

**ISSN 1980-7805 (impresso)**  
**ISSN 2177-1499 (eletrônico)**

# **Direitos Culturais**

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**  
**- MESTRADO e DOUTORADO da URI - Campus Santo Ângelo - RS**





UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E  
DAS MISSÕES  
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –  
MESTRADO E DOUTORADO

**REVISTA DIREITOS CULTURAIS**

Santo Ângelo – Brasil

2020

D598 Direitos culturais : revista do programa de pós-graduação em Direito – Doutorado e Mestrado – URI Santo Ângelo / Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo - v.1, n.1 (dez. 2006)- . – Santo Ângelo: FuRI, 2020.

v.15, n.35, jan./abr. 2020

Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr. 2013-.

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (on-line)

1. Direito-Periódicos. I. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo.

CDU: 340.114

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

*Editores Gerentes*

Jacson Roberto Cervi e Thami Covatti Piaia

*Editoria de Seção e Formatação*

Débora Patricia Seger e Fábio César Junges

*Revisão*

Jacson Roberto Cervi

*Revisão Língua Inglesa*

Thami Covatti Piaia

*Capa*

Leandro Figueiredo

*Publicação*

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS

Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

## REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)  
Campus de Santo Ângelo  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Das Missões (URI)

*Reitor*  
Arnaldo Nogaro  
*Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação*  
Neusa Maria John Scheid  
*Pró-Reitora de Ensino*  
Edite Maria Sudbrack  
*Pró-Reitor de Administração*  
Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo  
*Diretor Geral*  
Gilberto Pacheco  
*Diretor Acadêmico*  
Marcelo Paulo Stracke  
*Diretora Administrativa*  
Berenice Rossner Wbatuba  
*Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas*  
Osmar Antonio Bonzanini  
*Coordenador de Área de Conhecimento*  
Jacson Roberto Cervi

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

*Coordenação Acadêmica*  
André Leonardo Copetti Santos

*Coordenação Executiva*  
João Martins Bertaso

*Editores Gerentes*  
Jacson Roberto Cervi  
Thami Covatti Piaia

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, mesmo não publicados.

## FOCO E ESCOPO

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos inéditos. A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

- a) Artigos, que deverão referir-se, tematicamente, às seguintes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: a) Direito e Multiculturalismo e b) Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.
- b) Resenhas de Livros e obras de referência do Direito. Apenas serão aceitas resenhas de livros lançados nos últimos dois anos.
- c) Resenhas de Jurisprudência
- d) Resumos de Dissertações defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDireito – URI.

## MISSÃO

Disseminar conhecimento sobre as relações entre Direito e Cultura, estimular a reflexão e o debate e promover o desenvolvimento e a capacitação de operadores jurídicos e sua interação com os processos de concretização da cidadania.

## Indexadores, Diretórios e Bases de Dados



PKP|INDEX



Associado à



## **EQUIPE EDITORIAL**

### *Editores Gerentes*

Dr. Jacson Roberto Cervi

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Thami Covatti Piaia

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

### *Conselho Editorial*

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Augusto Jaeger Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Brasil

Dr. Javier Echaide

Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. José Russo

Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr<sup>a</sup> Marta Rosa Vigevano

Universidade de Buenos Aires

Buenos Aires, Argentina

Dr. Orides Mezzaroba

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Roberto Carlos Abinzano

Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México

Dr. Vicente de Paulo Barreto

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

### *Comissão Científica “Ad Hoc”*

Dr<sup>a</sup> Adreana Dulcina Platt

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil

Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Alvaro Sanchez Bravo  
Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr<sup>a</sup> Ana Keuly Luz Bezerra  
Instituto Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil

Dr<sup>a</sup> Ana Maria Borralho Gobbato  
Centro Universitário Católica, Joinville, SC, Brasil

Dr. André Leonardo Copetti Santos  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. André Rubião  
Faculdades Milton Santos, Nova Lima, MG, Brasil

Dr<sup>a</sup> Anita Mattes  
Université Paris-Saclay, Paris, França

Dr<sup>a</sup> Angela Limongi Alvarenga Alves  
Universidade de São Paulo, SP, São Paulo, Brasil

Dr<sup>a</sup> Anna Candida da Cunha Ferraz  
Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Bianca Tomaino  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr<sup>a</sup> Candida Joelma Leopoldino  
Instituto Federal do Paraná, Paranavaí, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Christiane de Holanda Camilo  
Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil

Dr. Carlos Eduardo Nascimento  
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Uberaba, MG, Brasil

Dr. Cícero Krupp da Luz  
Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Cláudia Mansani Queda Toledo  
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr. Claudio José Amaral Bahia  
Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil, Brasil

Dr. Clayton Reis  
Centro Universitário de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Daniela Vanila Nakalski Benetti  
Universidade Federal do Pampa, Bagé, RS, Brasil

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes  
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Dr. Diego Prezzi Santos  
Faculdade Catuaí, Cambé, PR, Brasil

Dr. Dirceu Pereira Siqueira  
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr<sup>a</sup> Dóris Ghilardi  
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Douglas Verbicaro Soares

Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha  
Dr<sup>a</sup> Eneida Orbage de Britto Taquary  
Instituto Federal de Brasília e União Pioneira de Integração Social, Brasília, DF, Brasil  
Dr. Eduardo Biacchi Gomes  
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Fernanda Andrade Almeida  
Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil  
Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil  
Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo  
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil  
Dr. Gabriela Soares Balestero  
Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Grace Ladeira Garbaccio  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil  
Dr. Gerson Amauri Calgaro  
Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, Brasil  
Dr. Gustavo Silveira Siqueira  
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil  
Dr. Inacio Carvalho Neto  
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Ingrid Freire Haas  
Faculdades Ibmec, Belo Horizonte, BH, Brasil  
Dr. Jadson Correia de Oliveira  
Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, BA, Brasil  
Dr. Javier Echaide  
Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina  
Dr. José Mário Wanderley Gomes  
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil  
Dr. Jorge Luiz Gonzaga Vieira  
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil  
Dr. Luis Renato Vedovato  
Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil  
Dr. Lauro Ericksen  
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho  
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil  
Dr<sup>a</sup> Mara Darcanchy  
Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil  
Dr. Marcelo Labanca  
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, RE, Brasil  
Dr. Marcelino Meleu

Universidade Comunitária Regional de Chapecó, Chapecó, SC, Brasil

Dr. Murilo Duarte Costa Corrêa

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, PR, Brasil

Dr<sup>a</sup> Mônica Neves Aguiar da Silva

Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Dr. Marcus Pinto Aguiar

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil

Dr. Marcos Augusto Maliska

Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marco Lunardi Escobar

Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PA, Brasil

Dr. Newton Cesar Pilau

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr. Osmar Veronese

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. Rafael Padilha dos Santos

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr. Rubén Miranda Gonçalves

Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Tânia Regina Zimmermann

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourados, MS, Brasil

Dr<sup>a</sup> Vanessa Santos do Canto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr<sup>a</sup> Virginia Colares

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Wesley Carlos Ribeiro

Universidade Federal de Alfenas, Alfemas, MG, Brasil

Dr. William Soares Pugliese

Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	15
Thami Covatti Piaia	
RESSIGNIFICAÇÃO DO CORPO: ENFRENTAMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO.....	19
Tainah Motta Nascimento	
Marcele Homrich Ravasio	
SUSTENTABILIDADE E ÉTICA: UM DEBATE URGENTE E NECESSÁRIO.....	51
Denise Schmitt Siqueira Garcia	
O AMBIENTE DE TRABALHO COMO MÉTODO DE ENSINO DOS DIREITOS CULTURAIS: UM ESTUDO DE CASO EM UMA ORGANIZAÇÃO SOCIAL.....	77
Edson Alves da Silva Filho	
Mônica Mota Tassigny	
MULTICULTURALISMO E DIREITO: DIÁLOGOS EM TORNO DA PLURALIDADE CULTURAL.....	101
Deo Campos	
DIREITOS, IDENTIDADE E POVOS CIGANOS: UM ESTUDO SOBRE AS FRONTEIRAS DOS PROCESSOS DE NORMATIZAÇÃO DA CIGANIDADE NO BRASIL.....	159
Phillipe Cupertino Salloum e Silva	
Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira	
ASPECTOS HISTÓRICOS E ECONÔMICOS DA EDUCAÇÃO JURIDICAMENTE ENTENDIDA COMO SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO DO ESTADO.....	201
Vivian Ribeiro	
Milton Ribeiro	

OS DESAFIOS DO DIREITO EM NORMATIZAR E “NORMALIZAR” AS  
NARRATIVAS AFETIVAS E AMOROSAS..... 225

Doglas Cesar Lucas

André Leonardo Copetti Santos

PÓS-ESTRUTURALISMO E TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: OS  
DESAFIOS METÓDICOS DO PENSAMENTO DESCONSTRUTIVISTA  
NA PERSPECTIVA DE BALKIN..... 255

Emanuel José Lopes Pepino

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer

IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO  
CONSTITUCIONAL ARGENTINO..... 289

Gonzalo Salerno

DIREITOS SOCIAIS X ORÇAMENTO PÚBLICO: POSSIBILIDADES  
E LIMITES – BREVE ESTUDO COMPARATIVO DE BRASIL E  
PORTUGAL ..... 311

Cláudio Carneiro

Sidney Guerra

## APRESENTAÇÃO

Nessa nova edição da Revista Direitos Culturais (ISSN: 2177-1499 eletrônico e 1980-7805 impresso), organizada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – campus de Santo Ângelo/RS, mais uma vez, primamos por proporcionar aos leitores, análises e perspectivas sobre temas atuais e complexos, contando com a participação de autores de inúmeras instituições de ensino superior e de vários estados do país, trazendo artigos sobre diversas temáticas, sempre conectados às linhas de pesquisa do programa: I - Direito e Multiculturalismo e II - Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, conforme orientação sugerida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), para publicação de periódicos científicos.

Conscientes de que o aumento qualitativo da produção acadêmica no Brasil, está inexoravelmente relacionado ao fortalecimento dos periódicos científicos, a Revista Direitos Culturais, engajada nessa proposta de melhorias, oportuniza a publicação, quadrimestralmente, de artigos e resenhas, por pesquisadores de todo o Brasil, assim como de países estrangeiros, passando pelo duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores.

Assim, Tainah Motta Nascimento, Marcele Homrich Ravasio, em *Ressignificação do corpo: enfrentamentos no âmbito do direito*, analisam a relação entre direito e sexualidade e de que forma o Estado através do direito exerce uma espécie de poder regulador do corpo e consequentemente da sexualidade. Dentro desse quadro conceitual, buscou-se diferenciar sexo, gênero e sexualidade, que assim como as demais esferas da identidade, possuem construções sociais, históricas e culturais.

Depois, Denise Schmitt Siqueira Garcia, em *Sustentabilidade e ética: um debate urgente e necessário*, relata que sustentabilidade é um tema vital nas discussões norteadas no mundo quando se fala em manutenção da vida no planeta. Essa sustentabilidade deve ser amparada por suas cinco dimensões, a ambiental, a social, a econômica, a tecnológica e a ética. O presente artigo tratará da dimensão ética que é aquela que analisa a necessária mudança de vida dos seres humanos com a observância de princípios éticos e de virtudes.

Em seguida, Edson Alves da Silva Filho, Mônica Mota Tassigny, em *O ambiente de trabalho como método de ensino dos direitos culturais: um estudo de caso em uma organização social*, nos trazem métodos de ensino utilizados nas Instituições de Ensino Superior, mais precisamente nos Cursos de Direito, têm sido muito criticados, inclusive com a própria ausência de um debate na academia sobre como hoje o conhecimento é transmitido. Também quase não há nas grades curriculares dos Cursos de Direito qualquer menção aos Direitos Culturais, os quais ganharam grande importância após o advento da Constituição Federal de 1988, o que propicia o surgimento de uma geração de profissionais da área jurídica sem qualquer pensamento crítico e nenhum conhecimento dos Direitos Culturais.

Logo, Deo Campos, em *Multiculturalismo e direito: diálogos torno da pluralidade cultural*, nos apresenta como hipótese principal o argumento da centralidade dos debates realizados pela Teoria Política em torno da pluralidade cultural existente nos Estados Liberais Democráticos contemporâneos para o estudioso do Direito. Para isso, esta pesquisa se apoia nos fundamentos e conclusões em torno do Multiculturalismo encontrados pela Filosofia Política para ilustrar como esses resultados tocam de forma central a adoção de diversas políticas públicas e a consequente atuação do Direito em torno do tema.

Em seguida, Luanna Tomaz Souza, Thula Oliveira Pires, em *É possível compatibilizar abolicionismos e feminismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres?* apresentam artigo que tem

como objetivo refletir acerca dos atravessamentos entre feminismos e abolicionismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres. Parte-se de uma metodologia feminista decolonial, utilizando-se pesquisa bibliográfica e documental.

Posteriormente, Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira, em direitos, identidade e povos ciganos: um estudo sobre as fronteiras dos processos de normatização da ciganidade no Brasil, descrevem e analisam, neste estudo, a tramitação do projeto de lei nº 248/2015, que propõe a criação do Estatuto do Cigano. A proposição deste marco legal específico perpassa pela discussão acerca da identidade cigana, ou seja, da “ciganidade”, pois esta condição, o “ser cigano”, nos últimos 15 anos, vem possibilitando acionar políticas públicas, reivindicar direitos humanos específicos, assim como ocupar espaços em conselhos, órgãos públicos, participar de reuniões etc.

Na sequência, Vivian Ribeiro e Milton Ribeiro, em Aspectos históricos e econômicos da educação juridicamente entendida como serviço público não privativo do estado, apresentam artigo que observa que as discussões a respeito do direito à educação vêm se travando ao longo dos anos. Assim, pretende-se trazer abordagem histórica a respeito da evolução do acesso à educação no Brasil, observando o tratamento político concedido e os aspectos econômicos e sociais correspondentes.

Depois, Douglas Cesar Lucas e André Leonardo Copetti Santos, em Os desafios do direito em normatizar e “normalizar” as narrativas afetivas e amorosas, fazem um breve itinerário conceitual do amor e de como ele delineou as relações familiares e suas narrativas. Percebe-se, inicialmente, que as famílias tradicionais se organizavam em torno da figura paterna e exclusivamente mediante o casamento, não importando os laços amorosos entre seus membros para a unidade familiar.

Em seguida, Emanuel José Lopes Pepino e Elda Coelho de Azevedo Bussinguer, em Pós-estruturalismo e teoria da decisão judicial: os desafios metódicos do pensamento desconstrutivista na perspectiva de

balkin, discutem a proposta de desconstrução transcendental elaborada por Jack Balkin como uma teoria da decisão judicial. Para tanto, analisa a forma de pensar desconstrutivista criada por Derrida com os aportes teóricos feitos por Balkin. Exemplifica como o desconstrutivismo pode ser usado no Direito.

Também, Gonzalo Salerno, em *Igualdad y no discriminación en el derecho constitucional argentino*, observa que desde hace muchos años en Argentina, y en general en Latinoamérica, se observa una realidade de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatórias estructurales que constituyen una permanente y cruenta vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad.

Por fim, Sidney Guerra, Cláudio Carneiro, em *Direitos sociais x orçamento público: possibilidades e limites – breve estudo comparativo de brasil e portugal*, apresentam a discussão que envolve a efetividade dos direitos sociais em consonância com orçamento público. Para tanto, são expendidos os comentários acerca da dignidade da pessoa humana, em especial no que tange ao mínimo existencial, para na sequência tratar do orçamento público, alicerçado nas estruturas que envolvem a boa governança e escolas econômicas.

Assim, nessa edição, os leitores encontrarão nos artigos da revista, temas contemporâneos, complexos e instigantes, que semearão, de imediato, o gosto pela pesquisa e pela ampliação do debate acadêmico.

Desejamos a todos e a todas, uma excelente e proveitosa leitura!

Os editores

# RESSIGNIFICAÇÃO DO CORPO: ENFRENTAMENTOS NO ÂMBITO DO DIREITO

*RESSIGNIFICATION OF THE BODY: CONFRONTATIONS IN THE FRAMEWORK OF THE LAW*

Tainah Motta Nascimento<sup>1</sup>   
Marcele Homrich Ravasio<sup>II</sup> 

<sup>1</sup>Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, RS, Brasil. E-mail: tainahmottanascimento@gmail.com

<sup>II</sup>Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Ijuí, RS, Brasil, Programa de Pós-Graduação em Educação nas Ciências da Unijuí. Doutora em Educação. E-mail: marcele.ravasio@iffarroupilha.edu.br

**Resumo:** O objetivo deste estudo é analisar a relação entre direito e sexualidade e de que forma o Estado através do direito exerce uma espécie de poder regulador do corpo e consequentemente da sexualidade. Dentro desse quadro conceitual, buscou-se diferenciar sexo, gênero e sexualidade, que assim como as demais esferas da identidade, possuem construções sociais, históricas e culturais. Posteriormente, foram estudadas as transformações sócio-históricas da sexualidade, que é um fenômeno anterior ao aparecimento do homem, estando longe de ser apenas um ato físico, de natureza imutável, que passou a ter um significado simbólico bastante complexo e que atualmente funciona como estrutura social e cultural em si mesma, situada dentro de um sistema de poder e reconhecida como uma dimensão humana, um elemento básico da individualidade que determina no indivíduo, um modo particular e individual de ser e por isso não pode ser passível de controle ou limitação.

**Palavras-chave:** Gênero. Direito. Poder. Sexo. Sexualidade.

**Abstract:** The objective of this study is to analyze the relations between law and sexuality, as well as the forms in which the State, through law, exerts a sort of regulative power over the body, and, consequently, over sexuality. Within this conceptual body, a differentiation between sex, gender and sexuality was sought. Much like other spheres of identity, these possess social, historical and cultural constructs within themselves. Subsequently, sexuality's socio-historical transformations, a phenomenon that predates the appearance of mankind, far from being a mere physical act of immutable nature, and which has now taken on a very complex and symbolic significance,



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.2616

Recebido em: 22.05.2018

Aceito em: 27.09.2020



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

currently operating as a social and cultural structure in and of itself, set within a power system and recognized as a human dimension, a basic element of individuality, which determines an individual's own particular way of being, and as such may not be subject to control or limitation, were studied.

**Keywords:** Gender. Law. Power. Sex. Sexuality.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Conceitos e preconceitos acerca da sexualidade no universo jurídico. 3 Direito e Sexualidade em uma perspectiva democrática. 4 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução

O presente estudo pretende abordar os principais elementos para o desenvolvimento de uma abordagem jurídica que considere a perspectiva dos direitos humanos na seara da sexualidade, considerando o estágio atual desse debate no cenário nacional. Trata-se de um empenho de sistematizar o que se propõe a lançar bases para um debate jurídico mais abrangente e coerente acerca da sexualidade e dos direitos sexuais, a partir da enunciação de princípios fundamentais fornecidos pelos direitos humanos aplicáveis nessa esfera, uma vez que a sexualidade é uma via de acesso tanto a aspectos privados quanto públicos e suscita instrumentos heterogêneos de controle que se complementam, instituindo o sujeito e a população como objetos de poder e saber.

Portanto, a finalidade desse estudo é corroborar para o avanço do debate jurídico acerca da sexualidade sob a perspectiva de apontar a possibilidade do livre exercício responsável e ético da sexualidade, estruturando bases para uma regulação jurídica que supere as formas tradicionais repressivas que caracterizam as intervenções nesses âmbitos. Importa-se, por assim dizer, em uma concepção positiva da sexualidade, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua efetiva aplicação possam ultrapassar as regulações restritivas, oportunizando

condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em sua essência.

Posteriormente, ter-se-á como principal alvo, a reflexão crítica sobre as questões de gênero, estigmatizada como “ideologia de gênero” pelos projetos de lei apresentados recentemente no Congresso Nacional, nos quais qualquer questionamento aos papéis convencionais atribuídos a homens e mulheres estaria obstado. A análise está centrada nos projetos, suas justificativas e os debates sobre eles, observando suas implicações para a educação e também para a democracia brasileira. A reflexão conduz para a sugestão de propostas de interação dialética com o potencial de promover cidadania aos sujeitos vistos como transgressores das regras estabelecidas no domínio da sexualidade.

## **2 Conceitos e preconceitos acerca da sexualidade no universo jurídico**

A lei elabora a concepção de um sujeito anterior a ela, que tem como perfil ser excludente, para ser interpretado no sistema político e no sistema jurídico e dar legitimidade a ela. O sujeito se constrói por meio de relações de poder e a partir de exclusões e diferenciações praticadas por um instrumento de repressão, o que não quer dizer que ele seja determinado, “uma vez que se trata de um processo contínuo e não algo que precise ser visto como dado e imutável” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 747).

Dessa forma, um sujeito político deve sempre ser passível de ser trabalhado e não ser um ponto de partida dado e nesse sentido, deve-se criticar a concepção de que a identidade desse sujeito não pode ser compreendida nunca como meramente descritiva, mas sempre normativa. Essa crítica é um instrumento útil, “não só para pensar gênero, mas também para pensar outras categorias jurídicas e ramos do direito, perceber limites e formular alternativas” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 752). Por exemplo, o próprio sujeito dos direitos humanos, significativo principalmente no que tange o direito como um

mecanismo de empoderamento e emancipação, seria também elaborado nesse processo de produção de sujeitos e identidades, que se propõem descritivos e servem, então, de “ponto de partida para a atribuição de direitos. Uma reflexão acerca do alcance e da dimensão do “humano” deve ser realizada constantemente” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 752).

A ideia de sexo natural, envolvendo anatomia, cromossomos e hormônios, foi construída por um discurso científico e beneficia interesses políticos e sociais. O binário de sexo consolida os conceitos de homem e de mulher, em um ambiente político que visa desestruturar radicalmente papéis de gênero, possibilitando uma autenticação da representação dessas mulheres pelo feminismo e conservando o sistema heterossexual da cultura, das normas e dos discursos.

O problema essencial com discursos que visam ser naturais é que distanciam a viabilidade da crítica, da verificação das condições de sua constituição e de duas consequências para a distribuição atual de inteligibilidade e poder, ou seja, a capacidade para que sua linguagem seja compreensível em sociedade. Então, se existem dois sexos, e apenas dois, naturais, óbvios, dados, incontestáveis, nem mesmo se considera se houve ou não o mesmo tipo de sistema que a teoria feminista tradicionalmente identifica como opressora em relação ao gênero. Tendo como base a teoria foucaultiana da elaboração de categorias, como louco, por exemplo, pela linguagem hegemônica e seus alicerces de poder, se analisa nos mesmos moldes, “o processo que produz e naturaliza categorias como “sexo” e “mulher”” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 755). Assim como o sujeito, sexo e gênero

não existem em um formato prévio, não são um dado, ao contrário do que se tenta estrategicamente com a criação da identidade, eles são constituídos ininterruptamente, sob a incidência dos processos regulatórios para impor a coerência estabelecida pela cultura (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 757).

Se o gênero é algo organizado de maneira permanentemente pelo poder por meio de práticas regulatórias e de reiteração que determinam uniformidade no comportamento, resta saber como “seriam as repetições subversivas que podem problematizar a identidade forjada para a regulamentação da sexualidade” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 758).

A organização e a ordem formuladas a partir do gênero, que adquirem uma aparência inerente ao ser humano, são simples ilusões que exercem função controladora e reguladora da sexualidade, “em um esforço de se deslocar uma criação política para a noção de essência, de inexorabilidade do sexo” (OLIVEIRA; NORONHA, 2016, p. 761). Não existe uma verdade acerca do gênero e simultaneamente, ele também não pode ser considerado falso. Então, por que razão, o Estado, através do direito, apropria da posição de determinar quem é ou pode ser mulher, e apenas uma das duas opções? Sob que requisitos e em quais circunstâncias?

Desse modo, é preciso analisar como o conceito de cis-heteronormatividade se fez presente e determinou os direitos de pessoas transexuais e suas interpretações. O uso do prefixo cis, refere-se a cispênero, termo utilizado para definir as pessoas que se identificam com o gênero que lhes foi determinado quando nasceram e é cunhado como contraposição a transgênero, um conceito amplo, que engloba o grupo diverso de pessoas que não se identificam, em diferentes graus, com papéis ou comportamentos esperados do gênero que lhes foi determinado no nascimento.

Já a noção de cis-heteronormatividade caracteriza a crença socialmente construída de que existem somente dois gêneros, dos quais resultam características de feminilidade e masculinidade, que “desempenham papéis específicos, distintos e complementares, em que cada qual deve corresponder a certas características, aparência e comportamento para ser considerado ‘normal’” (CAMPOS, 2016, p. 479), como por exemplo, a orientação sexual para o dito sexo oposto e

expectativa de que deve existir correspondência entre o gênero psíquico com o físico. Homossexuais, intersexuais (pessoas que nascem com características físicas tanto do sexo feminino quanto do masculino, com uma genitália ambígua ou sem correspondências cromossômica) e transexuais, por exemplo, desafiam a ordem compulsória sexo/gênero/desejo.

Acerca da regulação dos direitos das pessoas transexuais no Brasil, até 1997, não havia qualquer reconhecimento jurídico específico para este grupo. A realização da cirurgia de transgenitalização era considerada não só ilícita civilmente, mas também na esfera penal. Na época, apregoava-se que amputar parte saudável do corpo era uma prática ilegal, e o consentimento do paciente não tinha qualquer valor jurídico. Atualmente, apesar de não ter havido nenhuma modificação na legislação penal, a cirurgia é permitida e realizada gratuitamente em hospitais públicos.

