souza Neves
Modesto Hurtado Ferrer (contrário à adesão à EBSERH)
Cátia Regina Silva de Carvalho Pinto
Leocir José Welter
Marcelo Freitas de Andrade
Eugenio Simão
Gregório Jean Varvakis Rados
Sebastião Roberto Soares
Flávio da Cruz
Luciano Lazzaris Fernandes
Arnoldo Debatin Neto

3 O diretório central dos estudantes enviou um ofício à reitora solicitando que a sessão do Conselho Universitário ocorresse fora da UFSC.

Rogério Silva Portanova
Ubaldo César Balthazar
Lício Hernanes Bezerra
Carlos Eduardo Andrade Pinheiro
Isabela de Carlos Back Giuliano
Sônia Gonçalves Carobrez (contrária à adesão à EBSEH)
César Damian
Prof. Pedro Luiz Manique Barreto
Daniel Martins
Edison da Rosa
Jamil Assreuy Filho
Joana Maria Pedro
Tereza Cristina
Roselane Neckel

ENED Brasília

Roger de Oliveira Franco¹

Nos dias 20 a 26 de julho do ano de 2014, ocorreu na cidade de Brasília o Encontro Nacional de Estudantes de Direito. O encontro é evento da Federação Nacional de Estudantes de Direito (FENED) – que já conta com mais de 26 anos de história(s) – e consegue juntar estudantes dos variados cantos do país em torno de questões atuais ao direito e que, portanto, precisam ser debatidas com o devido rigor.

E para lá partimos. O Encontro teve como tema central “Megaeventos e Estado de Exceção”. A proposta não poderia ser mais atrativa para a nossa realidade. No ano de copa, assim como nos que se antecederam – a “preparação” –, o Estado assinou um cheque em branco, que autorizou intensas modificações nas cidades brasileiras – sentidas não só nas cidades-sedes dos jogos. O custo foi alto para quem teve de pagar essa conta. O engodo da “revitalização” e da “adequação do espaço urbano” serviram para a aplicação de políticas de *gentrificação* das camadas mais pobres.

¹ Acadêmico da 9ª fase do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e bolsista do PET-Direito UFSC

O encontro se estruturou em espaços obrigatórios e não obrigatórios, com uma programação de pouco menos de uma semana, a partir dos temas: Desenvolvimentismo e Projeto de Nação; Megaeventos e Estado de Exceção. Além dos painéis, também houve espaço para as setoriais que compõem a FENED (Mulheres, LGBT, Negras e Negros); o Encontro Nacional das Assessorias Jurídicas (ENAJU), e as mostras científicas e oficinas organizadas pelos próprios estudantes. E não menos importante, as festas à noite, que integraram estudantes nas gélidas noites do Planalto Central.

Talvez seja importante ressaltar o quanto espaços, construídos pelos(as) estudantes, como o ENED se mostram importantes na organização estudantil – durante o evento, por exemplo, ocorreu um ato contra a criminalização dos movimentos sociais – e para a criticidade do pensamento jurídico.

No encontro, tivemos um estreitamento de amizades dos(as) viajantes representantes do Direito UFSC – laços de camaradagem que permitiram enfrentar longas horas de viagem, o desconforto do colchão de ar e de sacos de dormir, e os banhos geladíssimos. A impressão que fica de quem foi ao encontro é de que são esses momentos da graduação que nos levam adiante e permitem sonhar/idealizar.

Ao final voltamos entusiasmados, e esperando com animação o encontro do ano que vem. Belo Horizonte que nos aguarde!