Em 1997, O Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução de número 1.482, que autorizava de forma experimental, a cirurgia de transgenitalização e também, afirmava que o procedimento não configurava crime de lesão corporal gravíssima do Código Penal. O fundamento se baseava no caráter terapêutico da operação, que “adequa o sexo físico ao sexo psíquico pela medicina dos denominados “portadores de desvio psicológico permanente de identidade sexual” (CAMPOS, 2016, p. 481-482). Após essa resolução outras duas foram editadas, em 2002 e 2010, que confirmaram e especificaram este tipo de operação.

Embora seja juridicamente possível a realização da cirurgia de transgenitalização, a legislação brasileira permanece a mesma, apenas tem sido reinterpretada no sentido do que antes era visto como um dano se tornou, graças a Resolução do Conselho Federal de Medicina, um benefício terapêutico.

A heteronormatividade, no entanto, permanece intacta: entende-se que pessoas nascem com um sexo e o total de sexo existentes é dois: Quem ‘desvia’ dessa norma é excluído e sofre efeitos disciplinadores: (1) quem quiser mudar o ‘sexo biológico’ é caracterizado como portador de um distúrbio psiquiátrico, e (2) o tratamento é uma cirurgia que se realiza a amputação, a esterilização e inúmeras reconstruções plásticas. E isso não é tudo: essa lógica foi reforçada no Código Civil, de 2002 (CAMPOS, 2016, p. 482).

O Código Civil brasileiro, válido desde 2002, juntamente com o Conselho Federal de Medicina, abriu um caminho jurídico para a cirurgia de transgenitalização. No artigo 13 do respectivo Código, está estabelecido que salvo por exigência médica, é proibido o ato de disposição do próprio corpo quando comprometer a integridade física ou contrariar os bons costumes. Como a transexualidade é considerada pelo Conselho Federal de Medicina uma doença, estabeleceu-se a possibilidade da realização da cirurgia, uma vez que está é o tratamento médico prescrito. Ao passo que isso representou um avanço, na medida em que possibilitou juridicamente a realização da cirurgia, espelha também um grande retrocesso, porque a operação é considerada um tratamento para uma doença. “Isso configura estigma ao invés de reconhecimento e direito ao livre desenvolvimento da personalidade” (CAMPOS, 2016, p. 483). A possibilidade médica consolida a identidade de transexuais como um transtorno psiquiátrico e assim,

Para manter a ordem bipolar heteronormativa, a legislação brasileira atribui a essa identidade uma conotação negativa e depreciativa (um desvio, uma chaga), e expõe as pessoas trans a mais discriminação. ‘Tal alternativa’ está, portanto, muito longe de ser satisfatória (CAMPOS, 2016, p. 483).

Há pouco tempo atrás, em 2009, 2012 e em 2014, foram propostas três ações judiciais no Supremo Tribunal Federal que versam sobre direitos de pessoas trans, especificamente. A primeira é a Ação Direita de Inconstitucionalidade de número 4.275/DF, de iniciativa da Procuradoria Geral da República, visa a declaração de inconstitucionalidade do artigo 58 da Lei 6.015/73, a Lei de Registro

Públicos, que determina a inalterabilidade do pronome. Com isso, objetiva-se viabilizar a modificação do prenome e do sexo registrado de pessoas trans, sem a obrigatoriedade de cirurgia. A argumentação se sustenta no direito à autodeterminação das pessoas e em fundamentos médicos-patológicos do manual de doenças psiquiátricas dos Estados Unidos.

Nela se pleiteia ainda a existência de um direito fundamental à identidade de gênero, da igualdade, da liberdade, da vedação de discriminações odiosas e da privacidade, todos da Constituição Federal de 1988. “A petição inicial sustenta que não é a cirurgia que atribui à pessoa a condição de transexual” (CAMPOS, 2016, p. 484). Outrossim, a lei, ao estabelecer a proteção da pessoa contra nomes que a expõem ao ridículo, devem garantir às pessoas trans a alteração do nome conforme sua identidade de gênero, para que dessa forma seja possível prevenir que a pessoa esteja exposta a situações vexatórias. Por fim, a petição inicial concluir que deve-se “permitir a alteração do sexo registrado, para que a finalidade da lei de proteger o indivíduo de situações humilhantes seja plenamente cumprida” (CAMPOS, 2016, p. 484).

O recurso Extraordinário 670.422/RS, de relatoria do Ministro Dia Toffoli, é a segunda e tem por objeto a viabilidade de modificação de gênero no registro civil de transexual, mesmo sem a realização da cirurgia de transgenitalização, embasando-se nos artigos 1º, III; 3º; 5º X, e 6º da Constituição Federal. Reconheceu-se por maioria, em setembro de 2014, o instituto da Repercussão geral, nesse processo que corre em segredo de justiça. Ou seja, a decisão neste caso “deverá ser aplicada a processos idênticos existentes nas instâncias inferiores” (CAMPOS, 2016, p. 485). Não se sabe ainda quando irá a julgamento.

Por fim, o Recurso Extraordinário 845.779/SC parte de um pleito indenizatório no qual se requer a garantia do uso de banheiros públicos e privados em espaços públicos, conforme a identidade de gênero, sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização. Logo, o caso trata do reconhecimento social da identidade de gênero “derivado do direito à

não discriminação com base nos artigos 1º, inciso III, art. 5º, incisos V, X, XXXII, LIV e LV, e art. 93 da Constituição Federal” (CAMPOS, 2016, p. 485).

O relator do processo, Ministro Barroso, pronunciou seu voto no sentido de recepcionar o pedido, da mesma forma que o ministro Fachin. É importante destacar que durante o debate, Barroso introduziu perspectivas de estudos de gênero em sua fundamentação, e referiu a necessidade de se reconhecer que

o padrão cultural heterossexual e cisgênero impõem às orientações sexuais e identidades de gênero desviantes o rótulo de aberrações naturais ou perversões sociais, a serem curados ou combatidas. As pessoas transexuais convivem, portanto, com o preconceito e a estigmatização. São, rotineiramente, encaradas como inferiores e têm seu valor intrínseco desrespeitado [...] Portanto, deve-se interpretar a Constituição e as leis em geral de modo a neutralizar, na maior medida possível, essa situação. Isso significa assegurar ao transexual o tratamento social adequado (CAMPOS, 2016, p. 486).

A justificativa do ministro relator foi sem sentido similar ao da declaração anterior do Procurador Geral da República, em parecer. O procurador manifestou o entendimento de que se deve reconhecer o direito à autodeterminação de gênero, defendendo que obstar a utilização do banheiro feminino é o mesmo que “negar, individual e socialmente, a identidade feminina da recorrente, violando-se, assim, o seu direito de uma vida digna” (CAMPOS, 2016, p. 486). No decorrer do julgamento, entretanto, o Ministro Fux pediu vista, argumentando que não sentia-se seguro para explanar seu voto. Com isso, um debate social se iniciou, acerca do questionamento da aparência da autora do Recurso Extraordinário, uma vez que foi impedida de fazer uso do banheiro feminino em um *shopping center*.

Com isso, instaurou-se um debate com outros ministros,

em que se passou a indagar se a vítima “parecia ser mulher”, se teria cabelos longos, e sugeriu que se procurasse por uma foto dela nos autos. Os estereótipos de gênero tradicionalmente atrelados à feminilidade são invocados para questionar se aquela

pessoa poder estar naquele espaço ou não. Falou-se, ainda, na proteção das “nossas esposas e filhas”. (CAMPOS, 2016, p. 487).

A heteronormatividade foi incitada como referência de “deliberação para o reconhecimento ou não do direito à identidade de gênero” (CAMPOS, 2016, p. 487). O julgamento foi interrompido com o pedido de vista e ainda não se sabe quando o processo retornará à pauta.

Em 2011, no dia 5 de maio, o Supremo Tribunal Federal julgou favoravelmente Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que igualam as uniões de pessoas do mesmo sexo às uniões entre pessoas de sexo opostos. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a resolução que obriga os cartórios de todo país a celebrar o casamento civil e converter a união estável em casamento. É inquestionável que foi um progresso para a garantia dos direitos das populações LGBT brasileiras. Entretanto, em nosso país, ocorre um fenômeno peculiar, os argumentos para concretização desse direito, utilizados tanto pelos juristas, inclusive ministros do STF, quanto por uma parcela dos movimentos organizados da sociedade, estão embasados em afeto e amor.

O movimento de historiadores e pesquisadores de outras áreas fez emergir a necessidade e o interesse em singularizar o sexo biológico, qual seja, masculino ou feminino, do sexo dito social, que seria então, o gênero, que se constrói com base na diferença biológica entre os sujeitos. Em relação ao tema, Margareth Rago, em *As mulheres na historiografia brasileira*, de 1995, propõe que:

A despeito das discussões entre as teóricas do feminismo em torno de uma definição precisa do gênero, é evidente a preocupação em evitar as oposições binárias fixas e naturalizadas, para trabalhar com relações e perceber por meio de que procedimentos simbólicos, jogos de significação, cruzamentos de conceitos e relações de poder nossas referências culturais são sexualmente produzidas. É nesse sentido que os

novos estudos feministas se aproximam da história cultural. Com esta nova proposta metodológica, insiste-se em que consideremos as diferenças sexuais enquanto construções culturais, desmontando e sexualizando conceitualizações que fixam e enquadram os indivíduos, seus gestos, suas ações, suas condutas e representações. Nega-se, portanto, que se parta de uma ‘realidade objetiva’, em que os sujeitos localizados em classes sociais entrariam em cena segundo um procedimento metodológico homogeneizador e generalizante, que visa a estabelecer continuidade no emaranhar dos fatos, e que entende que interpretar significa recolher (e não atribuir) o sentido essencial ‘oculto’ na coisa. Além disso, propõe-se pensar as *relações de gênero* enquanto relações de poder, e nesse sentido a dominação não se localiza num ponto fixo, num ‘outro’ masculino, mas se constitui nos jogos relacionais e de linguagem (RAGO, 1995, p. 88).

No Brasil e, ao que tudo indica, em nenhum outro lugar do mundo, utiliza-se, inclusive em documentos oficiais, o termo homoafetividade, para denominar as relações entre pessoas do mesmo sexo, com o intuito de legitimar direitos por meio da afirmação jurídica de um sentimento positivado. Somado a isso, o movimento LGBT, em sua maioria, luta pelo “direito de amar”, limitando dilemas políticos ao problema de “afetos específicos, idealizados, com os quais nem todos os indivíduos se identificam e que não são passíveis de validade em uma esfera propriamente pública” (COSTA; NARDI, 2015, p. 138).

O termo homoafetividade foi utilizado pela jurista Maria Berenice Dias, em torno de premissas como: “não é possível falar em homossexualidade sem falar em afeto” (DIAS, 2010, p. 1) e “as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos de afetividade” (DIAS, 2010, p. 26). O conceito de homoafetividade é bastante aceito e pouco questionado.

Tudo se passa como se houvesse consenso sobre o que são afetos e sobre o que caracteriza uma relação conjugal. Ela é aplicada como modelo universal, sugerindo um ideal normativo que pode não contemplar todas as possibilidades da experiência conjugal, podendo inclusive servir de matriz para algumas formas de sofrimento (COSTA; NARDI, 2015, p. 138).

Nesse sentido, é pertinente a esse estudo, questionar a escolha do afeto e não outro argumento para o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo, sem determinar a definição de afeto ou discutir a natureza dos relacionamentos homossexuais, se eles se embasam em afetos ou não. As consequências políticas e subjetivas da utilização do argumento afetivo para a regulamentação das uniões de pessoas do mesmo sexo no Brasil. A definição de homoafetividade surgiu no caminho da evolução da família no direito brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 e o novo Código Civil relativizaram as justificativas clássicas para a autenticação de instituições familiares: a consanguinidade e os contratos. Ao mesmo tempo que o casamento civil é fundamentalmente um contrato, o qual é a evidência de sua existência, o mesmo parecia se consagrar à união estável entre pessoas de sexo diferentes. A união de pessoas do mesmo sexo demandou, uma justificativa complementar, já que sua legitimidade social não era perceptível. Assim, o afeto é positivado como justificativa implícita, estendida retroativamente a todos os modelos familiares ao dizer que a família da contemporaneidade caracteriza-se pela afetividade. Emerge nesse contexto, a família homoafetiva, coroando esse novo direito.

O direito homoafetivo procura identificar a sua justificativa, o afeto, “no texto jurídico e na própria definição do que é uma família” (COSTA; NARDI, 2015, p. 140). Isso fica evidente, por exemplo, no que tem sido intitulado de princípio da afetividade, do Código Civil Brasileiro e da Constituição, também endossado por Maria Berenice Dias. No artigo 1.723 do Código, está reconhecida como instituição familiar a união estável entre homem e mulher, “configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002).

Entretanto, esse artigo é interpretado como se confirmasse que se a instituição familiar se configura “no amor romântico que vise a uma comunhão de plena vida e interesses de forma pública, contínua e duradoura” (VECCHIATTI, 2013, p. 273). Outros exemplos são

afirmativas como: “deve se ter em mente que o amor familiar entre os envolvidos é o principal elemento a ser considerado quando se visa ao reconhecimento de uma relação” (VECCHIATTI, 2013, p. 169). Esse posicionamento foi consolidado no julgamento favorável pelo STF da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277.

Os votos dos ministros embasaram-se especialmente em argumentos afetivos, como o do ministro Luiz Fux, “o que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a merda afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, p. 671) e também, o do ministro relator Ayres Britto, que designa o termo homoafetividade para determinar o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo. O movimento LGBT majoritário adotou a perspectiva afetiva, por exemplo, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) que inclui a concepção homoafetiva em sua pauta e o movimento Juntos pelo direito de amar, que confunde amor e casamento, assemelhando o direito de se casar ao direito de amar.

Desde a década de 1960 e 1970, com a revolução sexual “a vida de heterossexuais tornou-se mais próxima aos modos de vida usualmente atribuídos a homossexuais” (COSTA; NARDI, 2015, p. 141). Ser heterossexual já não quer dizer aderir ainda jovem a um

relacionamento monogâmico sancionado pelo Estado, caracterizado pela presença de filhos, nitidamente delimitado pelo amor romântico e com duração para toda vida. Em vez disso, há uma série de relações íntimas que podem ou não acompanhar a retórica do amor: do sexo casual anônimo, passando pelo poliamor. O próprio conceito de família utilizado pela psicologia contemporânea é mais abrangente, afastando-se do modelo baseado apenas em parentesco, coabitação ou afetividade (COSTA; NARDI, 2015, p. 141).

Caracterizando dessa forma, a família como um “sistema que opera através de padrões transicionais, isto é, de regras oriundas das interações repetidas entre os indivíduos” (MINUCHIN, 1982, p. 57).

Logo, como é que o amor romântico, uma concepção que o movimento LGBT, no passado contribuiu para a desmistificação, tornou-se apelo desse grupo ao Estado?

Ironicamente, se observarmos a retórica de partidários da homoafetividade e para a de esferas mais conservadoras da sociedade brasileira, “como neopentecostais (contrários aos direitos de homossexuais), as semelhanças são óbvias” (COSTA; NARDI, 2015, p. 141). Cabe lembrar que a luta pela formalização das uniões entre pessoas do mesmo sexo não é um tópico pacífico no movimento LGBT. Ela defronta um movimento que tem por objetivo transformar a estrutura da sociedade “a partir de suas experiências e outro que luta para aceitação (geralmente a qualquer custo)”. (COSTA; NARDI, 2015, p. 141).

O primeiro segmento rejeita a ideia do casamento em modelos heterossexuais como um recurso, batalhando pela institucionalização de outras formas de relação. No entanto, o segundo anseia o reconhecimento dos direitos já assegurados a heterossexuais, como o do casamento. Essa garantia de direitos tem legitimidade, porém seu embasamento não. A primeira alegação favorável ao emprego do termo homoafetividade parece ser o da incomplexidade de sua aceitação “com a redução do preconceito, uma vez que tal construção excluiria o desejo erótico exacerbado ou perverso, colado ao estereótipo da homossexualidade” (COSTA; NARDI, 2015, p. 142).

Rios (2013) denomina esse fenômeno de assimilacionismo familista; estabelecer o afeto como identificador dos laços familiares, servindo como um instrumento de “anulação de práticas sexuais heterodoxas, sob a cláusula da pureza dos sentimentos” (COSTA; NARDI, 2015, p. 142). Em proporção global, esse fenômeno tem sido denominado de razão humanitária.

Trata-se de uma estratégia que mobiliza um repertório discursivo moral de forma a justificar intervenções em torno de grandes questões sociais. A retórica das desigualdades de direitos apresenta os afetos como motor da ação social; problemas

sociais são reinterpretados a partir da psicologia individual, a violência política é requalificada como trauma psicológico; o entendimento político da situação social é trocado por uma resposta emocional dirigida a vítimas não politizadas. Na confluência desse mecanismo, o argumento do afeto remete a uma forma de governo pela psicologia, como alerta Robert Castel, ao se referir à maneira como questões políticas são individualizadas na dinâmica da governamentalidade contemporânea (COSTA; NARDI, 2015, p. 142).

Pinker (1994) caracteriza o uso que fazemos de formas eufemísticas, envolvidas de um entendimento politicamente correto, para declaramos fenômenos que disparam preconceitos. Não são as palavras e sim os conceitos, discursos, que produzem a essência do preconceito. O preconceito resiste a figuras retóricas frágeis, por ser arraigado em processos sociais complexos. No contexto brasileiro, apesar da mudança de sentido que a palavra homoafetividade sugere, se retornarmos a análise discursiva, “a sociedade brasileira ainda é refém do preconceito” (COSTA; NARDI, 2015, p. 143).

A utilização da homoafetividade insinua que esse tipo de relação ainda não obteve plena cidadania, apesar do ordenamento jurídico, necessitando ainda de “formas eufemísticas, endereçando o preconceito e a discriminação somente no nível do sintoma, usando-se do jargão psicanalítico” (COSTA; NARDI, 2015, p. 143). A diminuição do preconceito que a homoafetividade aparentemente promoveria não ocorre. De nada adianta a alteração terminológica se não é seguida de transformação na estrutura que não autoriza que certas coisas sejam ditas. Supor que “a ação política (a ação que rearranja as estruturas sociais) é um mero manejo de palavras, é, no mínimo, ingênuo” (COSTA; NARDI, 2015, p. 143).

Tomamos como exemplo a inóipia de referências a noção de heteroafetividade. A antítese de homoafetividade, na opinião pública, não é a heteroafetividade e sim, a heterossexualidade.

A reforma da Constituição e posteriormente a do Código Civil, com o surgimento da figura da união estável, não exigiu o surgimento da heteroafetividade para qualificar esse tipo de

relação. Para uniões entre pessoas de sexos diferentes, a ideia da “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” foi suficiente. Foram as pessoas do mesmo sexo que exigiram que o amor romântico fosse acrescentado a essa lista, através do esforço hermenêutico do princípio da afetividade. Portanto, foi a forma encontrada para justificar o reconhecimento legal das uniões de pessoas do mesmo sexo que fez com que o nexos homoafetividade tivesse de ser criado. Algo similar ocorreu com a noção de homossexualidade, que surgiu no século XIX antes do construto heterossexualidade, para qualificar o desvio de uma norma implícita e socialmente aceitável (COSTA; NARDI, 2015, p. 143).

Ao que tudo indica, homossexuais só podem ingressar na sociedade contemporânea quando atestado que também estão aptos a construir uma família, com base no afeto. “Portanto a entrada da homossexualidade no ordenamento jurídico está se dando por um processo de polimento moral” (COSTA; NARDI, 2015, p. 143). É oportuno lembrar que as lutas contra formar de submissão podem gerar outros assujeitamentos. A natureza performativa do enunciado da homoafetividade produz seu oposto, ou seja, o não-homoafetivo, produzindo novamente as hierarquias do sexo. A heteronormatividade preserva-se operante a partir da formação de uma norma irmã, a homoafetividade, “designada as socialmente mais legítimas de exercício da sexualidade não-heterossexual” (COSTA; NARDI, 2015, p. 143).

A sexualidade como instrumento político parece ceder lugar ao que podemos chamar de “dispositivo da afetividade, regulador de formas de sexualidade não-heterossexuais” (COSTA; NARDI, 2015, p. 144). Esse instrumento se sustentaria em alicerces discursivos, especialmente legais e psicológicos, elaborados para consolidar determinada hierarquia sexual. Nesse sentido, a ponderação não recar na legitimidade das uniões embasadas no amor romântico, “mas no fato de que a noção de homoafetividade pode perpetuar as desigualdades que pretende resolver” (COSTA; NARDI, 2015, p. 144). Dentro desse contexto, Hannah Arendt (2004) aduz que sob o argumento do amor

corremos o risco de despolitizar o debate, limitando-o a condutas que estão longe de serem universais.

A segregação é a discriminação imposta pela lei, e a dessegregação não pode fazer mais do que abolir as leis que impõem a discriminação; não pode abolir a discriminação e forçar a igualdade sobre a sociedade, mas pode e na verdade deve impor a igualdade dentro do corpo político. Pois a igualdade não só tem a sua origem no corpo político; a sua validade é claramente restrita à esfera política. Apenas nesse âmbito somos todos iguais (ARENDETT, 2004, p. 272).

De acordo com Arendt (2004), o princípio da igualdade não objetivar ser onipotente, não pode equiparar, por exemplo, estados psicológicos, ou o modo como cada um concebe o amor em uma relação conjugal. O princípio da igualdade é capaz e, de fato, deve favorecer a igualdade na esfera do corpo político. Se há preconceito relacionado às formas sexuais concernentes à união do mesmo sexo, o âmbito político corre o risco, ao adotar uma apresentação condicional afetiva de reconhecimento das relações, de impulsionar novas formas de discriminações.

O advento da homoafetividade aponta para o obstáculo na efetivação da sexualidade como um direito democrático, posto que “as sexualidades não pautadas pelo amor romântico seguem política e moralmente deslegitimadas” (COSTA; NARDI, 2015, p. 147). A demanda por igualdade de direitos não deve estabelecer subjetividades, “sob o risco de cair em um conservadorismo que reforça hierarquias sexuais” (COSTA; NARDI, 2015, p. 147).

### **3 Direito e sexualidade em uma perspectiva democrática**

O ordenamento jurídico, compreendido como complexo de normas, princípios e regras jurídicas, é um método de regulação social. Sua matéria-prima são os vínculos sociais, cujos vários conteúdos, como social, religioso, econômico, moral, sexual e assim por diante, são tidos ou não, na construção da norma, objetivando a obtenção de um certo resultado, conduzido por certos valores, que “pode ser uma

ação, uma omissão, a imposição de uma penalidade, a premiação de determinadas condutas” (RIOS, 2006, p. 80).

Os conteúdos referidos podem ser os mais variados em cada relação social juridicizada: às vezes, a norma leva em conta certa condição pessoal como requisito para o reconhecimento de um benefício, por exemplo, ser um cidadão e certo país para poder acessar certo benefício público; ou prejuízo, como ter certo direito privado por conta de uma condenação por crime, exemplificando, outras vezes, vislumbra apenas certas condutas, tentando abstrais a situação pessoal do agente.

Estruturado dessa forma, o ordenamento jurídico contempla determinadas esferas da vida, gerando diversos ramos, cuja organização, declaração e consagração acadêmica “dependem de inúmeros fatores relacionados com os momentos históricos em que cada um desses ramos se desenvolve” (RIOS, 2006, p. 81). Em vista disso, as revoluções burguesas construíram na Europa continental um sistema jurídico centralizado no Código Civil, compreendido como fidedigna constituição da vida privada, enfatizando a regulação do comércio, dos negócios, da propriedade, da herança e da família. Então, “o paradigma de sujeito de direito era claro: masculino, branco, europeu, cristão, heterossexual” (RIOS, 2006, p. 81). A propagação desse paradigma também atinge o direito público, sendo simples compreender porque as “proclamações constitucionais de um sujeito de direito universal e abstrato operavam de modo tão excludente diante de mulheres e outros grupos sociais” (RIOS, 2006, p. 81).

Todos esses elementos foram citados para pensar um direito da sexualidade a partir do desenvolvimento histórico dos direitos sexuais e reprodutivos. A construção destes direitos nos diversos documentos internacionais é resultado da evolução do direito internacional público gestado depois da II Guerra Mundial.

As referências dessa construção histórica das noções de direitos reprodutivos e sexuais, desse modo, tornam necessária a expansão

desses conceitos, oportunizando postular um direito da sexualidade cuja esfera de proteção “reflita a amplitude da compreensão contemporânea dos direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais” (RIOS, 2006, p. 81).

As concepções de direitos sexuais-direitos reprodutivos assim desenvolvidas acabam por concentrar o tratamento jurídico da sexualidade sob a condição pessoal de um determinado grupo de seres humanos (as mulheres), agrupando normas de distintos ramos do ordenamento jurídico a fim de proteger esse grupo da discriminação, promover sua condição, possibilitar o mais amplo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais. Nessa dinâmica, ficam sem a devida atenção – quando não em situação de confronto – outros dados fundamentais para o desenvolvimento de um direito da sexualidade (RIOS, 2006, p. 81-82).

De fato, um direito da sexualidade deve velar não apenas da proteção de um grupo sexualmente inferior em função do sexo e do gênero. Outras identidades requerem essa proteção, como ocorre com gays, lésbicas, transexuais, travestis e intersexos, “Mais além: o direito da sexualidade não pode se esgotar na proteção identitária, seja que grupo for” (RIOS, 2006, p. 82). Assim, a proposição segundo a qual o direito da sexualidade não deve ater-se apenas em identidades e práticas sexuais predefinidas, esquivando-se de rótulos e imposições heterônomas, atenta para o risco de que “classificações rígidas, fundadas em distinções sexuais monolíticas, acabem reforçando a lógica que engendra machismo ou heterossexismo no direito vigente” (RIOS, 2006, p. 82). Isso sem mencionar o papel do sistema jurídico na elaboração dessas identidades, “via de regra no sentido da marginalização, decorrente da imposição de uma determinada visão sobre tal ou qual grupo” (RIOS, 2006, p. 82). Logo, trata-se de compor um direito da sexualidade que tente evitar esses perigos e seu emprego, diante de cada caso concreto, deve favorecer um acerto de contas entre as práticas e identidades em questão e os princípios da liberdade e igualdade.

Assim compreendido, o direito da sexualidade deve proporcionar respaldo jurídico e promover a liberdade e a diversidade sem “fixar-

se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais” (RIOS, 2006, p. 82). É preciso evocar princípios que, velando pelo maior campo de liberdade possível e similar dignidade, “criem um espaço livre de rótulos ou menosprezos a questões relacionadas à homossexualidade, bissexualidade, transgêneros, profissionais do sexo” (RIOS, 2006, p. 83).

Quando se fala na regulação jurídica de certo setor da vida, como no caso, a sexualidade, é necessário verificar a dimensão que se pretende atingir ou, o objeto de regulação. O direito da sexualidade, em síntese, atingiria identidades, condutas, “preferências e orientações as mais diversas, relacionadas com aquilo que socialmente se estabelece, em cada momento histórico, como sexual” (RIOS, 2006, p. 83). Em um aspecto alinhado ao construtivismo social, “cuida-se de nunca esquecer que a sexualidade está impregnada de convenções culturais que modelam as próprias sensações físicas” (PARKER, 2000). Um direito da sexualidade, deve superar o catálogo das práticas sexuais e identidades. “De fato, estas não existem coo entidades abstratas, sem raça, classe, cor, etnia e assim por diante” (RIOS, 2006, p. 83). Como construir um direito da sexualidade nesses termos?

Assentado o âmbito de proteção do direito da sexualidade, necessita-se explicar seus princípios fundamentais. Liberdade e igualdade, princípios básicos das declarações de direitos humanos e do constitucionalismo clássico seriam esses princípios, cuja afirmação implicar o reconhecimento da dignidade de cada ser humanos de orientar-se, de modo livre e merecedor de igual respeito, na esfera de sua sexualidade. Como consequência, o direito da sexualidade democrático rompe por princípio com o tratamento subalterno reservado a mulheres, homossexuais, soropositivos, crianças ou adolescentes, percebidos numa visão tradicional mais como objetos do que sujeitos de direitos (RIOS, 2006, p. 83).

Igualdade e liberdade, nesse contexto, são garantias e proteções da dignidade que se aplicam, como argumentos de liberdade pura, interferência discriminatória na liberdade e igualdade pura. Exemplifica-

se com a homossexualidade: desenvolvimento livre da personalidade e privacidade sexual como liberdade pura, vedação de manifestação pública de afeto restrita apenas a certos grupos como interferência discriminatória na liberdade e limitação a certos empregos privados ou públicos como igualdade pura. Nesse sentido, igualdade e liberdade, “desdobram-se em inúmeros direitos, manifestações mais concretas de seus conteúdos na esfera da sexualidade” (RIOS, 2006, p. 84).

Essa perspectiva, com efeito, acrescenta a esses direitos matéria jurídica suficiente a “enfrentar uma série de situações envolvendo relações individuais e sociais onde a sexualidade e a reprodução humanas estão envolvidas de modo significativo” (RIOS, 2006, p. 84). Essa capacidade depende do entendimento jurídico, especialmente daquele disseminado entre os operadores do direito, concernentes às consequências jurídicas de vários direitos humanos clássicos, “bem como do nível de informação acerca da vigência e da eficácia jurídicas dos instrumentos internacionais de direitos humanos incorporados aos direitos nacionais” (RIOS, 2006, p. 84). Um ótimo exemplo da necessidade dessa percepção poder ser concedido pelos princípios em vigor no direito internacional dos direitos humanos, que se aplicam também diante das realidades da sexualidade e da reprodução:

o direito à igualdade se desdobrou na proteção das diferenças dos diversos sujeitos de direito, vistos em suas peculiares circunstâncias e particularidades que demandam respostas e proteções específicas e diferenciadas, consagrando o princípio da diversidade (RIOS, 2006, p. 84).

Com relação a liberdade e igualdade como defesas no direito da sexualidade, os direitos humanos de primeira geração, reconhecidos desde a origem do constitucionalismo liberal, apontados como direitos negativos de defesa contra interferências abusivas, “registram liberdades individuais cuja dimensão contemporânea alcança diversas esferas constitutivas da sexualidade” (RIOS, 2016, p. 85). Conteúdos jurídicos relacionados a liberdades clássicas, como o direito à liberdade

de ir e vir ou à privacidade, podem se concretizar com eficácia diante de fenômenos como o exercício da autonomia reprodutiva ou a prostituição.

Todo o entendimento jurídico consolidado na jurisprudência constitucional e na doutrina concernentes aos aspectos material e formal do princípio da igualdade, “por sua vez, fornece diretrizes jurídicas sólidas em face da discriminação fundada no sexo ou na orientação sexual” (RIOS, 2006, p. 85). Várias questões com relação à regulação da transexualidade podem obter suas orientações essenciais na “conjugação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e do direito à igualdade, este concebido inclusive como direito à diferença” (RIOS, 2006, p. 85). Pode-se falar também, em uma interpretação atualizada da teoria geral dos direitos da personalidade, desenvolvida inicialmente na esfera civilista da nossa tradição jurídica.

Trata-se, então, do desenvolvimento e do reconhecimento do conteúdo jurídico dos preceitos basilares de direitos humanos e dos múltiplos direitos constitucionais clássicos, função capaz de elaborar formas de convívio diversificadas e renovadas; nelas, a alegação da autonomia e da liberdade no campo da sexualidade pode se efetivar, como demonstram decisões judiciais que tratam da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual.

Alguns dos mais importantes desdobramentos dos preceitos fundamentais da liberdade e da igualdade que orientam o direito da sexualidade são o direito à liberdade sexual; direito à autonomia sexual, integridade sexual e à segurança do corpo sexual; direito ao prazer sexual, direito à privacidade sexual, à expressão e associação sexual; às escolhas reprodutivas livres e responsáveis e direito à informação sexual livre de discriminações.

Ao considerar a liberdade e igualdade como meios positivos de promoção da sexualidade, conceitua-se um direito da sexualidade na esteira do debate contemporâneo sobre as perspectivas dos direitos humanos, avançando para a “consideração dos direitos sociais e econômicos, tidos como segunda geração de direitos humanos e

qualificados na doutrina constitucional como direitos positivos” (RIOS, 2006, p. 86), direcionados para a promoção da igualdade de liberdade fáticas.

Os direitos sociais de cunho prestacional, como os direitos à assistência e previdência social, à saúde, de fato, demonstram capacidade de abarcar uma série de situações concernentes ao exercício da sexualidade. Implementados por meio de políticas públicas, sua qualificação “pela perspectiva de direitos humanos fornece bases para evitar-se o predomínio da medicalização ou o influxo do discurso religioso” (RIOS, 2006, p. 86). Nesse sentido, é oportuno mencionar como o direito brasileiro tem “desenvolvido a proteção jurídica contra discriminação por orientação sexual a partir, precisamente, dos direitos econômicos e sociais” (RIOS, 2006, p. 86). Ao contrário do que costumeiramente se espera,

onde liberdades negativas são mais facilmente (ou menos dificilmente) reconhecidas a “sexualidades desviantes” [...], o direito brasileiro tem evoluído a partir de casos onde a discriminação por orientação sexual implicou a negativa de direito ao tratamento de saúde e a benefícios e seguridade social. A partir da jurisprudência firmada em 1996, relativa à inclusão de companheiro do mesmo sexo em plano de saúde federal, os tribunais federais e estaduais têm mais e mais acolhido demandas sancionando discriminação por orientação sexual (inclusive, há poucos meses, o próprio presidente do Supremo Tribunal Federal, em decisão inicial, confirmou liminar obrigando a seguridade social a não discriminar homossexuais em seu regime de benefícios (RIOS, 006, p. 87).

A responsabilidade no livre exercício da sexualidade, não se trata, nesse sentido, de apenas impor o dever de reparar danos ou preveni-los perante bens jurídicos coletivos e individuais, mas sim, de tentar “conformar as relações sociais vivenciadas na esfera da sexualidade de modo mais livre, igualitário e respeitoso possível” (RIOS, 2006, p. 87). Interessa-se, aqui, de avaliar os deveres resultantes do exercício responsável da sexualidade diante da comunidade, titular de direitos coletivos e difusos. Desde a “tradicional repressão penal das condutas

objetivando a disseminação de doenças venéreas até a promoção de campanhas midiáticas de prevenção de doenças sexualmente transmissíveis” (RIOS, 2006, p. 87-88), não há dúvidas a respeito do posicionamento responsável que se exige dos indivíduos perante a comunidade.

Reconhecer o lugar da responsabilidade no cerne de um direito democrático da sexualidade, “não significa adotar uma perspectiva repressiva, calcada no moralismo ou na exclusão das sexualidades estigmatizadas pelos grupos majoritários” (RIOS, 2006, p. 88). Um direito democrático da sexualidade, fundado nos princípios dos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais, deve operar ao mesmo tempo no sentido da autenticação do igual respeito “às diversas manifestações da sexualidade e do acesso igual de todos, sem distinções, aos bens necessários para a vida em sociedade” (RIOS, 2006, p. 88). Reconhecimento e distribuição, são esferas essenciais para a percepção dos paradigmas da justiça simbólica ou cultural e socioeconômica, espaços habitados por inúmeros direitos sexuais.

Primeiramente, a injustiça está relacionada com a estrutura econômica da sociedade, importando-se com cenários de exploração, marginalização e provação de condições materialmente adequadas de vida, que estão associadas com sexualidade de várias maneiras, como o sexismo no mercado de trabalho e negativa de direitos previdenciários a homossexuais. Em seguida, a injustiça refere-se a “padrões sociais de representação, interpretação e comunicação” (RIOS, 2006, p. 88), demonstrados por circunstâncias de dominação cultural, não reconhecimento e desrespeito. Dessa descrição, originam as soluções adequadas a esses tipos de injustiça, a qual possui relações diretas com o direito da sexualidade, enquanto a injustiça econômica, ao reivindicar redistribuição dos bens materiais, sugere esquemas igualitários e universalistas, a injustiça simbólica ou cultural determinar “reconhecimento dos grupos estigmatizados, numa dinâmica diferenciadora e particularizante” (RIOS, 2006, p. 89).

O que possibilita refletir acerca dessas duas dimensões, é o caso do reconhecimento jurídico de uniões de pessoas do mesmo sexo. Por razões distributivas contraditórias aos direitos de reconhecimento, alguns defendem a necessidade do casamento gay. Uma primeira interpretação argumenta que “se trata simplesmente de regular algo que já existe, que estaria inscrito até na biologia, apesar de minoritário” (RIOS, 2006, p. 90). Outro entendimento, mais radical e por esse motivo, mais atraente ao senso comum,

parte da naturalização do modelo de família heterossexual pequeno-burguês, procedendo a uma “domesticação heterossexista” de todas as formas de sexualidade diversas desse modelo. Desde que adaptadas ao esquema geral de tais regras, sexualidades alternativas serão toleradas (RIOS, 2006, p. 90).

A preocupação com a distribuição socioeconômica é comum a essas duas hipóteses e “a pouca ênfase, na prática, no reconhecimento da igualdade e da liberdade, até mesmo na esfera das relações mais íntimas, de tudo que seja visto como “minoritário”” (RIOS, 2006, p. 90), por isso a enorme dificuldade diante de transexuais, travestis quando não “a expressa avaliação de que se trata de uma sexualidade minoritária, fruto não da doença nem do pecado, mas de algum desenvolvimento incompleto” (RIOS, 2006, p. 90), merecendo, portanto, tolerância e compaixão, desde que se esmere para comportar-se adequadamente. Portanto, as duas interpretações, evidenciam distribuição, mas acabam enfraquecendo o pleito do reconhecimento. Ao admitir, conscientemente ou não, normalidades estatísticas ou afetivo-comportamentais, essas interpretações implicam, na prática, na capitulação da busca por igual respeito, cultural e simbólico.

Produções jurídicas do direito de família ou projetos de lei, fundados nessas interpretações, “contradizem um direito da sexualidade democrático, fundado nos direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais” (RIOS, 2006, p. 90). Por outro lado, há propostas que compatibilizam ou tentam extinguir essa tendência. “de

modo geral, o desenho jurídico dos chamados “pactos de solidariedade” pode ser utilizado como exemplo” (RIOS, 2006, p. 90).

Efetivamente, trata-se de legislação que preconiza liberdade, independentemente de orientação sexual, para parceiros autodeterminarem “a dinâmica de suas vidas afetivas e sexuais, fornecendo-lhes um instrumento pelo qual o valor de tal união é reconhecido e respeitado juridicamente” (RIOS, 2006, p. 90-91). Além do benefício de proporcionar amparo e reconhecimento estatal para a união, “um pacto de solidariedade assim delineado evita a estigmatização decorrente de uma “regulação da exceção”” (RIOS, 2006, p. 91), como acontece com as

propostas originais de parceria civil registrada brasileira ou, de certo modo, com a inclusão das uniões homossexuais na categoria das “uniões estáveis” no direito brasileiro, na medida em que essa categoria, por mais comum que seja, está prevista como uma espécie de “casamento de segunda classe”, como se pode facilmente inferir da redação da Constituição brasileira de 1988 (RIOS, 2006, p. 91).

O rol de direitos sexuais pode ser compreendido como um desdobramento dos direitos gerais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, intimidade, igualdade, fundamentos sobre os quais se têm elaborado a proteção jurídica da sexualidade das ditas minorias. Esse é um aspecto importante. Sublinhadas sob essa perspectiva, “questões tidas como específicas, minoritárias, vistas como exceções quase intoleráveis, porém admitidas, perdem essa conotação pejorativa” (RIOS, 2006, p. 91). Contextualizados dessa forma, debates sobre direitos de lésbicas e gays são efetivação de preceitos essenciais e de direitos humanos de todos, assim como a discriminação por cor, religião ou sexo, não exceções minorias toleradas.

Essa discussão se apresenta vivamente através da polêmica entre direitos iguais versus direitos especiais. “Direitos especiais seriam todas as previsões protetivas de discriminação, elaboradas pela legislação ordinária e não previstas na Constituição” (RIOS, 2006, p. 91). Se

observarmos, no entanto, a situação de privilégios de certos grupos, por exemplo, o privilégio masculino, branco, cristão e heterossexual, evidencia-se a impossibilidade de “neutralidade sexual ao aplicar-se a Constituição diante de situações concretas, pois, na vida em sociedade, há grupos privilegiados e grupos oprimidos” (RIOS, 2006, p. 91). Esse aspecto revela o caráter conservador de algumas concepções acerca da ideia de minorias, pois, como mencionado, na discussão direitos iguais versus direitos especiais, “elas conduzem para o equívoco de se tachar pejorativamente certos direitos, protetivos contra a discriminação, como “direitos especiais”” (RIOS, 2006, p. 92).

Nesse sentido, o emprego dessas categorias direitos especiais, tido como indesejáveis, versus direitos iguais, desejados, demonstra uma exteriorização do privilégio de certos grupos, “confundindo a necessidade de concretizar o princípio geral da igualdade de acordo com as circunstâncias históricas da realidade dada com a sua subversão” (RIOS, 2006, p. 92). Da perspectiva de um direito democrático da sexualidade, o âmbito privado, especialmente familiar, não pode transformar-se em abrigo para o heterossexismo, resultando na desvalorização cultural e econômica homossexual. Compreendida nesses termos, a afirmação de um direito democrático, encara três grandes objeções.

A primeira, está relacionada a legitimação democrática de legisladores e juízes determinarem decisões e medidas de proteção para a sexualidade desviante contrárias à opinião pública majoritária, “provendo identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas de proteção jurídica, garantindo-lhes um espaço livre de discriminação” (RIOS, 2006, p. 94). Esse argumento não se sustenta, do ponto de vista dos direitos humanos, ele é rejeitado por uma das características essenciais dos direitos humanos, “especialmente quando inseridos em constituições nacionais, qual seja, sua função de proteção de indivíduos e grupos contra violações perpetradas por maiorias” (RIOS, 2006, p. 94). Com efeito,

na própria gênese da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do constitucionalismo está a afirmação de certos direitos invioláveis e garantidos inclusive contra deliberações majoritárias. No caso da sexualidade, identidades e práticas estigmatizadas, uma vez subsumidas aos princípios básicos da igualdade e da liberdade, estão protegidas contra deliberações majoritárias que as violem (RIOS, 2006, p. 94).

A segunda objeção evoca razões morais para refutar o direito da sexualidade. Defendendo uma certa moralidade associada “à relação entre os sexos e o exercício da sexualidade por casa sujeito, ela qualifica tais direitos como deturpações violadas da moralidade” (RIOS, 2006, p. 94). A resposta para essa objeção, em uma perspectiva que privilegia igualdade e liberdade, é que a única moralidade que a democracia pode abrigar é a moralidade crítica, onde as alegações de gosto, tradição, nojo e “sentimento de repulsa da maioria não podem ser finais, sob pena das ameaças do integrismo, do fundamentalismo das tradições, do autoritarismo vindo daqueles que se considerem iluminados” (RIOS, 2006, p. 95).

Da mesma forma que uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a possibilidade de ateísmo daí resultando de uma forma melhor de resguardar sua prática religiosa, “uma pessoa moralmente conservadora pode admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade” (RIOS, 2006, p. 95). Muitas vezes, o argumento moralista se expressa de maneira religiosa.

Diante disso, um direito democrático da sexualidade visa rechaçar discursos embasados em argumentos religiosos, uma vez que a juridicização dos direitos sexuais na tradição dos direitos humanos coloca essa discussão na esfera mais ampla do Estado laico e democrático de direito, em conformidade com ideais republicanos. Compreendidos a partir dessas referências fundamentais, os direitos sexuais podem estruturar-se “como espaços onde sociedade civil e Estado mantêm-se

autônomos diante das instituições religiosas, preservando o pluralismo e o respeito à diversidade” (RIOS, 2006, p. 95).

A terceira objeção apresenta fundamentos médicos, segundo os quais “certas identidades e condutas na vida sexual não são mais que desvio, degeneração ou subdesenvolvimento” (RIOS, 2006, p. 94). Está relacionado com o discurso médico,

que patologiza identidades e práticas sexuais socialmente estigmatizadas. Além de inexistir consenso ou muito menos reconhecimento oficial no meio científico acerca do caráter patológico de muitas das identidades e práticas estigmatizadas, o desenvolvimento do direito da sexualidade em bases democráticas e atento aos direitos humanos não pode deixar-se dirigir por postulados médicos ou biológicos, cujo papel como instrumento de controle social e político tem sido há muito tempo desvelado (RIOS, 2006, p. 95-96).

Igualdade, dignidade e liberdade são preceitos estruturantes e derivados da concepção de direitos humanos e dos direitos constitucionais fundamentais, para a constituição de um direito democrático da sexualidade. Para a contribuição da sistematização de debates importantes para a elaboração do conhecimento e prática jurídica na área da sexualidade, a certeza que permanece é a da importância desse desenvolvimento, considerando as necessidades presentes e futuras, “que a construção da democracia exige diante da diversidade sexual presente em nossas sociedades e dos desafios dela decorrentes” (RIOS, 2006, p. 99).

#### **4 Conclusão**

A socialização que o exercício da sexualidade requer está intimamente relacionada com a maneira como as relações de gênero estão organizadas em um determinado contexto social. Desse modo, o estudo da sexualidade evidencia a ideia da relação entre sociedade e indivíduo e o modo como são produzidos contextualmente os nexos entre esses dois extremos. As descrições sexuais pormenorizadas refletem as múltiplas e diferentes socializações que um sujeito experimenta em sua

vida, seja na família, nos tipos de escolas, no acesso a diferentes meios de comunicação e vínculos que estabelece.

Uma determinada compreensão da sexualidade está em jogo quando um indivíduo inicia a vida sexual do corpo, pois este é modelado pelas normas culturais. O uso social desse corpo é uma dimensão da antropologia do indivíduo que caracteriza como socialmente construída a maneira como empreendemos muitas das funções consideradas naturais de nossos corpos.

As ideologias dos séculos passados corroboraram para a percepção da homossexualidade como anomalia, doença ou degeneração, que estavam atrelados a comportamentos criminosos e sádicos, contribuindo para a criação de um ambiente propício à repulsa social compulsória dos sujeitos com sexualidade desviante da norma heterossexual estabelecida. Em razão da sua visão estigmatizada esses sujeitos eram excluídos do exercício da cidadania, uma vez que a cidadania moderna é regida pelo uso da razão, por onde aqueles considerados normais podem ser plenamente capazes para exercer direitos e prerrogativas jurídicas.

É nesse sentido que o Estado não deve legislar sobre questões de esferas íntimas dos sujeitos, apontando modelos de relações ou mesmo, legislando afetos. Portanto, bastaria justificar a necessidade do casamento civil igualitário para homossexuais, por exemplo, sob princípios dos direitos elementares, sem reivindicar o amor, como se faz ao utilizar o termo homoafetividade. Garantidos esses direitos, o Estado estaria fazendo o seu papel de legislar, possibilitando, dessa forma, que cada indivíduo seja livre para manter o tipo de relação que desejar.

## Referências

ARENDDT, Hannah. *Reflexões sobre Little Rock*. In: ARENDT, Hannah. *Responsabilidade e julgamento*. Tradução de Rosaura Einchenberg. São Paulo: Cia das Letras, 2004, p. 160-281.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. (Código Civil Brasileiro). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em: 12 set. 2016.

CAMPOS, Ligia Fabris. Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: o papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha. *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, p. 476-495, 2016.

COSTA, Angelo Brandeli; NARDI, Henrique Caetano. O casamento “homoafetivo” e a política da sexualidade: implicações do afeto como justificativa das uniões de pessoas do mesmo sexo. *Revista de Estudos Feministas, Florianópolis*, v. 23, n. 1, p. 137-312, janeiro-abril de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *União homossexual: o preconceito e a justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MINUCHIN, Salvador. *Famílias: funcionamento e tratamento*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1982.

OLIVEIRA, Adriana Vidal; NORONHA, Joanna. Afinal, o que é “mulher”? E quem foi que disse? *Revista Direito & Praxis*, Rio de Janeiro, v. 07, n. 15, p. 741-776, 2016.

PINKER, Steven. *The game of the name*. New York Times, 1994. Disponível em: [http://stevenpinker.com/files/pinker/files/1994\\_04\\_03newyorktimes.pdf](http://stevenpinker.com/files/pinker/files/1994_04_03newyorktimes.pdf). Acesso em: 12 set. 2016.

RAGO, Margareth. *As mulheres na historiografia brasileira*. Cultural Histórica em Debate. São Paulo: UNESP, 1995.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 71-100, jul/dez 2006.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Manual da homoafetividade*. São Paulo: Método, 2013.



# SUSTENTABILIDADE E ÉTICA: UM DEBATE URGENTE E NECESSÁRIO

*SUSTAINABILITY AND ETHICS: AN URGENT AND NEEDED DEBATE*

Denise Schmitt Siqueira Garcia<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, SC, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: denisegarcia@univali.br

**Resumo:** A sustentabilidade é um tema vital nas discussões norteadas no mundo quando se fala em manutenção da vida no planeta. Essa sustentabilidade deve ser amparada por suas cinco dimensões, a ambiental, a social, a econômica, a tecnológica e a ética. O presente artigo tratará da dimensão ética que é aquela que analisa a necessária mudança de vida dos seres humanos com a observância de princípios éticos e de virtudes. Essa dimensão nasce pela questão existencial do homem, da garantia da vida, da necessidade de se repensar, refletir, reentender que o ser humano faz parte do biossistema e que dele depende. Para tanto no presente artigo a discussão será prefacialmente sobre a sustentabilidade; sobre a dimensão ética da sustentabilidade e sobre os princípios e virtudes da ética para a sustentabilidade. Seu objetivo geral é analisar o conteúdo da dimensão ética da sustentabilidade e a necessidade de mudança de valores e de atitudes para o alcance dessa dimensão. Para elaboração foi utilizado o método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias e do fichamento.

**Palavras-chave:** Dimensão ética da sustentabilidade. Princípios para ética da sustentabilidade. Virtudes.

**Abstract:** Sustainability is a vital theme in discussions around the world when it comes to maintaining life on the planet. This sustainability must be supported by its five dimensions, environmental, social, economic, technological and ethical. This article will deal with the ethical dimension that is the one that analyzes the necessary change of life of human beings with the observance of ethical principles and virtues. This dimension arises from the existential issue of man, the guarantee of life, the need to rethink, reflect, re-understand that the human being is part of and depends



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3153

Recebido em: 29.05.2018

Aceito em: 25.10.2020



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

on the biosystem. Therefore, in this article the discussion will be prefacially about sustainability; on the ethical dimension of sustainability and on the principles and virtues of ethics for sustainability. Its general objective is to analyze the content of the ethical dimension of sustainability and the need to change values and attitudes to achieve this dimension. For the elaboration was used the inductive method, with the techniques of the referent, the categories and the file.

**Keywords:** Ethical dimension of sustainability. Principles for sustainability ethics. Virtues.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Falando de sustentabilidade. 3 Dimensão ética da sustentabilidade. 3.1 Da ética. 4 Princípios para uma ética para a sustentabilidade. 5 Virtudes para a sustentabilidade. 6 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Dentro do contexto de um capitalismo que gera um consumo desenfreado e sem precedentes, no qual o objetivo maior parece ser o acúmulo de riquezas, independentemente dos meios utilizados para esse fim, o meio ambiente tem sido a maior vítima. Não raro a humanidade depara-se com dados que apontam um consumo dos recursos naturais de forma que estarão esgotados até as próximas gerações.

Essa ânsia pelo ter está tornando as relações líquidas, os seres humanos sem ‘rumo’, sem estímulo, depressivos e, portanto, sem condições de pensar em temas tão importantes e vitais que são os ligados à sustentabilidade.

Dentro dessa triste realidade surge o debate acerca da sustentabilidade que por si consiste no alcance das dimensões ambiental, econômica, social, tecnológica e ética, de forma a garantir a permanência dos seres vivos no Planeta, com condições dignas e justas. Porém, para que isso ocorra faz-se necessário a existência de seres

humanos mais virtuosos e preocupados com princípios fundamentais ligados à ética.

A problemática que suscitou a pesquisa foi: Existe necessidade de mudança de valores e de atitudes com a adoção de Princípios e virtudes para o alcance da dimensão ética da sustentabilidade?

Dentro desta problemática, têm-se o objetivo do presente trabalho, que é analisar o conteúdo da dimensão ética da sustentabilidade e a necessidade de mudança de valores e de atitudes para o alcance dessa dimensão.

Faz-se necessária a pesquisa porque devido a essa realidade consumista e imediatista, onde o ter é mais importante do que o ser, o homem está cada vez mais individualista e egoísta, deixando de lado os princípios e virtudes básicos para o alcance da sustentabilidade.

No presente trabalho, portanto, apresentar-se-ão os motivos pelos quais a referida dimensão é tão importante para a sustentabilidade.

Para tal o presente artigo será dividido em quatro partes: a primeira tratando da sustentabilidade; a segunda sobre a dimensão ética da sustentabilidade; a terceira sobre os princípios para uma ética para a sustentabilidade e a quarta e última sobre as virtudes para a sustentabilidade. Para a elaboração do artigo foi utilizado o método indutivo, operacionalizado pelas técnicas do fichamento e da revisão bibliográfica.

## **2 Falando de sustentabilidade**

Nos anos 70 teve fim o sonho do crescimento ilimitado, pois os limites da Terra e o modelo de vida eram insustentáveis. Essa constatação decorreu do grande aumento dos problemas ambientais, sociais e econômicos a nível global.

Como problemas ambientais destaca-se o esgotamento dos recursos naturais; a contaminação e a escassez da água potável; a contaminação do ar e da terra; a perda da biodiversidade; a

superpopulação; a manipulação genética; o aquecimento global com o aumento de erupções vulcânicas, do descongelamento das geleiras, a concentração de gases de efeito estufa e vários outros problemas que deixamos de apresentar por ora.

Como problemas econômicos e sociais, houve um aumento das injustiças sociais; a dependência tecnológica dos países em desenvolvimento para com os países desenvolvidos; o aumento dos deslocados ambientais<sup>1</sup>; o aumento da mortalidade infantil; a piora na educação formal e o aumento da pobreza.

Quanto aos deslocados ambientais, principalmente ligados aos desastres climáticos, eles giram em torno de 25 milhões de pessoas que são forçadas a deixar seus países e segundo estimativa do Centro de Monitoramento de Deslocamento Interno (IDMC), até 2050 esse número chegará a 1 bilhão de pessoas.<sup>2</sup> Esses dados demonstram a gravidade e a urgência da situação, sendo necessário um pensar solidário e ético.

O problema da pobreza a nível nacional e mundial é muito alarmante. Em média 1,49 milhões de brasileiros vivem na pobreza extrema, que seriam as pessoas que vivem com até R\$ 136,00 mensais. Mais de 113 milhões de pessoas de 53 países no mundo foram vítimas de fome extrema em 2018.<sup>3</sup>

- 
- 1 “Deslocados ambientais seria aquela pessoa que é forçada a deixar seu habitat tradicional, migrando interna ou internacionalmente, em caráter temporário ou permanente, por conta de uma determinada perturbação ambiental (natural e/ou causada por pessoa) que, sem configurar perseguição ambiental, compromete sua existência e/ou afeta seriamente sua qualidade de vida”.in. SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; De Oliveira, Micheline Ramos. *Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Vorto, 2017. p. 8.
  - 2 ONUBR. Mudanças climáticas devem intensificar deslocamentos forçados, dizem especialistas. *Nações Unidas do Brasil*, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mudancas-climaticas-devem-intensificar-deslocamentos-forcados-dizem-especialistas/>. Consultado em 11 de abril de 2019.
  - 3 EFE. Mais de 113 milhões de pessoas foram vítimas de fome extrema em 2018. *Exame*, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/noticias-sobre/mudancas-climaticas/>. Consultado em 11 de abril de 2018.

“Fome, violência, desigualdades, crise econômica, miséria, anestesia ideológica, perda de referenciais, vazio individualista, diluição da família, perda dos espaços públicos, relativização dos comportamentos sociais, indiferença, cinismo social, consumismo... são os grandes desafios de nossos tempos”.<sup>4</sup>

A pragmatização da sociedade, pós-Revolução Industrial, pós- Revolução Atômica... tornou obsoleto também o tema da ética, esvaziando-o de sentido, fazendo com que sofra constantemente de uma discriminação ante as predominantes mentalidades monetaristas, que dissolvem todos os valores humanos em valores econômicos, e reduzem toda capacidade a uma capacidade laboral e produtiva.<sup>5</sup>

Diante desse quadro alarmante começou uma migração de paradigma a nível global, onde se partiu do paradigma da liberdade vivido na modernidade para uma transição ao paradigma da sustentabilidade da Pós-modernidade, pois se vive uma crise política, ética, social e do cuidado.

Sustentabilidade pode ser definida como: “*O suficiente, para todos, em todos os lugares e sempre*”.<sup>6</sup> A ideia é que devemos consumir o necessário para nossa vida, e diminuir o consumo abusivo e depredador para podemos garantir a vida para todos, aqui abarcadas todas as formas de vida, numa visão biocêntrica, em todos os lugares do mundo e para as presentes e futuras geração. Pois bem. A frase falou tão pouco e ao mesmo tempo falou tudo.

Para que essa sustentabilidade seja efetiva é preciso que surja uma consciência global para esse mundo em crise. É a ideia trazida por Jeremy Rifkin na sua obra *Civilização Empática*.<sup>7</sup>

4 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 83.

5 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 86.

6 Esse conceito simples e completo foi retirado de uma variação de um grafite em um muro durante a Conferência Mundial sobre o desenvolvimento sustentável ocorrida no ano de 2002 em Johannesburg.

7 RIFKIN, Jeremy. *La Civilización Empática*. La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid, Paidós, 2010.

Foi com essa ideia de visão global desses problemas sociais, ambientais e econômicos que no ano 2000 foram apresentados pela ONU os oito Objetivos do Milênio<sup>8</sup> que eram metas para serem alcançadas até o ano de 2015.

Dando continuidade a esse trabalho, em agosto de 2015 a ONU apresentou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que são compostos por 17 objetivos<sup>9</sup> com 169 metas. Essas atitudes são importantíssimas, eis que trazem um direcionamento para vários setores, sejam públicos ou privados, de adotarem medidas para o fortalecimento da sustentabilidade em suas variadas dimensões.

Assim, a sustentabilidade possui alicerces que são suas dimensões: a ambiental, a social, a econômica, a tecnológica e a ética.

Na dimensão ambiental se discute a importância da proteção do meio ambiente e conseqüentemente do Direito Ambiental, tendo este como finalidade a garantia da sobrevivência no planeta de todas as espécies de seres vivos.

A dimensão social<sup>10</sup> é vista como capital humano e consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos. Está

---

8 1. Erradicar a extrema pobreza e a fome; 2. Atingir o ensino básico fundamental; 3. Promover a igualdade de gênero e a autonomia das mulheres; 4. Reduzir a mortalidade infantil; 5. Melhorar a saúde materna; 6. Combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; 7. Garantir a sustentabilidade.

9 1. Erradicação da pobreza; 2. Fome zero e agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar; 4. Educação de qualidade; 5. Igualdade de gênero; 6. Água limpa e saneamento; 7. Energia limpa e acessível; 8. Trabalho decente e crescimento econômico; 9. Inovação infraestrutura; 10. Redução das desigualdades; 11. Cidades e comunidades sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima; 14. Vida na água; 15. Vida terrestre; 16. Paz, justiça e instituições eficazes; 17. Parcerias e meios de implementação. ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Consultado em 11 de abril de 2019.

10 Para complemento sugere-se a leitura do artigo: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: Maria Claudia da Silva Antunes de Souza; Heloíse Siqueira Garcia. (Org.). *Lineamentos sobre Sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 37-54.

baseada num processo de melhoria da qualidade de vida da sociedade, pela redução das discrepâncias entre a opulência e a miséria, com o nivelamento do padrão de renda, acesso à educação, moradia e alimentação, etc.

Esse enfrentamento dos problemas sociais passa necessariamente pela correção do quadro de enfrentamento de desigualdade social e da falta de acesso da população pobre aos seus direitos sociais básicos, o que, diga-se de passagem, é potencializadora da degradação ambiental.

Visa, portanto, pelo menos a garantia do mínimo existencial que deve ser identificado como o núcleo sindicável da dignidade humana<sup>11</sup>, incluindo como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta, eis que previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.<sup>12</sup>

A dimensão econômica<sup>13</sup> visa diminuição das externalidades negativas da produção, buscando por uma economia preocupada em gerar melhor qualidade de vida às pessoas.

Há uma grande ligação entre a economia e o direito ambiental, eis que ambos visam a melhoria da qualidade de vida das pessoas para

---

11 Para complemento sugere-se a leitura do artigo: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Uma nova perspectiva para o Direito Ambiental: o direito ao ambiente como direito fundamental da pessoa humana. *Interesse Público (Impresso)*, v. 18, p. 95-110, 2016.

12 Para complemento sugere-se a leitura do artigo: BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da constituição da república federativa do Brasil de 1988. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 6, n. 2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica).

13 Para complemento sugere-se a leitura dos artigos: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Veredas do Direito*, v. 13, p. 133-153, 2016; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). *Governança Transnacional e Sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 7-27.

alcançarmos um desenvolvimento social, econômico e cultural de qualidade.

A dimensão tecnológica<sup>14</sup> está ligada à inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada, que poderá garantir um futuro sustentável. Está ligada ao uso de novas tecnologias que sejam mais sustentáveis e, portanto, menos impactantes ao meio ambiente.

Por fim, o debate da ética faz-se necessário porque o que se verifica na atualidade é a morte da ética tradicional.

Um crescente processo de desintérica e frenética transformação ético-cultural está em pleno vigor atualmente: ascensão acirrada do culto às paixões; a propaganda da liberação dos instintos; a desestruturação de seculares tradições; a vitimização do ego pelas forças impositivas de hábitos de consumo; o exacerbamento do voluntarismo indiscriminado; o desaparecimento e a sensação generalizada da ausência de modelos; a relativização imoderada de todos os possíveis padrões de comportamento; a institucionalização do unilateralismo das minorias, fragmentando ainda uma vez a compreensão da integração e da cooperação humanas; a criação de um consenso vitorioso (capitalismo, democracia e neoliberalismo) empacotado para venda internacional; a imposição da lógica do terror com único mecanismo de contradição com as forças imperantes e determinantes da estruturação das relações sócio-humanas; ainda uma vez, o acirramento renovado dos instintos fundamentalistas, de todos os tipos (raciais, culturais, nacionais, religiosos e étnicos...); a queda e o desaparecimento das grandes ideologias – radicalismo político de direito e/ou esquerda – e seu *revival* contemporâneo, como modo de saudosismo das lutas políticas e *re-politização* da apatia geral da consciência popular.<sup>15</sup>

Tudo isso demonstra a importância e a atualidade do debate acerca da dimensão ética que é o enfoque do presente artigo e que passa a ser tratada no próximo item.

---

14 Para complemento sugere-se a leitura do artigo: CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Sequência* (UFSC), v. 36, p. 239, 2015.

15 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 84.

### 3 Dimensão ética da sustentabilidade

Percebe-se que existe uma necessidade urgente de mudança de vida porque já está comprovado que o meio ambiente é finito e que a vida no planeta resta ameaçada.

Assim, a dimensão ética trata de uma questão existencial, pois é algo que busca garantir a vida, não estando simplesmente relacionado à natureza, mas a toda uma relação entre o indivíduo e o ambiente a sua volta.

Para tratar do tema, portanto, primeiro precisamos falar sobre ética.

#### 3.1 Da ética

A palavra ética vem do grego *éthos* (grego singular), que significa a morada humana, aquele espaço da natureza que reservamos, organizamos e cuidamos para fazê-lo nosso *habitat*.

A ética precisa nascer da essência do humano, é preciso que exista um sentimento de felicidade humana; “sentir-se em casa”. O homem com consciência, inteligência, vontade e amor é cuidador da terra.

Essa ideia está muito ligada aos dizeres da Carta da Terra<sup>16</sup> feita pela UNESCO no ano de 2000: “Esta situação nos obriga a viver um sentido de responsabilidade universal, identificando-nos com toda

---

16 Responsabilidade Universal Para realizar estas aspirações, devemos decidir viver com um sentido de responsabilidade universal, identificando-nos com toda a comunidade terrestre bem como com nossa comunidade local. Somos, ao mesmo tempo, cidadãos de nações diferentes e de um mundo no qual a dimensão local e global estão ligadas. Cada um compartilha da responsabilidade pelo presente e pelo futuro, pelo bem-estar da família humana e de todo o mundo dos seres vivos. O espírito de solidariedade humana e de parentesco com toda a vida é fortalecido quando vivemos com reverência o mistério da existência, com gratidão pelo dom da vida, e com humildade considerando em relação ao lugar que ocupa o ser humano na natureza. BRASIL. *A carta da Terra*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf). Consultado em 05 de abril de 2019.

a comunidade de vida terrestre bem como com a nossa comunidade local”.

A ética, portanto, estuda as relações entre o indivíduo e o contexto em que está situado. Ou seja, entre o individualizado e o mundo a sua volta. Procura enunciar e explicar as regras, normas, leis e princípios que regem os fenômenos éticos. São fenômenos éticos todos os acontecimentos que ocorrem nas relações entre o indivíduo e o seu contexto.<sup>17</sup>

A efetividade da ética está na sua utilização/prática. Pode-se saber muito de ética, mas o verdadeiro valor da ética não está nesses conhecimentos acumulados, mas no uso aplicado sobre atos e comportamentos que deles se possa fazer.<sup>18</sup>

A ética como prática consiste na atuação concreta e conjugada da vontade e da razão, de cuja interação se extraem resultados que se corporificam por diversas formas. Então, a prática ética deve representar a conjugação de atitudes permanentes de vida, em que se constroem, interior e externamente, atitudes gerenciadas pela razão e administradas perante os sentidos e os apetites.<sup>19</sup>

Aquele que muito conhece e pouco pratica em ética não pode ser chamado de prudente ou virtuoso pelo simples fato de conhecer. É preciso ter uma distinção entre o saber ético e a prática ética.<sup>20</sup>

Identifica-se, portanto, as seguintes características da ética para sustentabilidade:

- 1 Visão sistêmica do mundo e da vida;
- 2 Reconhecimento dos limites de uso da natureza e da finitude dos recursos naturais;
- 3 Compromisso com a construção do desenvolvimento sustentável, em uma perspectiva presente e futura;
- 4 Satisfação das necessidades básicas, materiais, culturais e psico-sociais;

---

17 NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 73

18 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 34

19 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 30.

20 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 34.

- 5 Respeito à diversidade cultural, ética, política, religiosa e de gênero;
- 6 Valorização dos outros;
- 7 Responsabilidade individual e social com as nossas atitudes;
- 8 Reconhecimento do direito à vida com as nossas atitudes;
- 9 Comprometimento com os direitos humanos, democracia, paz justiça e amor.<sup>21</sup>

De tudo que foi dito até o momento não restam dúvidas de que quando se fala em sustentabilidade precisamos da prática ética.

#### **4 Princípios para uma ética para a sustentabilidade**

Para o alcance efetivo da dimensão ética da sustentabilidade é preciso basear-se em quatro princípios: a) O princípio da afetividade; b) O princípio do cuidado e da compaixão; c) O princípio da cooperação e d) O princípio da responsabilidade.

##### *a) Princípio da afetividade<sup>22</sup>*

Há que se considerar que a essência do homem é o afeto, o sentimento, a emoção e a amorosidade, pois é onde nascem todos os valores. A estrutura primeira do ser humano não é constituída pela razão (logos), mas pela sensibilidade (pathos).

A conclamação para amar a teu próximo como a ti mesmo, diz Sigmundo Freud, é um dos preceitos fundamentais da vida civilizada (e, de acordo com alguns, uma de suas exigências éticas fundamentais). Mas é também o que de mais antagônico pode haver com o tipo de razão que essa mesma civilização promove: a razão do interesse individual, da busca da felicidade.<sup>23</sup>

21 MININNI-MEDINA, Nana. Educação ambiental em centros urbanos: a problemática da incorporação de valores éticos. *Congresso Habitat II*, Florianópolis, 1998.

22 BRASIL, Ministério do meio ambiente. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade*. Ética e Sustentabilidade. Disponível em: [www.mma.gov.br/agenda21](http://www.mma.gov.br/agenda21). Consultado em 10 de maio de 2018.

23 BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2011, p. 37.

Hoje o que se constatada é uma sociedade imediatista, “modernidade líquida” nos dizeres de Zygmunt Baumann<sup>24</sup>, em que o cidadão está preocupado em ter e não em ser; onde as relações são rápidas e superficiais; onde não se tem tempo para as crianças e estas crescem acompanhadas somente por telas de computadores, de *tablets* e de *smartphones*, que não lidam com o mundo da vida, somente com o mundo das ideias e do vazio.

O mundo moderno incentivou a ética do individualismo, da razão abstrata, da acumulação capitalista e da competição, da homogeneização social<sup>25</sup>, tornando o homem um ser vazio e sem sentimento pelo outro.

Zygmunt Bauman<sup>26</sup>, em sua obra “Globalização: as consequências humanas”, apresenta os grandes danos causados pela globalização que assolou as relações humanas causando sérios danos como o distanciamento entre as pessoas; a liquidez das relações; a opressão das classes baixas com o aumento da diferença entre essas classes; o aumento da epidemia global da fome; depressão; liquidez das relações sendo que as pessoas são colecionadoras de ‘coisas’, ou seja, trouxe sérios danos ligados à afetividade o que fere drasticamente os ditames da sustentabilidade que para ter força precisa de um indivíduo solidário, afetuoso com o próximo, equilibrado e com condições mínimas de qualidade de vida.

Hoje a crise que se vive é a da sensibilidade e do afeto, o ser humano está cada vez mais egoísta e individualista. Um dos principais problemas do homem moderno é o vazio, é não saber o que quer e frequentemente não ter a mínima ideia do que sente.<sup>27</sup>

---

24 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

25 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 95.

26 BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

27 MAY, Rollo. *Man's search for himself*. New York. London: WW. Norton & Company, 2009, p. 4.

Há uma grande insensibilidade à desgraça da humanidade que vive em níveis de pobreza e miséria, bem como uma indiferença à degradação dos ecossistemas, à poluição dos ares e dos solos e à extinção das espécies.

O ser humano está insensível à solidariedade<sup>28</sup>, ao cuidado, à amorosidade e à compaixão, dimensões que não tem preço, mas têm valor e dão sentido à vida.

Amar nosso próximo como a nós mesmos significaria, então respeitar a singularidade de cada um – valorizando cada um por nossas características distintivas, enriquecedoras do mundo que habitamos juntos e com os quais o tornamos o lugar mais fascinante e agradável.<sup>29</sup>

Se não suscitarmos a capacidade de sentir, de se indignar ou de se sensibilizar face aos outros, nenhuma ética será possível. Aceitar o preceito de amar o próximo é o ato fundador da humanidade.

É preciso, portanto, respeitar a singularidade de cada um, valorizando cada um por suas características distintivas, enriquecedoras do mundo que habitamos juntos e com as quais o tornamos um lugar fascinante e agradável.

Para tanto, faz-se necessário uma mudança drástica de vida, com o redescobrimento do que realmente é importante.

#### *b) Princípio do cuidado/compaixão<sup>30</sup>*

O cuidado é a essência do ser humano. Sem cuidado o homem não sobrevive nas primeiras horas do nascimento, não irrompe na inteligência, não floresce no amor, não realiza sua missão no mundo.

28 Para complemento sugere-se a leitura do artigo: GARCIA, Heloíse Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A construção de um conceito de sustentabilidade solidária: contribuições teóricas para o alcance do socioambientalismo. *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo*, v. 2, p. 147-168, 2016.

29 BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?*, p. 41.

30 BRASIL, Ministério do meio ambiente. *Ética e Sustentabilidade. Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade.*

Na dimensão da vida que se desenvolve, que surge perante todas as adversidades, das múltiplas experiências as quais favorece essa integração a partir de uma perspectiva hologramática<sup>31</sup> pelo lema somos todos em um e um em todos, começa-se a determinar outro *ethos* para se visualizar a *Dignitas Terrae*, o qual não se exaure em juízos de valores econômicos, industriais, estéticos, utilitários, entre outros, mas estimula outro “modo-de-ser”, ou seja, um “modo-de-ser-do-cuidado<sup>32</sup>”.

Essa é a atitude que se manifesta no mundo pela Ética do Cuidado. O contato permanente e próximo com o mundo natural e social diminui o auto interesse, a postura exclusivamente egoísta diante do Outro. Desvela-se, por meio desse *ethos*, outros cenários mais dinâmicos, criativos, dialogais a fim de se estabelecer qual projeto de vida comum se torna possível, duradouro, na medida em que se reconhece o Outro como “ser próprio”, longe da ideologia propagada pela Razão Instrumental<sup>33</sup> nas relações entre humanos e não humanos de

31 “Um holograma é uma imagem que cada ponto contém a quase totalidade da informação sobre o objeto representado. O princípio hologramático significa não apenas que a parte está no todo, mas que o todo está inscrito, de certa maneira, na parte. Assim, a célula contém a totalidade da informação genética, o que permite, em princípio, a clonagem. A sociedade, como todo, pela cultura, está presente no espírito de cada indivíduo”. MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado. Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 207.

32 “[...] Pelo cuidado não vemos a natureza e tudo que nela existe como objetos. A relação não é sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. Experimentamos os seres como sujeitos, como valores, como símbolos que remetem a uma realidade frontal. A natureza não é muda. Ela fala. Evoca. Emite mensagens de grandeza, beleza, perplexidade e força. O ser humano pode escutar e interpretar esses sinais. Coloca-se junto às coisas, ao pé delas e sente-se unido a elas. Não existe apenas. Co-existe com todos os outros. A relação não é de domínio, mas de convivência. Não é pura intervenção, mas principalmente interação e comunhão. É de cuidado das coisas. Cuidar das coisas implica ter intimidade com elas, senti-las dentro, acolhê-las, respeitá-las, dar-lhe sossego e repouso. Cuidar é entrar em sintonia com as coisas. Auscultar-lhe o ritmo e afinar-se com ele. Cuidar é estabelecer comunhão. Não é a razão analítica, instrumental que é chamada a funcionar. Mas a razão cordial, o *esprit de finesse* (o espírito de delicadeza), o sentimento profundo. Mais que o *logos* (razão), é o *pathos* (sentimento), que ocupa aqui a centralidade”. BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: princípio de um novo *ethos*. *Revista Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 28-35, out./mar., 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503/1690>. Consultado em 15 de maio de 2016.

33 Horkheimer rememora os efeitos produzidos pela referida expressão: “A redução

“sujeito-objeto”. É a Ética do Cuidado a qual desenvolve a arquitetura da Ética da Vida<sup>34</sup> e Sustentabilidade.

[...] Pelo cuidado não vemos a natureza e tudo que nela existe como objetos. A relação não é sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. Experimentamos os seres como sujeitos, como valores, como símbolos que remetem a uma realidade frontal. A natureza não é muda. Ela fala. Evoca. Emite mensagens de grandeza, beleza, perplexidade e força. O ser humano pode escutar e interpretar esses sinais. Coloca-se junto às coisas, ao pé delas e sente-se unido a elas. Não existe apenas. Co-existe com todos os outros. A relação não é de domínio, mas de convivência. Não é pura intervenção, mas principalmente interação e comunhão. É de cuidado das coisas. Cuidar das coisas implica ter intimidade com elas, senti-las dentro, acolhê-las, respeitá-las, dar-lhe sossego e repouso. Cuidar é entrar em sintonia com as coisas. Auscultar-lhe o ritmo e afinar-se com ele. Cuidar é estabelecer comunhão. Não é a razão analítica, instrumental que é chamada a funcionar. Mas a razão cordial, o *esprit de finesse* (o espírito de delicadeza), o sentimento profundo. Mais que o *logos* (razão), é o *pathos* (sentimento), que ocupa aqui a centralidade”.<sup>35</sup>

Essa dimensão relacional de cumplicidade sinaliza ao humano que, em cada local, em cada proximidade, existe um equilíbrio frágil

---

da razão a um mero instrumento afeta finalmente até mesmo o seu caráter como instrumento. O espírito antifilosófico que é inseparável do conceito subjetivo de razão, e que na Europa culminou com a perseguição totalitária aos intelectuais, fossem ou não os seus precursores, é sintomático da degradação da razão. Os críticos tradicionalistas e conservadores da civilização cometem um erro fundamental quando atacam a civilização moderna sem atacarem ao mesmo tempo o embrutecimento que é apenas outro aspecto do mesmo processo. O intelecto humano, que tem origens biológicas e sociais, não é uma entidade absoluta, isolada e independente. Foi declarado ser assim apenas como resultado da divisão social do trabalho, a fim de justificar esta última na base da constituição natural do homem”. HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2000, p. 61.

34 “A vida, como vimos, é frágil e vulnerável. Está à mercê do jogo entre o caos e o cosmo. A atitude adequada para a vida é o cuidado, o respeito, a veneração e a ternura. [...] São essas atitudes que nos abrem à sensibilização da importância da vida. Elas implicam a mudança do paradigma cultural vigente, assentado sobre poder-dominância, e a introdução de um paradigma de convivência cooperativa, de sinergia, de enternecimento por tudo o que existe e vive. Em razão dessa viragem, urge redefinir os fins inspirados na vida e adequar os meios para esses fins. Só assim a vida ameaçada terá chance de salva-guarda e promoção”. BOFF, Leonardo. *Ética da vida: a nova centralidade*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 75-76.

35 BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: princípio de um novo ethos. *Revista Inclusão Social*, p. 31.

que deve persistir a fim de ampliar e preservar a cadeia da vida. Por esse motivo, o século XXI deve ser pensado sob o ângulo da Lógica e Ética do Cuidado para constituir e esclarecer o significado comunicacional e existencial entre humanos e não humanos no qual se manifesta, silenciosamente, nas galerias subterrâneas do momento presente. A reflexão e práxis do Cuidado é pressuposto de convivência nesse jardim imperfeito, cujo nome é Sustentabilidade.

Sem o *ethos* do Cuidado, não é possível reconhecer a Terra como “ser próprio”, reconhecer como o fluxo das *redes interespecies* mantém o equilíbrio – físico, químico, biológico, energético, informacional, psicológico, ecológico - necessário para que haja condições mínimas ao florescimento da vida, do viver e conviver. Pode-se sintetizar essa afirmação (e preocupação) a partir dessa proposição: Quando se observa a ausência do Cuidado nas relações entre humanos e não humanos, os esforços feitos em nome da Sustentabilidade<sup>36</sup> e Desenvolvimento Sustentável serão apenas promessas vazias.

A compaixão que está muito ligada à solidariedade é a versão oriental do termo cuidado. No sentido budista é a capacidade de respeitar o outro como outro, não interferir na sua vida e destino, mas nunca deixá-lo em sua dor.

---

36 “Se entendermos o problema da insustentabilidade da vida no planeta como sintoma de uma crise de civilização – dos fundamentos do projeto societário da modernidade -, será possível compreender que a construção do futuro (sustentável) não pode apoiar-se em falsas certezas sobre a eficácia do mercado e da tecnologia – nem sequer da ecologia – para encontrar o equilíbrio entre crescimento econômico e preservação ambiental. A encruzilhada em que o novo milênio abre seu caminho é um convite à reflexão filosófica, à produção teórica e ao julgamento crítico sobre os fundamentos da modernidade, que permita gerar estratégias conceituais e praxeológicas que orientem um processo de reconstrução social. A complexidade ambiental e os processos de auto-organização geram sinergias positivas que abrem o caminho para uma sociedade sustentável, fundada numa nova racionalidade”. LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2011, p. 404.

c) *Princípio da cooperação*<sup>37</sup>

A ideia é de permitir que cada ser, mesmo o mais fraco, possa conseguir vencer com a cooperação do outro. Foi a cooperação que permitiu que nossos ancestrais dessem o salto da animalidade para a humanidade.

Segundo Juarez Freitas<sup>38</sup>, “A cooperação surge, em semelhante contexto, como magno traço evolutivo favorável à continuidade da vida como ecossistema, cada vez mais rico, multifacetado e culturalmente plural”.

Esse senso de cooperação habita o íntimo de cada um (embora débil fagulha em criaturas demasiado instintivas), cabendo àqueles que possuem maior autoconsciência a tarefa de, sem encolher os ombros, proteger a confiança social e a integridade de caráter, de sorte a não se acumpliciar com os danos injustos, perpetrados pelo primitivismo. Toda crueldade está vedada, por ser prática jamais universalizável, eis que contrária à vida de qualidade.<sup>39</sup>

Hoje não podemos ser apenas cooperativos e solidários espontaneamente, porque esta é a lógica da evolução e da vida, mas devemos sê-los conscientemente e como projeto de vida. Caso contrário não salvaremos a vida, nem garantiremos um futuro compromisso para a Humanidade.<sup>40</sup>

Essa ideia de cooperação, portanto, precisa estar atrelada em todos os momentos e atos de nossa existência.

---

37 BRASIL, Ministério do meio ambiente. Ética e Sustentabilidade. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade*.

38 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Direito ao futuro. Belo Horizonte, Fórum, 2019, p. 68.

39 FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*. Direito ao futuro, p. 68/69.

40 BRASIL, Ministério do meio ambiente. Ética e Sustentabilidade. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade*.

#### d) Princípio da responsabilidade<sup>41</sup>

Ser responsável é dar-se conta das consequências dos nossos atos, assumindo responsabilidade pela casa comum e futuro compartilhado. “A ética corresponde ao exercício social da reciprocidade, respeito e responsabilidade”.<sup>42</sup>

Deste princípio destaca-se a essência de que a proteção ao meio ambiente é de responsabilidade de toda humanidade que deve unir-se no sentido de estabelecimento de medidas comuns que sejam eficazes à proteção ambiental.

É preciso preocupação com a destruição da vida devido à excessiva quimicalização dos alimentos, o uso dos transgênicos, a manipulação genética, as armas nucleares, as guerras químicas e biológicas, dentre outros sérios problemas ambientais, econômicos e sociais que assolam a humanidade.

Este princípio deriva también el de la solidaridad intercomunitaria. Los problemas ambientales son comunes a toda la humanidad, pero las posibilidades para afrontarlos son muy distintas según los países. Además, no todos los países son igualmente responsables de la contaminación. De ahí el reconocimiento de que los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas, tal y como se indican principio 7 de la Declaración de Río.<sup>43</sup>

O princípio categórico é: aja de forma tão responsável que as consequências de tua ação não sejam deletérias para a vida e seu futuro. Ou positivamente: aja de tal forma que as consequências de tuas ações sejam promotoras de vida, de cuidado, de cooperação e de amor.<sup>44</sup>

---

41 BRASIL, Ministério do meio ambiente. *Ética e Sustentabilidade. Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade.*

42 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 25

43 ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Manual de derecho ambiental*. Navarra: Litografía IPAR, S.L., 2001, p. 43.

44 BRASIL, Ministério do meio ambiente. *Ética e Sustentabilidade. Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade.*

## 5 Virtudes para a sustentabilidade

Por fim para a dimensão ética da sustentabilidade precisamos falar das virtudes que são relacionadas a esse tema. As virtudes seriam comportamentos e padrões que traduzem os princípios na prática.

A ética deve incitar ao cultivo das virtudes. Seguindo o adágio antigo de Juvenal (8,20), de acordo com o qual “a única e verdadeira nobreza é a virtude (*Nobilitas sola est atque unica virtus*), pode-se dizer que a formação da pessoa depende dos mais variados estímulos, entre os quais aqueles que atraem o seu comportamento para o campo da virtude. Por isso, esta é uma tarefa social relevante, a de incentivar um convívio social pautado pela valorização das virtudes.<sup>45</sup>

Para o fortalecimento das virtudes é necessário um exercício diário, de um esforço para conduzir a vida dentro de termos aceitáveis, para si e para o outro, nos moldes de uma ética do meio-termo, ou seja, que valoriza a vida distanciando-se dos excessos.<sup>46</sup>

O grande problema da vida moderna é a valorização do presente (mas leva-nos à ansiedade permanente pelo futuro), o viver (que se dá com intensidade, e não sobriedade, e, por isso, nos leva aos excessos de todos os tipos), o ter (que ocupa o espaço do ser, e, por isso, também impregna o mundo de mensagens diretas e subliminares ligadas ao imediatismo e ao consumismo), o pragmatismo (que ocupa a agenda da ação e contorce a possibilidade do agir com relação a fins, em função do agir estratégico) e o hedonismo (tornando heróicos os vícios, justificáveis quaisquer tipos de ações e atraindo para a espiral da busca de sensações todos os esforços sociais, ideologizando a vida com a obrigatoriedade da felicidade.<sup>47</sup>

Por isso é necessário a busca pelas virtudes como orientação para vida e o combate do mal.

Para enfrentar a questão do mal, somente a união de forças sociais que gravitem em torno do poder das virtudes, pois onde há clemência, não há rudeza; onde já perdão, não há revolta; onde há prudência, não há temeridade; onde há solidariedade, não há fome; onde há tolerância, não há perseguição; onde há

45 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*: ética geral e profissional, p. 44.

46 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*: ética geral e profissional, p. 44.

47 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica*: ética geral e profissional, p. 45.

compreensão não há obscuridade. Ou seja, o grupo das virtudes oferece um leque razoável de forças para ação, que devem organizar a vida social e tornarem-se vetores do comportamento social.<sup>48</sup>

Assim, denota-se a importância das virtudes para o agir ético. Na sequência abordar-se-ão as virtudes ligadas à sustentabilidade.

A virtude da *hospitalidade* está relacionada ao direito que cada ser humano possui, pois todos somos filhos e filhas da Terra.

Hoje há uma falta criminosa de hospitalidade. São cerca de 300 milhões que, por guerras, por razões econômicas, éticas e religiosas, estão refugiados<sup>49</sup> ou fora de suas pátrias.

Os refugiados são refugos humanos da fronteira global, os refugiados são os outsiders encarnados, os outsiders absolutos que se tornam objeto de ressentimento e são recebidos em todos os lugares com rancor e despeito. Eles estão fora do lugar em todo lugar, menos nos lugares que são eles próprios desterritorializados – os lugares de lugar nenhum, que não aparecem em nenhum mapa usado pelos turistas comuns em suas viagens.<sup>50</sup>

Todos os seres têm o direito de continuar existindo, bem como de serem protegidos e de terem garantidos seus habitats.

A virtude da *convivência* está fundada no conhecimento de que todos os seres formam uma comunidade cósmica e biótica, porém um dos grandes problemas da cultura oriental globalizada é sua incapacidade de acolher o outro como outro.

O pacto social deve ser articulado como pacto natural. A convivência com todos os seres da natureza nos leva a excluir da

---

48 BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*, p. 46.

49 Existem distinções dos termos deslocados ambientais e refugiados. Os primeiros precisam sair de seus países devidos problemas/desastres ambientais, já os segundos são pessoas que saem dos seus países por serem perseguidos por motivos de raça, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas. Para aprofundamento do tema indica-se a obra: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; DE OLIVEIRA, Micheline Ramos. *Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*.

50 BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?*, p. 45.

violência e a utilização meramente egoísta e utilitária dos bens da natureza.<sup>51</sup>

A virtude do *repeito a todos* está relacionada à tolerância que implica em acolher as limitações e até defeitos dos outros e conviver harmonicamente com eles, elaborando formas não destrutivas de resolver eventuais conflitos.<sup>52</sup>

A virtude da *comensalidade* é extremamente importante, principalmente pensando na realidade de que 1/3 da humanidade vive faminta e subnutrida. Essa virtude está ligada à ideia de que devemos ‘comer e beber juntos’.

Constituímos uma comunidade de vida, dependemos de outros seres para nossa própria vida, e ao mesmo tempo, somos responsáveis pela vida deles, garantindo-lhes o habitat onde encontram sua alimentação.

De tudo vê-se que para o ser ético preocupado com o alcance da sustentabilidade há que se ter virtudes como a hospitalidade, a convivência, o respeito a todos e a comensalidade.

## 6 Considerações finais

Devido a gravidade dos problemas ambientais e sociais que se intensificaram a partir dos anos 70, houve uma mudança de paradigma dentro da sociedade onde passamos do paradigma da liberdade para o paradigma da sustentabilidade.

Sustentabilidade, portanto, visa trazer um equilíbrio entre o ambiente, o social, o econômico, o tecnológico e a ética. Nesse artigo o enfoque principal foi quanto à dimensão ética da sustentabilidade.

A prática ética deve representar a conjugação de atitudes permanentes de vida, em que se construam, interior e exteriormente,

---

51 BRASIL, Ministério do meio ambiente. Ética e Sustentabilidade. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade.*

52 BRASIL, Ministério do meio ambiente. Ética e Sustentabilidade. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade. Ética e Sustentabilidade.*

atitudes gerenciadas pela razão e administradas perante os princípios e as virtudes éticas.

Para falar de sustentabilidade precisamos parar para reflexão, dar uma pausa para espiritualidade, ir além das correrias do dia a dia, para o encantamento das coisas mais simples da vida.

Ainda não conseguimos superar o individualismo e não conseguimos internalizar na intensidade desejada e necessária a luta por uma democracia participativa para que assim ocorra uma discussão madura e consciente acerca dos problemas globais enfrentados.

Um novo projeto de civilização, que busca um desenvolvimento econômico, subordinado às necessidades de justiça social e à preservação e recuperação ambiental.

Assim, finalizo com palavras de Gabriel Real Ferrer: A sustentabilidade comporta uma noção positiva e altamente proativa, que supõe a introdução das mudanças necessárias para que a sociedade planetária, constituída pela humanidade, seja capaz de se perpetuar indefinidamente no tempo.

## Referências

ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Manual de derecho ambiental*. Navarra: Litografia IPAR, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores?* Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENDLIN, Samara Loss; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade frente ao artigo 6º da constituição da república federativa do Brasil de 1988. *Revista*

*Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 6, n. 2, 2. quadrimestre de 2011. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOFF, Leonardo. *Ética da vida: a nova centralidade*. Rio de Janeiro: Record, 2009.

BOFF, Leonardo. O cuidado essencial: princípio de um novo ethos. *Revista Inclusão Social*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 28-35, out./mar., 2005. Disponível em: <http://revista.ibict.br/inclusao/article/view/1503/1690>. Acesso em: 15 mai2016.

BRASIL. Ministério do meio ambiente. *Caderno de debate Agenda 21 e sustentabilidade*. Ética e Sustentabilidade. Disponível em: [www.mma.gov.br/agenda21](http://www.mma.gov.br/agenda21). Acesso em: 10 de maio de 2018.

BRASIL. *A carta da terra*. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf). Consultado em 05 de abril de 2019.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. *Sequência*, Florianópolis, v. 36, p. 239, 2015.

EFE. Mais de 113 milhões de pessoas foram vítimas de fome extrema em 2018. *Exame*, 2 de abril de 2019. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/noticias-sobre/mudancas-climaticas/>. Acesso em: 11 abr. 2018.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: Direito ao futuro*. Belo Horizonte, Fórum, 2019.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Veredas do Direito*, v. 13, p. 133-153, 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia. Uma nova perspectiva para o Direito Ambiental: o direito ao ambiente como direito fundamental da pessoa humana. *Interesse Público (Impresso)*, v. 18, p. 95-110, 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira Garcia; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In: Maria Claudia da Silva Antunes de Souza; Heloise Siqueira Garcia. (Org.). Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer*. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 37-54.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A busca por uma economia ambiental: a ligação entre o meio ambiente e o direito econômico. *In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (Org.). Governança transnacional e sustentabilidade*. Itajaí: UNIVALI, 2014, v. 1, p. 7-27.

GARCIA, Heloise Siqueira; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. A construção de um conceito de sustentabilidade solidária: contribuições teóricas para o alcance do socioambientalismo. *Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo*, v. 2, p. 147-168, 2016.

HORKHEIMER, Max. *Eclipse da razão*. São Paulo: Centauro, 2000.

LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlic Orth. 8. ed. Petrópolis:: Vozes, 2011.

MAY, Rollo. *Man's search for himself*. New York. London: WW. Norton & Company, 2009.

MININNI-MEDINA, Nana. Educação ambiental em centros urbanos: a problemática da incorporação de valores éticos. *Congresso Habitat II*, Florianópolis, 1998.

MORIN, Edgar. *O método 6: ética*. Tradução de Juremir Machado. Porto Alegre: Sulina, 2005.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ONUBR. Mudanças climáticas devem intensificar deslocamentos forçados, dizem especialistas. *Nações Unidas do Brasil*, 22 de junho de 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mudancas-climaticas-devem-intensificar-deslocamentos-forcados-dizem-especialistas/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

ONUBR. Nações Unidas Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

RIFKIN, Jeremy. *La civilización empática*. La carrera hacia una conciencia global en un mundo en crisis. Madrid: Paidós, 2010.

SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; DE OLIVEIRA, Micheline Ramos. *Migrações e refugiados: um olhar multidimensional e os dilemas da contemporaneidade*. Belo Horizonte: Vorto, 2017.



# O AMBIENTE DE TRABALHO COMO MÉTODO DE ENSINO DOS DIREITOS CULTURAIS: UM ESTUDO DE CASO EM UMA ORGANIZAÇÃO SOCIAL

*THE WORKING ENVIRONMENT AS A METHOD OF EDUCATION OF CULTURAL RIGHTS: A CASE STUDY IN A SOCIAL ORGANIZATION*

Edson Alves da Silva Filho<sup>I</sup> 

Mônica Mota Tassigny<sup>II</sup> 

<sup>I</sup>Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa em Pós-graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, CE, Brasil. E-mail: edsonalvesfilho@gmail.com

<sup>II</sup>Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Programa em Pós-graduação em Direito Constitucional, Fortaleza, CE, Brasil. Doutorado em Sócio-Economie du Développement. E-mail: monica.tass@gmail.com

**Resumo:** Os métodos de ensino utilizados nas Instituições de Ensino Superior, mais precisamente nos Cursos de Direito, têm sido muito criticados, inclusive com a própria ausência de um debate na academia sobre como hoje o conhecimento é transmitido. Também a maioria das grades curriculares dos Cursos de Direito não fazem menção aos Direitos Culturais, os quais ganharam grande importância após o advento da Constituição Federal de 1988, o que propicia o surgimento de uma geração de profissionais da área jurídica sem qualquer pensamento crítico e nenhum conhecimento sobre a área. Tanto é que a Resolução nº 5, de 17 de Dezembro de 2018, do Conselho Nacional de Educação Superior, que estabelece as Diretrizes Nacionais para os Cursos Jurídicos de graduação, muito embora faça menção a novos desafios do Direito, omite-se sobre o ensino dos Direitos Culturais, tornando, assim, regra a não previsão na academia de disciplinas abordando o assunto. Este artigo tem, pois, como objetivo identificar e analisar o ambiente de trabalho do profissional que atua em uma Organização Social ligada à gestão cultural como um eficaz método de aprendizagem jurídica na seara dos Direitos Culturais, contribuindo, assim, para apontar caminhos sobre os problemas enfrentados quanto ao estudo de tais direitos. Como metodologia, trata-se de abordagem qualitativa, de caráter descritivo e explicativo, mediante levantamento bibliográfico, documental e realização de pesquisa de campo com um estudo de caso, realizado no período entre fevereiro a maio de 2019, em uma Organização Social da área cultural. Ressalta-se como resultado a necessidade da gestão cultural, em especial a atuação prática do profissional do Direito,



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3169

Recebido em: 14.06.2019

Aceito em: 11.11.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

integrar o conteúdo do ensino dos Direitos Culturais nos Cursos Jurídicos de graduação.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico. Direitos culturais. Ambiente de trabalho. Organizações sociais.

**Abstract:** The teaching methods used in higher education institutions, more precisely in law courses, have been widely criticized, including the very absence of a debate in academia about how knowledge is transmitted today. Also, most of the curricula of Law Courses do not mention the Cultural Rights, which gained great importance after the advent of the Federal Constitution of 1988, which promotes the emergence of a generation of legal professionals without any critical thinking and no knowledge about the area. So much so that Resolution No. 5, of December 17, 2018, of the National Council of Higher Education, which establishes the National Guidelines for Undergraduate Legal Courses, even though it mentions new legal challenges, omits the teaching Cultural Rights, thus making it a rule not to foresee in the discipline academy addressing the subject. This article aims, therefore, to identify and analyze the work environment of the professional who is present in a Social Organization linked to cultural management as an effective method of legal learning in the area of Cultural Rights, thus contributing to point out ways about the problems. faced with the study of such rights. As a methodology, it is a qualitative approach, descriptive and explanatory, through bibliographic, documentary survey and field research with a case study, conducted from February to May 2019, in a Social Organization of the cultural area. It is emphasized as a result the need for cultural management, especially the practical performance of the legal professional, to integrate the content of the teaching of cultural rights in undergraduate legal courses.

**Keywords:** Legal education. Cultural rights. Work environment. Social organizations.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O ensino jurídico no Brasil e o estudo dos direitos culturais. 3 O ambiente de trabalho em uma organização social como método de estudo dos direitos culturais. 4 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Os métodos de ensino utilizados nas Instituições de Ensino Superior, mais precisamente nos Cursos de Direito, têm sido muito criticados, inclusive com a própria ausência de um debate na academia sobre como hoje o conhecimento é transmitido aos alunos nos cursos de graduação e pós-graduação. Também, quase não há nas grades curriculares dos Cursos de Direito qualquer menção aos Direitos Culturais, os quais ganharam grande importância após o advento da Constituição Federal de 1988 ao serem erigidos à categoria de direitos fundamentais, sendo os cidadãos os seus destinatários e o Estado como grande vetor de efetivação de tais direitos.

Tanto assim que as últimas Diretrizes Curriculares Nacionais para os Cursos de graduação em Direito, nos termos da Resolução nº 5, de 17 de Dezembro de 2018, do Conselho Nacional de Educação, muito embora tenham proposto novas disciplinas, como, por exemplo, Formas Consensuais de Solução de Conflitos, para a formação técnico – jurídica obrigatória, e tenham feito menção a novos desafios da Ciência Jurídica como optativas, contemplando Direito Esportivo e Direito Cibernético, não fizeram menção ao estudo dos Direitos Culturais, tornando praxe, assim, que muitos cursos de graduação não prevejam em seus currículos o ensino de tão relevantes direitos, ante a sistemática da Constituição de 1988.

E o principal problema para a sociedade está no surgimento de uma geração de profissionais da área jurídica sem qualquer pensamento crítico, por terem se acostumado, em sua vida acadêmica, apenas a fazer consultas e aplicação de códigos, sem fazer qualquer abordagem interpretativa mais acurada sobre os problemas enfrentados, em especial quanto ao estudo dos Direitos Culturais, cujas demandas sejam individuais ou coletivas cada vez mais requerem dos juristas um amplo conhecimento no assunto.

É nesse contexto que o presente artigo identificará o ambiente de trabalho do profissional do Direito que trabalha em uma Organização Social como um eficaz método de aprendizagem jurídica, especialmente no estudo dos Direitos Culturais. Nesse intento, será abordado inicialmente o ensino jurídico no Brasil e a abordagem dos Direitos Culturais, e, em seguida, será visto como o referido ambiente pode municiar e auxiliar os profissionais do Direito no aprofundamento de suas investigações e resolução dos problemas que surgem no se cotidiano, principalmente no trato dos Direitos Culturais, esperando-se, assim, contribuir para apontar caminhos sobre as dificuldades enfrentadas pelo ensino do Direito e dos Direitos Culturais no Brasil.

Desse modo, a pesquisa é bibliográfica, documental e de campo mediante a realização de um estudo de caso<sup>1</sup>. Quanto à abordagem, é qualitativa, de caráter descritivo e explicativo, buscando analisar os métodos hoje utilizados no campo do ensino do Direito no Brasil e a aprendizagem no tocante aos Direitos Culturais. A pesquisa bibliográfica terá por base livros, além de revistas, periódicos e artigos científicos, mediante, neste último caso, o acesso às plataformas Scielo, Capes, dentre outras. Quanto à documental, privilegiar-se-á dados obtidos junto aos portais de transparência dos governos do Estado de São Paulo e Ceará, os quais mantêm diversas parcerias com Organizações Sociais do âmbito cultural.

## **2 O Ensino Jurídico no Brasil e o Estudo dos Direitos Culturais**

Desde o final da década de 1970 e o início de 1980, tem-se observado uma maior expansão do ensino superior com o aumento do

---

1 A pesquisa de campo com o estudo de caso se deu, no período de Fevereiro a Maio de 2019, com o Instituto Dragão do Mar – IDM, organização social qualificada pelo Estado do Ceará, para realizar ações no âmbito da cultura, sendo a primeira no país a receber a gestão integral de um equipamento cultural no Brasil, no caso, o Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura, o que foi realizado mediante a análise de procedimentos jurídicos e situações que se colocaram à frente profissional do Direito que atua na instituição, em face do estudo dos Direitos Culturais.

número de faculdades, que hoje são verdadeiros centros universitários já amplamente difundidos e bastante arraigados à vida em sociedade.

Crescente também a quantidade de cursos universitários da área jurídica, em especial a partir da Constituição de 1988, que obrigou a Administração Pública a organizar seus cargos em carreiras, muitas das quais jurídicas, bem como realizar concurso público de provas ou provas e títulos para o preenchimento de vagas no serviço público.

Em face desse panorama, aumentaram também a busca pelo ingresso no serviço público, o que demandou a proliferação de cursos voltados exclusivamente para preparar os seus alunos para entrar nos quadros da Administração Pública, espalhando-se pelo país inúmeros “cursinhos”, como são conhecidos popularmente, inclusive com alguns direcionados para preparar o aluno quanto ao exame de aptidão da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse contexto, as aulas e o estudo do Direito ficaram baseados, em sua maioria, em grandes manuais esquematizados, os quais não trazem reflexões mais aprofundadas a respeito dos temas estudados, nem permitem uma análise crítica por parte dos alunos, que passam a decorar normas e conceitos de doutrinadores da área, sem analisá-los, desestimulando, assim, a pesquisa e a produção acadêmica, o que, posteriormente, perpassa para o campo da atuação profissional do aluno, que fica limitado aos enunciados da jurisprudência dos tribunais pátrios, sem que haja uma necessária construção de contra-argumentos, e, com isso, renovação do conhecimento jurídico.

Isto fez com que o ensino jurídico no Brasil de uns tempos para cá ficasse relegado e refém dos métodos aplicados em tais cursos preparatórios, como, por exemplo, exercícios de decorar artigos de códigos, leitura de resumos e manuais, até porque quase a totalidade dos estudantes que optam por cursar Direito nas faculdades tem em mente prestar apenas concursos assim que concluir os seus créditos, muitos os fazem até mesmo ainda cursando a universidade.

E esse panorama se dá na medida em que as profissões jurídicas são controladas pelo próprio mercado, que necessita de profissionais da área do Direito para a resolução dos seus problemas, e a consequência disso é que tais profissões acabam por moldar todo o ensino jurídico, inclusive com grades curriculares altamente influenciadas, daí que muitas das faculdades de direito hoje em dia não passam de meras reprodutoras do que almejam as carreiras jurídicas (SANTOS, 2012, p. 93).

Tal realidade fez com que o ensino jurídico perdesse o senso crítico, formando discentes totalmente despreparados em formular novas ideias dentro da Ciência Jurídica e apresentar interpretações possíveis que possam auxiliar na modernização e inovação do pensamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, docentes também entraram nesse contexto, e não mais passaram a exigir do aluno estudante de Direito qualquer postura para além da mera leitura de resumos e manuais, tanto é que muitos discentes sequer têm interesse em conhecer programas de pós-graduação das universidades ou trabalhar em projetos de extensão ofertados pela comunidade acadêmica, daí que outras áreas do conhecimento fazem graça com a Ciência Jurídica hoje em dia ao compararem os seus métodos atuais de ensino como cursos profissionalizantes, e não propriamente acadêmicos (STRECK, 2018, p. 86).

Até mesmo as obras da doutrina jurídica que hoje são mais bem aceitas nas faculdades ganham o perfil de uma esquematização, exatamente se utilizando dos métodos dos cursos preparatórios, e são tais manuais, com quadros de resumos e síntese, por exemplo, que são lidos e debatidos em salas de aula, ficando a relação aluno e professor por demais estéril, uma vez que, comumente, não há cobrança de nenhum lado para que se tenham reflexões mais profundas sobre o pensamento jurídico, já que a posição é apenas de repetir verbetes jurisprudenciais sem qualquer reflexão de tempo e espaço (STRECK, 2018, p. 101).

Outro ponto extremamente deixado de lado nas bancas universitárias diz respeito aos próprios métodos de ensino do Direito. Ora, se não há sequer uma postura crítica dos discentes e de alguns docentes acerca do que estão ministrando em sala de aula e do que está sendo assimilado pelos alunos, imagine se há indagação mais profunda sobre que método se está utilizado, qual o mais eficiente e eficaz que tornará aquele aluno um verdadeiro profissional apto de enfrentar os problemas que lhe forem demandados, seja na advocacia, em cargos públicos, na academia, nas corporações, enfim, na própria sociedade como um todo, daí que urge se debater na própria academia novos métodos para transmissão do conhecimento jurídico (GHIRARDI, 2012, p. 18).

Vozes têm se levantado criticamente sobre todo esse panorama, pois a preocupação é tamanha, de modo que se está no Brasil formando uma geração de juristas que não possuem o menor senso crítico, gerando um decesso para o pensamento jurídico brasileiro, o que acabará afetando a própria sociedade, que padecerá com a inaptidão de profissionais do Direito na resolução de conflitos sociais cada dia mais diversificados e temas também bem peculiares, os quais vão exigir uma base sólida de formação seja do advogado, juiz, promotor, dentre outros.

Para Mônica Tassigny (2018, p. 823), coexistem hoje num idêntico ambiente acadêmico minoria de docentes que se voltam de fato para formação técnica e crítica do aluno e a maioria daqueles preocupados apenas pela transmissão das informações, sendo estas as características estruturais do ensino jurídico no Brasil nas duas últimas décadas.

Algumas soluções são apresentadas para que se tenha um ensino jurídico realmente voltado para as questões sociais, problematização e resolução de seus conflitos e a pacificação do próprio da própria sociedade, um dos fins que é do próprio Direito, o que deve advir da

própria postura dos próprios formandos, por estarem com o dever nas mãos e responsabilidades para com a sociedade.

Para Lenio Streck (2017, p. 68), por exemplo, a solução mais eficaz parte da mudança da própria postura do estudante, que não deve se enganar com os treinos dos cursos preparatórios e dos manuais esquematizados e resumos, pois, neste caso, o aluno estará apenas no mínimo treinado para o começo de determinada carreira jurídica, mas o jogo da vida lhe exigirá criticidade e maturidade, que só se alcança com leituras das mais diversas e disseminação do conhecimento.

Eis aí que entra o estudo dos Direitos Culturais, tema bastante atual e que veio a ser discutido após a Constituição de 1988 ao trazê-los textualmente: “Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988).

Com efeito, os Direitos Culturais estão habitualmente relacionados aos Direitos de Segunda Geração, ao lado dos Sociais e Económicos. Todavia, parecem receber da doutrina tradicional uma atenção secundária, quando, em verdade, toda a Constituição está fundamentada na concepção de garantia ao pleno exercício dos Direitos Culturais (CUNHA FILHO, 2000, p. 42).

Desde então, tem-se trabalhado com a dificuldade de se conceituar os próprios Direitos Culturais, até porque para isso deve se perpassar pela própria definição do que seja cultura. Assim, de acordo com Humberto Cunha (2002, p. 18), tem-se que primeiramente desmitificar a ideia de que a cultura e os bens que esta proporciona são produtos da elite, o que não é verdade, mas sim objeto da cidadania, daí que todos os Direitos Culturais dizem respeito a toda a sociedade brasileira nos seus mais diversos grupos e indivíduos, devendo serem apropriados por todo e qualquer cidadão.

Com base na Antropologia, tem-se que a própria noção de cultura remete ao conjunto de ações desenvolvidas pelos seres humanos, na busca de sobrevivência, equiparando necessidades utilitárias e simbólicas que orientam o comportamento humano. Assim, nessa perspectiva, todo comportamento social que utiliza símbolos para construir, criar ou transmitir é cultura (NEVES, 2003, p. 49-50).

Desse modo, a cultura abrange um sistema integrado de padrões de comportamento e símbolos aprendidos, por meio da comunicação e da aprendizagem, que caracterizam os membros de determinada sociedade, resultado do processo de vida, o que dá consciência de pertencimento a grupo (MARTINS, 2006, p. 107).

E é com base nessa definição da própria cultura que os Direitos Culturais são conceituados aqueles ligados às artes, à memória coletiva e ao fluxo dos saberes que garantam aos cidadãos o seu conhecimento no passado, com intervenção no presente e expectativas de fruição no futuro, sempre se voltando para a proteção da dignidade da pessoa humana (CUNHA FILHO, 2018, p. 28).

Aliada a essa dificuldade de se definir o que são propriamente os Direitos Culturais, o assunto, como visto, é bastante novo, e pouco se tem conhecimento nas faculdades, especialmente nos cursos da graduação, da existência de disciplinas voltadas para o seu estudo.

Tanto é essa a realidade que as recentes Diretrizes Nacionais Curriculares do Conselho Nacional de Educação, prevista na Resolução nº 5, de 17 de Dezembro de 2018, embora tenham proposto novas disciplinas para os cursos de graduação em Direito, como, por exemplo, Formas Consensuais de Solução de Conflitos, como obrigatória para a formação técnico – jurídica (Artigo 5º, inciso II), e tenham feito menção a novos desafios da Ciência Jurídica para optativas, como Direito Esportivo e Direito Cibernético (Artigo 5º, §3º), não fizeram menção aos estudo dos Direitos Culturais, fazendo com que muitos cursos de graduação não prevejam em seus currículos o ensino de tão relevantes

direitos, o que, como visto, vai na contramão do tratamento dado ao tema pela Constituição Federal de 1988(BRASIL, 2018).

Com efeito, tem-se que uma das críticas que se faz à Ciência Jurídica diz respeito a sua dificuldade em se entrelaçar com outras áreas do conhecimento e assimilar determinados dados por elas fornecidos, talvez por conta até da própria dogmática que vem sendo difundida nas bancas de faculdades nestes últimos anos, conforme o contexto acima referido, em especial em temas relacionados ao estudo da cultura, fundado, muitas vezes, em pesquisas empíricas, que evidenciam a realidade, a consequência disso é o surgimento de um pensamento cego aos fenômenos sociais, nada tendo a contribuir para as transformações da sociedade e resolução de seus problemas (LIMA; BATISTA, 2013, p. 6).

No entanto, é a própria Constituição Federal que exige um olhar diferenciado dos juristas e da comunidade acadêmica sobre o estudo do Direito, especialmente acerca dos Direitos Culturais, que, além de virem expressos no texto constitucional, a própria Constituição é fruto de uma experiência cultural e objeto da própria cultura, aberta que é a tantas transformações que sejam necessárias para a maximização dos direitos fundamentais e para a proteção e salvaguarda da dignidade da pessoa humana.

De acordo com Peter Häberle (2017, p. 86), a concepção cultural, ao entender que a Constituição, em verdade, tem um aspecto sociológico, político e jurídico, remete para um conceito de Constituição cultural, como resultante da cultura de um povo, sendo condicionante dessa mesma cultura, não sendo, pois, um mero texto do ordenamento jurídico voltado para os juristas, mas sim um guia para este interpretar os problemas que lhes são apresentados pelos cidadãos, os quais têm no texto constitucional a imagem do da sua identidade e do seu patrimônio cultural.

Também nessa linha Jorge Miranda (2006, p. 6-7), que, ao tecer comentários sobre a Constituição portuguesa de 1976, aponta que esta

possui duas facetas, uma delas diz respeito à comunidade e a segunda ao poder, sendo a cultura uma construção a partir e para o próprio povo não pode ficar aquela fora do texto constitucional, assim como outras áreas afetas diretamente aos cidadãos, como é o caso da economia, por exemplo.

Desse modo, ao trazer um Capítulo específico sobre cultura e mencionar os Direitos Culturais, a Constituição de 1988 exige que todos os sujeitos do cenário jurídico, sejam estudantes, professores, advogados, dentre outros profissionais do Direito, além, é claro, da própria, academia, tenham uma postura crítica, com a qual devem aprofundar os estudos desses direitos, com muito mais vigor, até porque a interpretação das demais normas do sistema jurídico deve ser feita a partir do próprio texto constitucional.

### **3 O ambiente de trabalho em uma organização social como método de estudo dos direitos culturais**

E um dos mais importantes instrumentos para se efetivar um estudo denso e mais profícuo sobre os Direitos Culturais é exatamente o compartilhamento do conhecimento nas organizações em que os juristas se encontram trabalhando, revelando-se um excelente método que permite ao estudioso do Direito tanto estudar as bases teóricas como também viabiliza a aplicabilidade prática de suas conclusões e achados.

Isto porque vem sendo cada mais difundida a necessidade de geração e do compartilhamento do conhecimento dentro das organizações, seja esta empresa ou de qualquer outra espécie, a fim de que haja uma maior segurança na tomada de decisões estratégicas tanto por parte do corpo técnico como também pelos dirigentes. E é por essa razão que o conhecimento e sua geração e transmissão dentro de um ambiente organizacional como uma estrutura que viabiliza novas experiências e informações a serem assimiladas por cada colaborador (DAVENPORT; PRUSAK, 1998, p. 20).

Nesse contexto, as Organizações Sociais da Cultura<sup>2</sup> revelam-se como um ambiente mais propenso para a realização do estudo dos Direitos Culturais, já que, tendo personalidade jurídica de direito privado, seja na forma de associações ou fundações, não fazendo, pois, parte da Administração Pública, firma parceria com esta última para gerir recursos estatais na consecução de políticas públicas culturais descentralizadas e desburocratizadas, logo, mais eficientes, estabelecendo-se, neste sentido, ações, metas, resultados e um sistema de avaliação a serem fixados em Contrato de Gestão firmado entre o Estado e as referidas instituições privadas.

E essas Organizações Sociais que chegam a firmar Contratos de Gestão com a Administração Pública constituem o que se chama hoje de Terceiro Setor, no qual estão inseridas todas as entidades representativas da sociedade civil organizada que atuam paralelamente ao Mercado e muitas vezes em parceria com o Estado, para a promoção de direitos fundamentais de cunho social ou de segunda geração, como é o caso da cultura, daí a grande importância que tais instituições vêm tendo nos tempos últimos tempos aqui no Brasil, uma vez que atuam na melhoria das condições de vida dos cidadãos (SECUNDINO SANTOS; PAES; LIMA, 2018, p. 239).

Para se ter uma ideia da importância e do êxito da implantação do modelo das Organizações Sociais na gestão da política pública cultural, no final de 2012, o Estado de São Paulo contava com vinte Organizações Sociais que firmaram Contratos de Gestão com a Secretaria de Estado da Cultura, objetivando a descentralização e desburocratização das políticas públicas setoriais da cultura, com a realização de festivais,

---

2 As Organizações Sociais surgiram no sistema jurídico brasileiro na década de 1990 com a proposta de Reforma do Estado do Governo Fernando Henrique Cardoso, que fez aprovar no Congresso Nacional a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. No Estado do Ceará, todavia, a legislação que trata do assunto adveio alguns meses antes com a sanção da Lei nº 12.781, de 30 de Dezembro de 1997, pelo então Governador Tasso Jereissati. O cerne da Reforma era desburocratização do Estado para tornar as ações de governo mais eficientes em áreas sensíveis como cultura, educação, saúde, ciência e tecnologia, dentre outras.

premiações, eventos, assim como viabilizar a gestão de trinta e três equipamentos públicos e quase seis corpos musicais estáveis, revelando-se como modelo amplamente adotado pelo referido ente político na gestão cultural (MATTA, 2013, p. 60).

De acordo com informações obtidas junto ao Portal da Transparência do Estado de São Paulo, de 2004 a 2016, foram investidos mais de R\$ 3.995.000.000,00, gerando-se 4.617 empregos e tendo como público – alvo dos projetos executados pelas Organizações Sociais o montante de 77.015.000 de cidadãos, o que demonstra forte impacto de execução da própria política pública.

Assim também ocorre com o Estado do Ceará, que, além de ser um dos pioneiros na aprovação da legislação da matéria, como visto, foi o primeiro ente federativo que entregou um equipamento cultural para ser gerido por Organização Social, como foi o caso do Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura (CDMAC) e o então Instituto de Arte e Cultura do Ceará (IACC) em 1999, hoje denominado Instituto Dragão do Mar (IDM).

Com efeito, o CDMAC, cujo projeto arquitetônico é fruto do trabalho dos arquitetos Fausto Nilo e Delberg Ponce de Leon, foi erguido em uma antiga área portuária localizada na Praia de Iracema em Fortaleza, capital do Ceará, bairro de moradia, boêmia e ócio, com grande frequência tanto de visitantes locais como turistas (LINHARES, 2013, p. 168).

Nesse contexto, o projeto do Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura foi apresentado ao então governador Ciro Gomes pelo Secretário da Cultura Paulo Linhares como elemento da política cultural inserida numa nova compreensão do desenvolvimento. Em tal período, o turismo, ao lado do lazer e da cultura, faria do Dragão do Mar uma porta de entrada do Ceará no mundo globalizado da indústria de bens culturais, a servir como instrumento, pois, de disponibilização de diversos Direitos Culturais a serem fruídos pelos cidadãos, como a

formação, capacitação, produção, e difusão nas áreas da arte e cultura em suas diversas linguagens.

Ademais, a criação do Centro Dragão do Mar representou elemento de reorganização de territórios no seu entorno, levando o bairro da Praia de Iracema a uma série de transformações, com modificação da dinâmica social, com a geração de fluxos de residentes e turistas e movimentação da economia dos bairros próximos e da própria capital.

Sendo um dos centros culturais maiores do Brasil, conta com 14,5 mil metros quadrados de área construída para vivenciar a arte e a cultura, com exposições no Museu da Cultura Cearense, no Museu de Arte Contemporânea do Ceará e na Multigaleria; espetáculos cênicos, no Teatro Dragão do Mar, no Espaço Rogaciano Leite Filho e na Arena Dragão do Mar; assistindo filmes nas salas de exibição do Cinema do Dragão; visitas guiadas ao Planetário Rubens de Azevedo; e ainda com a realização de simpósios, congressos, feiras, festivais e shows locais, nacionais e internacionais, no Anfiteatro Sérgio Mota, no Auditório e na Praça Verde do Dragão.

De acordo com Elizabeth Ponte (2012, p. 92), por ter sido bem sucedido, o Ceará serviu como paradigma aos Estados de São Paulo, Minas Gerais, Mato Grosso, Pará e Bahia, que já se utilizam do modelo Organização Social e Contratos de Gestão na área cultural, e sempre é tido como referência para outros estados que objetivam implantá-lo para a gestão não apenas de espaços culturais, mas também de orquestras e companhias artísticas estaduais, como, por exemplo de Rio de Janeiro, Espírito Santo e Rio Grande do Sul.

Por isso, Paulo Linhares entende que as críticas feitas no passado durante a construção do CDMAC de que este seria tido no futuro como um “elefante branco”, que entraria em desuso e abandono por parte do Poder Público e da sociedade, caíram por terra, pois só em 2018 o centro cultural contabiliza 1,8 milhões de visitantes e gera 9,6% de empregos formais no Ceará em curso crescente, quando, ao se comparar os dados estatísticos, os percentuais da indústria caem (LINHARES, 2018).

De 1998 para 2019, outros equipamentos culturais da Secretaria da Cultura do Estado do Ceará (SECULT) passaram também pelo processo de publicização ficando sob a gestão do IDM, que atualmente está na responsabilidade de administrar, além do Centro Dragão do Mar de Arte e Cultura<sup>3</sup>, outros projetos, como Escola Porto Iracema das Artes, Escola de Gastronomia Social Ivens Dias Branco, Centro Cultural Bom Jardim, Escola de Artes e Ofícios Thomaz Pompeu Sobrinho, Cine Teatro São Luiz, Theatro José de Alencar, Casa de Saberes Cego Aderaldo e Vila da Música, estes dois últimos localizados nas cidades do Crato e Quixadá, interior do Ceará, além de executar pontualmente outras ações culturais não necessariamente relacionadas aos referidos equipamentos, como é o caso, por exemplo, do Festival de Música da Ibiapaba e da Bienal do Livro do Ceará.

Desse modo, os desafios são enormes para o profissional do Direito que atua no IDM, uma vez que tem que lidar com o caráter multifacetário da Organização Social, que é privada, mas que gere recursos públicos, e, neste quesito, deve primar pelos princípios da Administração Pública, nos termos da Lei nº 12.781/1997, que em seu art. 18 assim estabelece:

A Organização Social deverá dispor de regulamento próprio, contendo os procedimentos a serem adotados para fins de aquisição de materiais, obras, serviços e empregados, com a utilização de recursos provenientes do Contrato de Gestão, observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, da transparência, da isonomia e da publicidade. (CEARÁ, 2007).

Por meio de uma abordagem junto ao profissional do Direito que atua na referida Organização Social, mediante a análise dos procedimentos jurídicos empreendidos pela instituição e situações enfrentadas pelo jurista em seu cotidiano de trabalho, no período de

---

3 Só o valor do Contrato de Gestão firmado entre o Estado do Ceará, por meio da SECULT, com o IDM para a gestão do CDMAC saltou de R\$ 7.984.358,66 no exercício de 2015 para o montante de R\$ 14.535.796,39 em 2019, de acordo com o Portal da Transparência do Governo do Estado do Ceará.

fevereiro a junho de 2019, pôde se diagnosticar que hora o profissional tem que enfrentar temas do Direito Trabalho, haja vista o regime dos seus colaboradores ser celetista; hora, do Direito Civil, na confecção dos contratos com artistas e grupos, inclusive internacionais; dos Direitos Autorais, tanto em relação às obras que recebe em seus espaços, como os Museus do CDMAC, por exemplo, como também pelos produtos gerados pelo próprio Instituto durante os seus percursos formativos; do Direito Administrativo<sup>4</sup> e Financeiro, considerando as regras estabelecidas nos Contratos de Gestão, que, por lei, devem seguir os princípios da Administração Pública; e num cenário nada favorável, de quase total desconhecimento sobre o regime jurídico do que de fato é uma Organização Social e o serviço que executa.

E esse desconhecimento por parte de gestores públicos é que faz do profissional do Direito que atua numa Organização Social da Cultura tenha ainda, não raras vezes, um papel de verdadeiro embaixador, devendo atuar com muita polidez, urbanidade e zelo nas tratativas para com os órgãos e entidades com quem se firma o Contrato de Gestão, evitando-se, assim, conflitos institucionais que podem desembocar em verdadeiras crises políticas dentro de um governo, visto que todos, tanto Administração Pública como as Organizações Sociais, se unem em regime de parceria para executar a política pública cultural.

Isto porque na própria Administração Pública nem sempre se tem formação suficiente e adequada para compreender o fenômeno e os objetivos da publicização, quais os critérios de fato de uma avaliação percuciente sobre as metas e as ações estipuladas nos Contratos de Gestão firmados com as Organizações Sociais, qual o verdadeiro papel desta na execução de uma política pública de cultura, além do preconceito que as auditorias internas possuem com tais entidades, como se todas

---

4 Para uma melhor compreensão sobre alguns conflitos entre o próprio Poder Público e as entidades da sociedade civil da área de cultura, conferir o artigo “A NATUREZA JURÍDICA DA PARCERIA ENTRE O ESTADO E A SOCIEDADE CIVIL: ESTUDO DE CASO À LUZ DA LEI 13.019/2014” (BRAYNER; SILVA FILHO, 2019).

estivessem burlando os regimes jurídicos administrativos, quando, na verdade, se sabe que qualquer procedimento administrativo está infenso a malversações, bastando que hajam gestores imbuídos em interesses desconectados com a finalidade pública (PONTE, 2012, p. 127).

Desse modo, observa-se que o profissional do Direito tendo como ambiente de trabalho uma Organização Social da Cultura deve manejar e conhecer todos aqueles ramos do Direito, enfrentar desafios institucionais exatamente para viabilizar e aperfeiçoar os Direitos Culturais insertos na Constituição Federal, em especial o de assegurar a todos o acesso a bens e produtos culturais, como é o caso da programação e dos processos de formação nas mais diversas linguagens artísticas, com festivais, shows, espetáculos teatrais, dança, cinemas, dentre outras ações. E é aí em que o seu estudo sobre os Direitos Culturais ficarão mais sólidos e profundos, podendo utilizá-lo tanto para a vida acadêmica quanto profissional.

Portanto, para o jurista que atua numa entidade como o Instituto Dragão do Mar (IDM), há uma gama de especialidades que tem de conhecer para com elas entender primeiro o modelo das Organizações Sociais e dos Contratos de Gestão, situá-los no âmbito da efetivação dos direitos culturais e conseqüentemente das políticas públicas que lhes são correlatas, para depois enfrentar os problemas diários de caráter muitas vezes institucionais que chegam até sua mesa de trabalho para reflexão sobre qual opinião emitirá para que o corpo gestor da entidade tome a decisão mais segura e eficaz do ponto de vista do sistema jurídico, servindo assim o seu ambiente de trabalho como método eficaz de aprendizagem jurídica.

Nessa direção, apontam-se como resultados os seguintes: os procedimentos de uma Organização Social da Cultura e as situações que chegam até o jurista que atua assessorando a instituição propiciam um conhecimento mais acurado sobre a realidade da efetivação dos direitos culturais por meio das políticas públicas de cultura, visto que permite o manejo dos mais diversos conhecimentos do Direito no âmbito cultural;

assim, a atuação do profissional de Direito numa Organização Social ligada à gestão da cultura deve servir de conteúdo para o ensino dos direitos culturais no Brasil, em especial para os alunos de graduação, o que permitirá o surgimento de uma geração de juristas com uma postura mais crítica acerca de tais direitos, passando tais profissionais a enxergar os demais ramos da Ciência Jurídica como elementos necessários para a efetivação e concretização dos primeiros, tidos pela Constituição Federal como direitos fundamentais.

#### **4 Considerações finais**

O ensino jurídico vem enfrentando uma série de problemas decorrentes da eclosão de inúmeros Cursos de Direito e da crescente quantidade de cursos voltados exclusivamente para as carreiras jurídicas e outras do serviço público, como também para o exame da Ordem dos Advogados do Brasil, o que fazem tanto algumas faculdades, como docentes e alunos, a adotarem métodos de transmissão das matérias à semelhança do que ocorre nos referidos cursos preparatórios, como leitura de manuais, resumos, métodos de decorativos, gerando ampla literatura antenada com a nova metodologia, com o uso de esquemas, gráficos, dentre outros artifícios.

Igualmente, o estudo dos Direitos Culturais, por não ser de todo conhecido, em especial dentre os alunos que saem da graduação sem qualquer noção sobre a temática, ainda que a Constituição de 1988 seja tida como cultural, por inaugurar um capítulo específico sobre a cultura, sendo também um produto cultural e um vetor de transformações político - institucionais, exige que profissionais do Direito tenham uma postura crítica sobre o assunto, visto que não mais se imagina hoje em dia qualquer interpretação das normas do sistema jurídico sem partir do próprio texto constitucional.

Desse modo, a geração e a gestão do conhecimento num ambiente de trabalho em qualquer organização são de suma importância para o fortalecimento tanto dos profissionais como da própria instituição,

posto que criadas estruturas cognitivas que facilitam a absorção das informações e auxiliam na tomada de decisões estratégicas.

Nesse sentido, depreende-se que o profissional do Direito que atua numa Organização Social por ter de conhecer um pouco de várias disciplinas jurídicas, além de ter um papel conciliador no trato das relações para com a Administração Pública, irá melhor conhecer na prática a concretude e aplicabilidade dos Direitos Culturais, estes tão relegados no plano do ensino jurídico, angariando, assim, conhecimentos mais sólidos sobre a matéria, o que fará que aquele se sirva do manancial de desafios propiciados por seu ambiente de trabalho como um método eficaz de aprendizagem jurídica.

Por isso, é que se conclui que o jurista que trabalha numa Organização Social que firma parceria com o Estado na área da cultura por meio do Contrato de Gestão tem mais condições de conceber os Direitos Culturais e aperfeiçoá-los durante a sua atuação profissional cotidiana, seja orientando o corpo gestor da entidade na tomada de decisões estratégicas condizentes com tais direitos, seja na resolução de conflitos e na adoção de procedimentos dos mais diversos temas da seara jurídica para a solidez e efetivação de políticas públicas representativas do emanado na Constituição Federal no tocante à cultura.

## Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Poder Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 31 jan. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.637*, de 15 de maio de 1998. Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9637.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9637.htm). Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. *Resolução nº 5*, de 17 de dezembro de 2018. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília: Ministério da Educação, 2018. Disponível em: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 31 maio 2019.

BRAYNER, André Vitorino; SILVA FILHO, Edson Alves da. A natureza jurídica da parceria entre o Estado e a Sociedade Civil: um estudo de caso à luz da Lei 13.019/2014. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, n. 9, 2019.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*. Brasília: Presidência da República, 1995. v. 1.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos *et al.* *A construção política do Brasil: Sociedade, Economia e Estado Desde a Independência*. 2. ed. São Paulo: 34, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CEARÁ (Estado). *Lei nº 12.781*, de 15 de maio de 1998. Institui o Programa Estadual de Incentivo às Organizações Sociais, dispõe sobre a qualificação destas entidades e dá outras providências. Fortaleza: Assembleia Legislativa, 1997. Disponível em: <https://www2.al.ce.gov.br/legislativo/legislacao5/leis97/12781.htm>. Acesso em: 31 maio 2019.

CEARÁ (Estado). *Portal da Transparência do Estado do Ceará*. Fortaleza: Poder Executivo, 2019. Disponível em: <https://ceartransparente.ce.gov.br/>. Acesso em: 31 maio 2019.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Direitos Culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria e prática da gestão cultural*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2002.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. *Teoria dos Direitos Culturais: fundamentos e finalidades*. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2018.

DAVENPORT, T. H.; PRUSAK, L. *Conhecimento empresarial: como as organizações gerenciam o seu capital intelectual*. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2008.

FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto F. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GHIRARDI, José Garcez. *O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2012.

GONDIM, L. M. P. *Os “governos das mudanças” no Ceará: um populismo weberiano?* In: ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓSGRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS, 19., 1995, Caxambu, MG. Anais... Caxambu, MG: ANPOCS, 1995. p.1-16. Disponível em: <http://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/19-encontro-anual-da-anpocs/gt-18/gt16-15/7654-lindagondim-modelo/file>. Acesso em: 31 maio 2019.

GONDIM, L. M. P. *O dragão do mar e a Fortaleza pós-moderna*. São Paulo: Annablume, 2007.

GONDIM, L. M. P. *O dragão e a cidade: lendas do Ceará*. *Revista Eletrônica do Programa de Pós-Graduação em Museologia e Patrimônio – PPG-PMUS*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.13-23, jul./dez. 2009. Disponível em: <http://revistamuseologiaepatrimonio.mast.br/index.php/ppgpmus/article/viewFile/69/69>. Acesso em: 31 maio 2019.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007.

LIMA, Roberto Kant de; BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica? Um desafio metodológico. *Anuário Antropológico*, Brasília, n. I, p. 9-37, 2014.

LINHARES, Paulo Sérgio Bessa. *Cidade de água e sal: por uma antropologia do litoral do Nordeste sem cana e sem açúcar*. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2013.

LINHARES, Paulo Sérgio Bessa. *Maloucos, o dragão e o elefante*. 2018. Disponível em: <https://www.opovo.com.br/jornal/opiniao/2018/04/maloucos-o-dragao-e-o-elefante.html>. Acesso em: 31 maio 2019.

MARTINS, C.; LEITE, L. Cultura, religiosidade popular e romarias: expressões do patrimônio imaterial. In: MARTINS, C. (Org.). *Patrimônio cultural: da memória ao sentido do lugar*. São Paulo: Roca, 2006. cap. 9, p. 105-120.

MATTA, Beatriz. *O modelo de organização social de cultura em São Paulo: potencialidades e fragilidades após sua implantação*. 2013. Dissertação (Mestrado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/10659>. Acesso em: 31 maio 2019.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais*. O Direito. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006.

NEVES, B. A. C. Patrimônio cultural e identidades. In: MARTINS, C. (Org.). *Turismo, cultura e identidade*. São Paulo, SP: Roca, 2003. cap. 6, p. 49-61.

OHTAKE, R. Os novos monumentos das metrópoles. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 14, n. 4, p.11-119, out./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/spp/v14n4/9758.pdf>. Acesso em: 31 maio 2019.

PONTE, Elizabeth. *Por uma cultura pública: organizações sociais, OSCIPs e a gestão pública não estatal na área da cultura*. São Paulo: Itau Cultural, 2012.

SECUNDINO SANTOS, Júlio Edstron; PAES, José Eduardo Sabo; LIMA, Cleide Ferreira. O terceiro setor e o princípio democrático: uma análise da utilização do experimentalismo democrático pela sociedade civil organizada como forma de melhoria da democracia brasileira na atualidade. *Revista Direitos Culturais*, [S.l.], v. 13, n. 31, p. 225-253, dez. 2018. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2841/1388>. Acesso em: 31 maio 2019.

SANTOS, A. F. P. R. Uma introdução à Sociologia das profissões jurídicas. *Revista Prisma Jurídico*, São Paulo, 2012. Disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93426128007>. Acesso: 31 maio 2019.

SÃO PAULO (Estado). *Portal da Transparência do Estado de São Paulo*. São Paulo: Poder Executivo, 2013. Disponível em: <http://www.transparenciacultura.sp.gov.br/>. Acesso em: 31 maio 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: o senso incomum?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial*. Espanha: Tirant Brasil, 2018

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TASSIGNY, Mônica Mota; MAIA, Isabelly Cysne Augusto. Perfil do estudante de Direito, utilização de metodologias ativas e reestruturação pedagógica dos currículos acadêmicos. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 817-838, 2018.



# MULTICULTURALISMO E DIREITO: DIÁLOGOS EM TORNO DA PLURALIDADE CULTURAL

*MULTICULTURALISM AND LAW: DIALOGUES AROUND CULTURAL PLURALITY*

Deo Campos<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Rede de Ensino Doctum (Doctum), Juiz de Fora, MG, Brasil. E-mail: deo.campos@doctum.edu.br

**Resumo:** O presente trabalho apresenta como hipótese principal o argumento da centralidade dos debates realizados pela Teoria Política sobre a pluralidade cultural nos Estados Liberais Democráticos contemporâneos para o estudioso do Direito. Para isso, esta pesquisa apoia-se nos fundamentos e conclusões da abordagem liberal do multiculturalismo para ilustrar como esses resultados tocam de forma central a adoção de diversas políticas públicas e a consequente atuação do Direito em torno do tema. Em um estudo analítico/prescritivo interdisciplinar envolvendo teoria política e direito, este trabalho procura desenvolver dois objetivos principais: em seu primeiro momento, pretende realizar a análise dos principais pontos abordados pela Filosofia Política normativa sobre o debate da diversidade cultural; num segundo momento, procurarmos reconhecer dentro das políticas públicas analisadas a influência desse mesmo debate e sua importância para uma análise jurídica do tema.

**Palavras-chave:** Multiculturalismo Liberal. Direito. Teoria Política. Diversidade Cultural.

**Abstract:** The current paper presents as a main hypothesis the argument of the centrality of the debates held by the Political Theory about the cultural plurality in the contemporary Liberal Democratic States for the student of the Law. For this, this research relies on the foundations and conclusions of liberal approach of multiculturalism to illustrate how these results play a central role in the adoption of various public policies and the consequent action of Law around the theme. In an interdisciplinary analytical / prescriptive study involving Political Theory and Law, this paper seeks to develop two main objectives: first, we intend to analyze the main points addressed by



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3220

Recebido em: 31.07.2019

Aceito em: 17.12.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

normative political philosophy around the debate on cultural diversity; in a second moment, we try to recognize within the analyzed public policies the influence of this same debate and its importance for a legal analysis of the subject.

**Keywords:** Liberal Multiculturalism. Law. Political Theory. Cultural Plurality.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Multiculturalismo: um conceito, diversos significados. 3 Contextualizando o multiculturalismo. 4 Multiculturalismo como Filosofia Política: uma visão global dentro do recorte liberal. 5 Multiculturalismo e Direito: o papel do Estado e das políticas públicas. 6 Conclusão. Referências.

## 1 Introdução<sup>1</sup>

A formação de um estado com as características do Brasil, colonizado por imigrantes forçados e voluntários, como os africanos e os europeus, ocupando um espaço territorial que originariamente pertencia a uma terceira e primeira nação de indivíduos, os índios, leva, inevitavelmente, à composição de um país com características que podem ser identificadas como multiculturais<sup>2</sup>. Essa é e sempre será uma das principais e mais importantes marcas do Brasil e responsável por influenciar toda a formação social do país (PRADO JUNIOR, 1994; RIBEIRO, 2013; HOLSTON, 2013; OLIVEIRA, 2018). Embora essa multiculturalidade brasileira não possa passar despercebida por estudiosos das mais diversas vertentes das ciências sociais aplicadas<sup>3</sup>,

---

1 Este artigo é resultado do período como *Visiting Scholar no Dept.* de Filosofia da Queen's University, no Canadá, sob orientação do professor Will Kymlicka. Agradeço as valiosas observações dos professores Will Kymlicka e Gisele Cittadino na formulação deste texto.

2 Entendemos o termo multicultural como o utilizado para descrever o fato da diversidade em uma sociedade, seja ela cultural ou religiosa, por exemplo. Para mais detalhes, ver: SONG, Sarah. *Multiculturalism*. The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2017 Edition). Edward N. Zalta (ed.). (Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2017/entries/multiculturalism/>>. Acesso em 31 jul. 2019).

3 Para um apanhado dos mais diversos estudos, ver, entre outros: SCHALK-SOEKAR,

curiosamente, salvas honrosas exceções, foi relegada a uma posição secundária por parte dos estudiosos do Direito brasileiro<sup>4</sup>.

Diante das complexidades de um país extremamente desigual e com um sistema jurídico intrincado e relativamente novo, talvez o tema, após a Constituição de 1988<sup>5</sup>, não tenha sido observado e estudado com a atenção merecida. Nesse sentido, num país marcado pela desigualdade, demonstra-se fundamental uma discussão na interseção entre os dois temas – diferenças culturais numa perspectiva jurídica –, colaborando para a efetivação de uma importante parcela daquilo que constitui o cidadão e passando indubitavelmente pela questão econômica.

Com a unanimidade encontrada na sociedade pela necessidade de políticas públicas voltadas para a redistribuição econômica<sup>6</sup>, as atenções também devem voltar-se para um debate pautado no reconhecimento da multiculturalidade do povo brasileiro e da necessidade da adoção, cada vez mais efetiva e incisiva, de políticas públicas voltadas aos imigrantes e, principalmente, às minorias nacionais. Estas são emblematicamente exemplificadas pelas comunidades quilombolas e pelas diversas nações indígenas que, desde da invasão dos portugueses e espanhóis na América do Sul, sobreviveram a contínuos genocídios através dos séculos.

Nesse sentido e na esteira de Will Kymlicka, podemos afirmar que o Estado brasileiro pode ser considerado um estado multinacional e poliétnico: multinacional por ser composto de diversas minorias incorporadas no decorrer da colonização (KYMLICKA, 1996, p. 11);

---

Saskia R. G.; VAN DE VIJVER, Fons J. R. *The Concept of Multiculturalism: A Study Among Dutch Majority Members*. Journal of Applied Social Psychology, vol. 38, n. 8, 2008.

4 Ver, entre outros: CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça redistributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004 e *Multiculturalismo e Tolerância*. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 103-107, 1997.

5 O próprio texto trata do assunto em diversos momentos: art. 3º, IV; artigo 5º VIII, XLI, XLII, artigo 231 e artigo 232 da Constituição Federal.

6 Apesar da existência de críticos do modelo atualmente adotado, parece unânime que a questão da redistribuição econômica é um dos temas fundamentais para o Estado Brasileiro.

poliético por residir aqui uma população imigrante que escolheu este país para adotar como residência permanente (KYMLICKA, 1996, p. 19)<sup>7</sup>. Desse modo, o Brasil precisa assumir-se verdadeiramente multicultural e voltar-se para a afirmação dessa cidadania como tal, expressando seu compromisso com a dignidade dos mais diversos indivíduos que, por sua vez, compõem os grupos culturais que aqui residem (WALDRON, 2008).

O Direito tem papel fundamental nesse novo momento, em que é necessário não só discutir sobre quais as políticas públicas são necessárias para a afirmação da multiculturalidade no Brasil, mas também entregar ao judiciário o papel de intérprete de uma Constituição que, apesar de se afirmar pluralista, não vê os tribunais exercerem o papel de efetivador das demandas produzidas por um país multicultural<sup>8</sup>. Ante a constatação da necessidade de um olhar atento e ativo à questão da multiculturalidade e do Direito brasileiro, faz-se necessário, como um dos pilares de um projeto que visa a um Direito Brasileiro Multicultural, entender o complexo sentido do termo multiculturalismo. Para isso, é fundamental conhecermos, sobretudo, as bases dos conceitos envolvidos no debate.

Diante dessas considerações, este texto apresenta ao leitor um manancial introdutório de informações que o levarão a uma melhor compreensão do termo “multiculturalismo”, seus significados, suas funções, características, bem como sua relação com o Direito. Com

---

7 Sigo aqui a mesma divisão do autor quanto à exclusão de grupos minoritários, como mulheres e homossexuais. Segundo Kymlicka, esses grupos são marginalizados, inclusive, dentro das minorias das quais fazem parte e, a despeito das demandas comuns com as minorias nacionais e étnicas, precisam ser estudados de formas separadas.

8 Uma rara exceção da visão predominante do Judiciário brasileiro pode ser encontrada na decisão liminar da juíza da primeira vara da justiça federal do Amazonas, que concedeu o auxílio-maternidade às indígenas da etnia Kanamari menores de 16 anos. Para mais detalhes ver: BRASIL. MPF-AM. *Decisão judicial garante salário-maternidade às mães da etnia kanamari menores de 16 anos*. (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/am/sala-de-imprensa/noticias-am/mpf-am-decisao-judicial-garante-salario-maternidade-as-maes-indigenas-da-etnia-kanamari-menores-de-16-anos>. Acesso em 31 jul. 2019).

esse intuito, este artigo tem como objetivo principal fornecer ao leitor uma forma de “genealogia do multiculturalismo”, restrita aos limites naturais inerentes a toda pesquisa científica. Assim, longe da pretensão de exaurir o tema, ao contrário, buscamos esclarecer ao leitor pontos fundamentais e fornecer as bases iniciais para possíveis debates transversais, procurando, com isso, impedir que variados mal-entendidos a respeito do assunto sejam cometidos<sup>9</sup>.

Nesse sentido, pretendemos responder às seguintes indagações: Que sentido traz consigo o termo multiculturalismo? Qual sua interação com o Direito? Quais as possíveis decorrências dessa interlocução?

Para isso, adotamos uma perspectiva metodológica claramente interdisciplinar<sup>10</sup>, na interseção entre o Direito e a Teoria Política normativa. Em determinadas ocasiões, adotamos um processo de descrição, que altera momentos analíticos e prescritivos/normativos (CHAMPEIL-DESPLATS, 2013, p. 12).

## **2 Multiculturalismo: um conceito, diversos significados**

Como qualquer conceito complexo, diversas são as definições e polêmicas sobre o termo multiculturalismo (TAYLOR, 2012, p. 413-23). De modo geral, podemos compreender que o termo traz embutido consigo um sentido de movimento político com um conjunto de ideias filosóficas, sociais e políticas (ARTHUR, 2005, p. 1).

Entretanto, e antevendo a própria constituição da razão da existência desse movimento, o multiculturalismo deve ser entendido como um verdadeiro fato da vida real: a efetiva constatação de que diversos Estados, entre os quais o Brasil, são compostos pela diversidade

---

9 O autor deve agradecimentos ao professor Michael Murphy pela criação e pelo desenvolvimento da metodologia de introdução ao estudo do tema. Grande parte deste artigo segue, à risca, os métodos aplicados pelo autor no livro: *Multiculturalism: a critical introduction*. London: Routledge, 2012.

10 Para mais detalhes, ver: KLEIN, Julie Thompson. A taxonomy of interdisciplinarity. In: FRODEMAN, Robert; KLEIN, Julie Thompson; MITCHAM, Carl. *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 21.

cultural (PAREKH, 2006, p. 3)<sup>11</sup>, o que impulsiona a necessidade de se refletir sobre como Estado liberal democrático poderia acomodar os indivíduos diante de tal situação (MURPHY, 2012).

Antes de buscar defini-lo, é importante ressaltar a capacidade de se entender o termo tanto como um conjunto de filosofias políticas, quanto como política pública<sup>12</sup>. A ligação entre esses dois sentidos precisa ser cuidadosamente observada, já que os diversos instrumentos utilizados por um Estado multicultural para acomodar sua população, ou seja, a política pública aplicada não está necessariamente vinculada a uma ou outra corrente filosófica.

Por outro lado, ainda que à filosofia política caiba oferecer uma justificativa moral para as políticas públicas adotadas (MURPHY, 2012, p. 6), fica evidente a impossibilidade de afirmar que todas as atividades vinculadas por governos têm como fundamento uma determinada justificação para o multiculturalismo. Essa relação é, inclusive, um dos pontos mais relevantes do tema, já que podemos facilmente notar a influência da filosofia política na formulação de políticas públicas em certos países (KYMLICKA, 2008; KYMLICKA, 2012, p. 10), afastando, mais uma vez, a cruel e ignorante mácula que afirma a ausência de conexão entre a filosofia e a prática (KYMLICKA, 2011).

Associado constantemente a um compromisso com o respeito pelas identidades culturais dos indivíduos e pelas lutas em prol do direito

---

11 Bhikhu Parekh, realizando uma divisão distinta de Kymlicka, identifica três formas mais comuns de diversidade cultural na sociedade moderna: a primeira delas refere-se a indivíduos que dividem uma cultura comum, entretanto com crenças e práticas particulares em certos aspectos de sua vida, como os *gays*, por exemplo; a segunda está em membros de uma sociedade que são altamente críticos a alguns dos principais valores culturais, como as feministas ou os ambientalistas, cujas perspectivas intelectuais são distintas da maioria dos membros de sua comunidade; a terceira diversidade refere-se ao sistema de crença e práticas pessoais, como é o caso dos imigrantes recém-chegados.

12 São diversos os conceitos de política pública. Para uma análise deles e um estudo introdutório sobre o tema ver: SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em 31 jul. 2019.

de representação dessas mesmas identidades, o multiculturalismo está intimamente ligado às chamadas “políticas de identidade”, por Young, às “políticas de diferença”, por Taylor, e às “políticas de reconhecimento”, por Gutman (SONG, 2010).

O multiculturalismo pode ser entendido, em síntese, como um conjunto de ideias sobre a acomodação legal e política da diversidade étnica (KYMLICKA, 2012, p. 1; IVINSON, 2010, p. 2)<sup>13</sup>. Não deixa de ser importante acrescentar que a busca pela acomodação da diversidade deve ser entendida num sentido duplo: o multiculturalismo busca uma acomodação mútua, em que minorias e majorias realizam sacrifícios distintos em prol do respeito à diversidade étnica de seu país. Não se trata, evidentemente, da formulação de privilégios para uma ou outra categoria de indivíduos. O caminho é exatamente na direção contrária (PAREKH, 2006, p. 13).

### **3 Contextualizando o multiculturalismo**

Embora, há mais de quarenta anos, sejam observados em estados multiétnicos e multinacionais princípios sobre a acomodação política e legal das minorias, segundo alguns autores, em meados dos anos 80, eles se tornaram foco da teoria política (SPINNER-HALEV, 2008, p. 12).

O multiculturalismo pode ser entendido como parte de uma revolução dos Direitos Humanos, muito anterior a década de oitenta do século XX, mais precisamente iniciada após a Segunda Guerra mundial. Até então, a questão da multiplicidade étnica e religiosa era vista no sentido de hierarquia e assimilação.

Esse olhar, por sua vez, era justificado por ideologias racistas que propunham a superioridade de um povo e sua cultura, em detrimento de direitos e valores de outros indivíduos (KYMLICKA,

---

13 Segundo Iverson (2010), “o multiculturalismo é o conjunto de teorias, atitudes, crenças, normas, práticas e políticas que buscam providenciar reconhecimento público e suporte para a acomodação de minorias etnoculturais”.

2012). Como resultado de tais ideologias, podemos identificar, no âmbito internacional, políticas de colonização, e, no âmbito interno, políticas racistas que culminaram na segregação racial americana e no holocausto nazista.

Após o trauma da Segunda Grande Guerra, ante a necessidade de repensar a igualdade entre os indivíduos, surgem três importantes movimentos políticos de sedimentação do debate atual sobre o multiculturalismo, também denominados três grandes ondas da revolução dos Direitos Humanos: a primeira surgiu nas lutas pela descolonização, concentradas no período de 1948-65; a segunda foi contra a segregação e discriminação, entre 1955-65; e a terceira consistiu na luta pelos direitos das minorias, no final dos anos 60 (KYMLICKA, 2012, p. 6).

O multiculturalismo deve ser entendido como parte dessa grande revolução dos Direitos Humanos, que envolve a diversidade ética e racial, emergindo nas democracias ocidentais no final dos anos 60 (KYMLICKA, 2012, p. 6), podendo ser incluído como parte integrante da terceira onda, que, assim com as outras duas, tem como núcleo central a igualdade entre os direitos do homem.

Desse modo, pode-se dizer que a revolução dos Direitos Humanos cumpre um duplo papel: ela atua não só como inspiração para as mais diversas lutas sociais, mas também como um instrumento de limitação e definição do sentido dessa luta. Se o desafio passa ser a aquisição de igualdade entre indivíduos antes hierarquizados e separados, essa mesma igualdade começa cumprir a função de redefinir desigualdades que fazem parte dos próprios grupos minoritários e de suas tradições de exclusão e opressão, como aquelas praticadas contra mulheres e homossexuais, por exemplo.

Segundo Kymlicka, cada um desses movimentos contribuiu para o processo da construção de uma cidadania democrática que transformou não só as “relações verticais entre as minorias e o Estado

em que elas habitam, como também as relações horizontais entre os membros de diferentes grupos” (KYMLICKA, 2012, p. 5).

Como resultado das discussões iniciadas nos 60, fica claro que o modelo de cidadania anterior, imposto a todos os indivíduos de forma indiferenciada, está superado. A partir de então, a cidadania deve ser entendida como o respeito pelas demandas de todas as minorias, tendo como filtro os Direitos Humanos, as liberdades civis e a Democracia. As revoluções dos direitos humanos fornecem as bases fáticas que dão ensejo às discussões filosóficas e políticas travadas hoje a respeito do tema.

#### **4 Multiculturalismo como Filosofia Política: uma visão global dentro do recorte liberal**

Um das maiores marcas do multiculturalismo é sua profusão de vertentes e significados. Procurar definir o termo é, por si só, um desafio que requer extensa tarefa do estudioso. Diante de sua vasta variedade, muitos autores centraram-se num ponto específico do assunto, como as relações do multiculturalismo com as políticas de identidade (KENY, 2004), com o nacionalismo (MILLER, 1995), com a diversidade religiosa (SPINNER-HALEV, 2000), com as diferenças raciais (APIAH; GURMANN, 1998), com a inclusão democrática (PHILLIPS, 1995), com a igualdade de gênero (SONG, 2007), entre outros.

Como bem colocou Michael Murphy (2012, p. 6), trata-se de uma verdadeira “jornada intelectual” buscar compreender a filosofia política do multiculturalismo, já que não há um único experimento multicultural, tampouco um grande estudo da filosofia política do multiculturalismo. Para que o leitor possa localizar-se com mais clareza nessa vastidão temática, podem ser identificados dois pontos fundamentais: fases pelas

quais passou o debate sobre o direito das minorias e, suas principais características hoje<sup>14</sup>.

O debate a respeito dos direitos das minorias na filosofia política era, até meados dos anos 80, assaz irrisório. Com exceção de Vernon Van Dyke (1977), que publicou alguns escritos sobre o tema, ele passou a tomar força e a concentrar a atenção de um conjunto de filósofos só a partir de meados dos anos 80. Kymlicka (2003, p. 30), divide o debate a respeito do multiculturalismo em três grandes fases.

Na primeira fase, até o ano de 1989, os estudiosos que debateram sobre o tema trataram-no como extensão do clássico debate entre comunitaristas<sup>15</sup> e liberais, centrando-se, numa síntese apertada, basicamente na questão da liberdade individual. Os liberais defendem, basicamente, que o indivíduo deve possuir a liberdade de decidir seu próprio conceito de vida boa, não devendo ser condicionado a qualquer condição imputada ou herdada. Trata-se, fundamentalmente, de um argumento centrado na convicção de que o indivíduo é anterior à comunidade, ou seja, a comunidade só tem importância porque ela contribui para o bem-estar do indivíduo.

Os comunitaristas, por sua vez, defendem a concepção de que todo ser humano está conectado em papéis nas relações sociais. Há, em seus argumentos, uma série de dúvidas a respeito da ideia de indivíduo autônomo. Dessa maneira, o conceito de vida boa do homem passa a ser herdado do meio cultural onde ele vive, sendo este mesmo meio responsável pelas práticas culturais que definem o que seria esta vida boa para o indivíduo. Como resultado, os comunitaristas combatem a percepção da centralidade da autonomia individual, já que ela seria,

---

14 Para um outro relato histórico do multiculturalismo, centrado na Grã Betanha ver: ALIBHAI-BROWN, Yasmin. *After Multiculturalism*. Londres: The Foreign Police Center, 2000, p. 15.

15 Uma boa visão sobre as teorias comunitaristas pode ser encontrada, entre outros, em: GUTMANN, Anne. *Communitarian critics of Liberalism*. *Philosophy and Public Affairs*, v. 14, n. 3, 1985. Sobre o comunitarismo, ver também: SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York: Cambridge University Press, 1982.

inclusive, uma das responsáveis pela destruição da comunidade (KYMLICKA, 2003, p. 31). O debate das minorias, nessa fase, estava tão intrinsicamente ligado a esta dicotomia filosófica, que não havia condições de se pensar em um liberal defendendo os direitos das minorias, já que esse mesmo direito estaria conectado à ideia de comunidades e, portanto, ao comunitarismo, vertente crítica ao liberalismo.

Com o lançamento do livro *Liberalism, Community and Culture*<sup>16</sup>, do autor filiado a perspectiva liberal Will Kymlicka (2010), o debate toma novos rumos. Numa reinterpretação do debate sobre as minorias, o pesquisador tem como argumento central que a questão das minorias culturais não está centrada na dicotomia liberal-comunitária. Trata-se, na verdade, de um desacordo entre liberais a respeito do significado do liberalismo (KYMLICKA, 1996, p. 49)<sup>17</sup>. Segundo Kymlicka, embora se trate de um debate entre indivíduos e grupos que têm um consenso sobre o liberalismo e a democracia, eles estão em desacordo com a interpretação desses mesmos princípios nas sociedades multiétnicas e multinacionais.

Nesse sentido, a grande questão passa a ser não mais a necessidade ou não da posição comunitária já que, mesmo aqueles que defendem esse ponto de vista, buscam alguma “forma de reconhecimento público e de apoio a sua língua, suas práticas e suas identidades”. Dessa maneira, eles “não só são coerentes com os princípios liberais democráticos básicos, incluída a importância da autonomia individual, como também podem ser um requisito para satisfazê-los” (KYMLICKA, 2003, p. 31).

O que há, em suma, para Kymlicka (2003, p. 34), é um “dissenso sobre o quanto é adequado o papel da língua, da nacionalidade e das

---

16 O livro é resultado da tese de doutorado do autor defendida na Universidade de Oxford, tendo como orientador de G. A. Cohen, um teórico marxista emblemático, e como banca avaliadora dois dos maiores nomes da Filosofia Liberal e da Teoria do Direito, Ronald Dworkin e Joseph Raz.

17 Segundo o autor, liberais como Dworkin e Rawls simplesmente negligenciaram o tema. Kymlicka propõe um retorno ao passado liberal, anterior à Segunda Guerra, os chamados antigos liberais, como Barker e Mill, por exemplo.

identidades étnicas dentro das sociedades e instituições liberais”. Assim, a pergunta deve ser alterada e a indagação central deve ser: “qual a extensão os Direitos das Minorias dentro da teoria liberal?”.

Ao contrário do que pode parecer, não se trata de proteger as minorias comunitárias do liberalismo, mas sim de identificar um conjunto de liberdades básicas a que toda minoria liberal tem direito.

Há, portanto, uma congruência entre os “interesses relacionados com a cultura e a identidade com os princípios liberais de liberdade e igualdade, interesses que justificam o reconhecimento de direitos especiais para as minorias” (KYMLICKA, 2003, p. 35). Kymlicka chama essa congruência de posição “culturalista liberal”<sup>18</sup>.

Proposta por Kymlicka, a terceira fase está centrada na necessidade de uma maior compreensão da natureza do Estado liberal e como ele se dirige às demandas das minorias. De forma geral, o Estado liberal é entendido com aquele que se mantém neutro diante

---

18 Diversos são os críticos dessa posição. De forma concisa, ver para a crítica cosmopolita: WALDRON, Jeremy. *Minority Cultures and the Cosmopolitan Alternative*. In: *University of Michigan Journal of Law Reform*. Vol. 25, n. 3, 1992; BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002, especialmente nas páginas 59-67; BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006. Para crítica feminista ver, ente outros: OKIN, Susan. *Feminism and Multiculturalism: Some Tensions*. *Ethics*, vol. 108/4, 1998. 661-84; OKIN, Susan. *Is Multiculturalism Bad for Women?* Princeton: Princeton University Press. 1999. Para a crítica comunitarista, ver MCDONALD, Michael. *Liberalism, Community, and Culture*. *University of Toronto Law Journal*, n. 42, 1992, pp. 113-131. Para a crítica Libertária, ver: KUKATHAS, Chandran. *The Rights of Minority Cultures*. *Political Theory*, Vol. 20/1, 1992; *Cultural Rights Again: A Rejoinder to Kymlicka*. In: *Political Theory*, v. 20/4, 1992. Para a crítica constestatória agnóstica, ver: JUNG, Courtney. *Democratic Engagement with Ethnic Minority Claims: A Methodological Intervention into a Normative Debate*. In: SHABANI, Omid Payrow (ed). *Multiculturalism and Law*. Cardiff: University of Wales Press, 2007, pp. 263-79; WILLIAMS, Melissa. *Justice Towards Groups: Political not Juridical*. In: *Political Theory*. Vol. 23/1, 1995, pp. 75-83; MURPHY, Michael. *The Limits of Culture in the Politics of Self-Determination*. In: *Ethnicities*. vol 3, 1, 2001. Por fim, para uma crítica sociológica, ver: CHOUDHRY, Sujit. *National Minorities and Ethnic Immigrants: Liberalism's Political Sociology*. *Journal of Political Philosophy*. 2002, vol. 10/1, pp. 54-78.

das diversidades, sejam elas culturais ou religiosas (WALZER, 1992, p. 99).

O autor canadense argumenta que a terceira e atual fase do multiculturalismo é a demonstração do engano dessa convicção liberal a respeito da neutralidade estatal. Para Kymlicka (2003, p. 39), os Estados liberais democráticos não são neutros, motivo pelo qual propõe a substituição da ideia de um Estado etnoculturalmente neutro por um novo modelo de estado liberal democrático, por ele denominado “modelo de construção nacional”.

Tendo como objetivo a implementação da chamada “*societal culture*”, esse modelo buscaria a promoção de um sentido comum de pertencimento e igual acesso às instituições sociais, independentemente da origem cultural de pertença do indivíduo. Por “*societal cultural*”, o autor entende uma cultura concentrada em um território, em uma língua comum e utilizada por uma ampla gama de instituições sociais, tanto na vida pública quanto na privada. Desse modo, mais que religiões ou hábitos sociais comuns, há na *societal cultural* uma língua comum e instituições sociais comuns.

Para Kymlicka, as *societal cultural* das democracias liberais são inevitavelmente pluralistas e se compõem de todo o tipo de pessoa, cada uma com suas convicções e crenças pessoais garantidas pelo Estado. Por outro lado, embora este defenda a liberdade individual, ele vê essa diversidade ser limitada pela coesão linguística e institucional resultado de sua própria política.<sup>19</sup>

---

19 Para mais detalhes, ver: KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Oxford University Press, 1989. Reimpressão: 2010; KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 76. Para uma crítica a respeito do termo, ver: TAYLOR, Charles. *Can Liberalism be Communitarian?* Critical Review. Vol. 8, n. 2, 1996. Outra crítica a respeito do termo e seu sentido foi feita por Seyla Benhabib, em *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002, especialmente nas páginas 59-67. O debate dela e de Kymlicka resultou na resposta do autor, que pode ser encontrada em: BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

Essa construção nacional atuaria como um esforço coletivo na construção e no desenvolvimento do Direito de Minorias, de modo que ambos contribuiriam para a proteção contra as injustiças que afetam esse conjunto de pessoas. A garantia de Direitos que impedem ou restringem as injustiças contra as minorias dentro desses estados, além de ser responsável por maior integração e igualdade social, geraria solidariedade, o que é essencial para a coesão política e promoção do Estado de bem-estar social (KYMLICKA, 2003, p. 41). Segundo o autor, esse é o estágio atual do debate em relação aos direitos das minorias.

Como já explicitado, a tarefa de reunir todas as posições que tratam do tema requer uma obra totalmente dedicada a ele. Quanto ao presente trabalho, dadas suas limitações, podemos identificar, entre os diversos estudos sobre multiculturalismo, a recorrente coincidência de certos argumentos que procuram caracterizá-lo, sem, contudo, serem comuns a todos os autores (MURPHY, 2012, p. 62).

Ivinson (2010) entende que, para uma melhor identificação do sentido filosófico do termo multiculturalismo, é necessário compreender que há nele três grandes lógicas que competem entre si pelo sentido final: a primeira é a protetiva ou comunitarista, centrada na perspectiva de que qualquer forma de reconhecimento público ou acomodação de um grupo etnocultural deve preservar a integridade cultural e a autenticidade do grupo; a segunda é a liberal, que, apesar de suas diversas variações, entende basicamente o multiculturalismo como uma forma de acomodação capaz de promover valores liberais, como igualdade, autonomia, tolerância; a terceira, denominada pelo autor como imperial, é crítica ao multiculturalismo, concebendo a lógica liberal como uma nova forma de colonização (IVINSON, 2010, p. 4)<sup>20</sup>.

---

20 Para importante crítica, no âmbito da análise epistemológica, ver: GROSGOUEL, Ramón. The Dilemmas of Ethnic Studies in the United States: Between Liberal Multiculturalism, Identity Politics, Disciplinary Colonization, and Decolonial Epistemologies. In: *Human Architecture: journal of the sociology of self-knowledge*, n. 10, vol. 1, p. 81-89, 2012.

O que podemos observar a seguir é um conjunto de argumentos que, em alguns momentos, restringem-se aos multiculturalistas liberais, em outros, aos multiculturalistas comunitários e/ou aos pós-coloniais, sendo que, alguns deles perpassam as três linhas de justificação do multiculturalismo.

O primeiro argumento, o chamado liberalismo multicultural, sustenta-se por duas principais alegações: enfatiza-se que a liberdade individual está ligada, de forma crucial, à necessidade da associação de um indivíduo numa comunidade; determinados direitos de grupos são capazes de promover a igualdade entre grupos nacionais majoritários e minoritários em estados multinacionais e multiétnicos (MURPHY, 2012, p. 62).

O ponto central desse argumento é a valorização da autonomia individual e da criação de direitos públicos que possibilitem ao homem poder viver na cultura por ele escolhida, por acreditar que ela lhe promova o maior bem-estar e, conseqüentemente, uma vida mais plena. Essas culturas minoritárias, por sua vez, estariam todas convivendo em um mesmo estado e dividindo instituições e valores comuns, entre os quais a língua (KYMLICKA, 1996, p. 81).

O segundo argumento centra-se na noção de tolerância. Trata-se da posição de que uma sociedade liberal deve proteger os direitos individuais, de livre associação e formação de comunidades culturais. Para isso, deve estar preparada para tolerar práticas que se desviam das normas liberais, desde que essas práticas sejam consensuais e os indivíduos tenham o direito de retirar-se desses grupos quando assim decidirem<sup>21</sup>.

O terceiro argumento é a valorização da diversidade cultural, cujo conceito consiste na promoção e proteção da expressão da cultura do indivíduo (MURPHY, 2012, p. 62). Ao promover a cultura das minorias habitantes de determinado país, o Estado estaria não só criando uma

---

21 Sobre a tolerância multicultural, ver: KUKATHAS, Chandran. Are there any cultural rights? *Political Theory*, v. 20, 1992.

sociedade mais rica e cosmopolita para todos, mas também oferecendo diversas expressões culturais que, ao serem conhecidas, podem mudar a visão de mundo daqueles que tiveram contato com elas. Da mesma maneira, esses sujeitos devem ter total liberdade de escolher se querem ou não fazer parte do grupo. Outro benefício da valorização cultural é a possibilidade de, em se travando contatos com novas expressões culturais, repensar e aprimorar nossas próprias práticas culturais (PAREKH, 2006, 167).

A política de inclusão é o quarto argumento e ponto comum entre os diversos autores. Segundo essa posição, é fundamental compreender que diversas minorias étnicas, religiosas e raciais são sub-representadas em espaços deliberativos fundamentais dentro dos Estados (PHILLIPS, 1995, p. 26). Com o intuito de aliviar e até mesmo solucionar o problema, surgem diversas recomendações, todas elas tendo como característica comum o Direito especial de representação. Esse direito compensativo tem como objetivo aumentar a presença e a força dessas minorias em fóruns de decisão democráticos, de modo a equalizar a capacidade de autodeterminação dos membros do grupo, além do importante impacto simbólico exercido sobre a cultura democrática do país (MURPHY, 2012, p. 73).

Uma quinta característica comum é a deliberação multicultural, muito próxima à ideia de inclusão. Segundo Murphy (2012, p. 73), a deliberação multicultural refere-se à aplicação de procedimentos deliberativos democráticos que garantam, além da inclusão das minorias, sua efetiva participação e engajamento no processo de debate e construção de uma decisão com a maioria. Aqui é fundamental que o procedimento garanta a presença da minoria no debate e com voz ativa, além de ser tratada com a devida consideração e respeito.

O multiculturalismo democrático é o sexto argumento utilizado por grande parte dos autores. Com foco nas minorias étnicas, tem como objetivo apoderar certos grupos minoritários nacionais com o direito de

autodeterminação<sup>22</sup> (MURPHY, 2012; TULLY, 2005), podendo variar do mais extremado, a secessão, aos mais comuns, como o direito a certa autonomia territorial e consequente independência jurisdicional ou imunidade (BUCHANAN, 1991).

Por fim, e como última característica comum, temos as políticas de reconhecimento (MURPHY, 2012, p. 79). Segundo os autores que se debruçam sobre o tema, é fundamental para a constituição da identidade do homem, ou seja, para o senso de si mesmo como indivíduo e membro de uma comunidade humana particular o reconhecimento do mesmo por parte de seu semelhante.

O reconhecimento seria, portanto, “parte constitutiva da nossa identidade” (TAYLOR, 2005, p. 36)<sup>23</sup>. Nesse sentido, é necessário compreender que, se o Estado está preocupado com o respeito às minorias culturais, é necessário tratá-las de forma distinta da maioria, garantindo direitos de práticas culturais específicas e diferentes das práticas comuns da maioria, como o direito das mulheres em usar a burca (PAREKH, 2006, p. 273). Somente dessa maneira serão garantidas ao indivíduo as condições para que ele possa, enfim, reconhecer-se plenamente.

---

22 O direito de autodeterminação estaria fundado em dois grandes princípios: o da soberania popular e o da liberdade.

23 Essa ideia, defendida por vários autores, entre os quais Taylor e Modood, é hegeliana por excelência. Seguindo a teoria do sujeito de Hegel, Taylor demonstra que a identidade do indivíduo só pode ser formada através da dialética, do contato com outros “indivíduos significantes”. O sujeito, portador de duas dimensões, a do corpo e a teleológica, “para se tornar um ser plenamente consciente, (...) tem de ser corporificado na vida, mas para realizar a perfeição da consciência, ele tem que lutar e superar a propensão natural da vida como um limite”. Para que o sujeito se torne pleno em si, afirma Hegel, a oposição (o outro, o distinto) tem papel central. Portanto, completa Taylor, “o sujeito humano modela a tese de Hegel referente à relação entre identidade e oposição, sendo não apenas idêntico e oposto à sua corporificação essencial, mas, além disso, aquela relação dual pode ser expressa num modelo temporal: com base na identidade original, a oposição necessariamente evolui, e essa oposição conduz ,ela mesma a uma unidade superior, que se funda num reconhecimento da inevitabilidade e na necessidade racional de sua oposição” (TAYLOR, 2005, p. 36). Para mais detalhes, ver: KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002; HYPPOLITE, Jean. *Gênese e Estrutura da Fenomenologia do Espírito de Hegel*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

Os autores que defendem a política do reconhecimento afirmam que, para o pleno reconhecimento do indivíduo, as minorias também devem garantir aos membros do grupo seus direitos básicos de liberdade, sendo, com isso, capaz de “respeitar a diversidade, especialmente quando estiver lidando com aqueles que não dividem os mesmos objetivos” daquela minoria (TAYLOR, 1994, p. 59).

## **5 Multiculturalismo e Direito: o papel do Estado e das políticas públicas**

A formulação de políticas públicas que tratam do multiculturalismo é resultado direto da constatação de que os Estados, hoje mais do que nunca, são compostos por multiplicidades culturais. A essa constatação soma-se a percepção atual de que a boa acomodação dessa multiplicidade é fundamental para o crescimento social e fortalecimento econômico desses mesmos Estados.

Tendo como base nenhuma, uma ou algumas das correntes da filosofia política que estudam o tema, surgem por parte dos mais diversos Estados<sup>24</sup> as chamadas políticas públicas de acomodação da diversidade cultural (LEVY, 2000, p. 2).

Como política pública, o multiculturalismo envolve diretamente o Direito e exige do Estado, uma vez identificado como multiétnico ou multinacional, a adoção de uma série de medidas para a acomodação de diferentes identidades, valores e práticas tanto dos grupos culturais dominantes como das minorias (MURPHY, 2012, p. 73). Essas medidas envolvem diretamente a postura dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que estarão envolvidos de forma central na construção e implementação dos Direitos das minorias.

---

24 Hoje países como Suíça, Nova Zelândia, Canadá e Austrália são os grandes exemplos da adoção de políticas públicas multiculturais no mundo. Para uma análise atualizada, feita pelos professores Will Kymlicka e Keith Banting, da aplicação das políticas públicas por parte dos Estados, ver: QUEENS UNIVERSITY. *Multiculturalism Policies in Contemporary Democracies* (Disponível em: <http://www.queensu.ca/mcp>. Acesso em 31 jul. 2019).

Marilyn Friedman (1995, p. 56-68), para quem uma boa política pública começa, sem dúvida, pela educação, afirma que do multiculturalismo tem dois objetivos principais: a promoção da diversidade via educação e o desafio de diminuir a o sistema de opressão.

Para Kymlicka (2012, p. 7), a adoção de currículos multiculturais nas escolas, seria, inclusive, uma das primeiras políticas públicas que deveriam ser adotadas. Essa política incluiria, inclusive, a possibilidade de educação bilíngue às crianças. Para além da questão da educação, que transpassa todas as políticas públicas, diversas são as categorias de políticas adotadas, não havendo um acordo a respeito de todas<sup>25</sup>. Cabe aqui buscar identificar aquelas mais comuns entre os estudiosos do tema<sup>26</sup>. A seguir foram levantadas as sete políticas públicas mais observadas nos países que adotam postura multicultural.

A primeira delas é a concepção de que é necessário dar voz as minorias (MURPHY, 2012, p. 31). Com isso, é necessário implementar diferentes métodos dentro do processo de representação do legislativo. Cabe aqui a construção de um arcabouço normativo que possibilita a eleição de representantes das minorias, como eleições proporcionais ou até mesmo a garantia de determinado número de cadeiras nos legislativos estaduais e nacionais reservadas a grupos minoritários. Essa postura coaduna com uma das políticas públicas sugeridas por Kymlicka (2012, p. 7), que propõe a afirmação multicultural no âmbito do legislativo das mais diversas esferas federativas.

---

25 Esse texto utiliza como fonte metodológica três estudos distintos que procuraram definir essas políticas: KYMLICKA, Will. *Multiculturalism: Success, failure, and the future*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2012; LEVY, Jacob T. *The Multiculturalism of Fear*. Oxford: Oxford University Press, 2000 e MURPHY, Michael. *Multiculturalism: A critical introduction*. London: Routledge, 2012.

26 Segundo Kymlicka: “There is no universally-accepted definition of a “multiculturalism policy”, and no hard and fast line that would sharply distinguish Multiculturalism Policies from closely related policy fields, such as anti-discrimination policies, citizenship policies and integration policies”. Ver: QUEENS UNIVERSITY. *Multiculturalism Policies in Contemporary Democracies*. Disponível em: <https://www.queensu.ca/mcp/about/definitionsdata>. Acesso em: 31 jul. 2019.

Outro ponto importante é o fomento da valorização cultural das minorias, reconhecendo simbolicamente seu valor e importância. O poder executivo, também nas suas mais diversas esferas, pode financiar grupos folclóricos e eventos culturais de divulgação da cultura dessas minorias. O legislativo, por sua vez, pode implementar dias de celebração a culturas minoritárias, como fez o estado do Rio de Janeiro ao incluir o dia de Zumbi em seu calendário de feriados.

Um ponto, talvez ainda mais importante quanto ao reconhecimento simbólico, é o reconhecimento das línguas desses povos, como as línguas indígenas<sup>27</sup>. Trata-se de um passo anterior ao reconhecimento público da própria identidade e da importância de determinado povo, como ocorreu com o Quebecois, na formação de um país, no caso, o Canadá (MURPHY, 2012, p. 35).

No Brasil, tanto as comunidades quilombolas quanto os índios da Raposa Serra do Sol<sup>28</sup>, por exemplo, são merecedores desse tipo de reconhecimento. Por fim, as desculpas públicas governamentais por erros cometidos com essas minorias étnicas são também uma forma de reconhecimento simbólico e cabem, no contexto brasileiro, a ambos os povos.

Políticas de redistribuição são também adotadas por diversos Estados com o intuito de promover o multiculturalismo (BANTING; KYMLICKA, 2006, p. 58). Apesar de ser uma relação complexa (FRASER, 1995)<sup>29</sup>, as políticas de redistribuição procuram garantir acesso a fontes necessárias para se viver de forma decente.

---

27 Como ocorreu, por exemplo, com o reconhecimento das línguas Quéchua e Aymara, na Bolívia.

28 Kymlicka e Banting incluem o reconhecimento de terras como uma das políticas específicas direcionadas para indígenas. Indo além, acreditam ser necessária a implementação de outra política, o autogoverno desses povos. Ver: BANTING, Keith; KYMLICKA, Will. *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 62.

29 Alguns autores, como Nancy Fraser, por exemplo, contestam essa conexão.

A adoção de políticas de ação afirmativa em áreas de igualdade de emprego, por exemplo, é claramente multicultural e redistributiva (GLAZER, 1998, p. 13). Deve-se salientar que redistribuição e multiculturalismo estão intrinsecamente conectados correspondendo, ambos, em instrumentos de fomento da dignidade do indivíduo (TULLY, 2000, p. 469).

A proteção é outra forma adotada pelos Estados. Muitas políticas ajudam minorias a preservar e promover suas respectivas línguas e culturas e, em alguns casos, ajudam a própria subsistência das comunidades onde residem. Essa política é fundamental quando pequenas e vulneráveis comunidades correm o risco de serem assimiladas por comunidades majoritárias com quem fazem fronteira (MURPHY, 2012, p. 38). No Brasil, comunidades quilombolas e índios são candidatos preferenciais dessas políticas.

Certos países adotam políticas com leis ou determinadas regulações de isenção a minorias. Como justificativa, autores acreditam que determinadas leis podem causar desvantagens a certas minorias em virtude de suas religiões e afiliações culturais (LEVY, 2000, 128). Banting e Kymlicka (2006, p. 56) argumentam ser necessária, nos casos de imigrantes, a adoção de políticas de exceção com a vestimenta ou com datas específicas, para certos grupos culturais.

A penúltima das categorias comumente encontradas é a da assistência. Como parte da ajuda do governo em garantir e promover as culturas minoritárias, muitos autores sugerem que o Estado financie escolas para minorias, exercendo, portanto, papel vital na difusão da cultura e da língua (MURPHY, 2012, p. 41)<sup>30</sup>. A justificativa, segundo Parekh, está fundada no princípio do igual respeito entre maiorias dominantes e minorias (2006, p. 103). De acordo com Levy (2000, 134), diferentemente das minorias, os grupos dominantes têm condições

---

30 Para Banting e Kymlicka, trata-se de uma forma de respeito aos direitos culturais dessas minorias.

de difundir sua cultura através de museus, livrarias e universidades já institucionalizadas.

Por fim, a autonomia é identificada como uma das categorias promovidas pelas políticas públicas do multiculturalismo. Com ela surge a posição de que são essenciais a constituição de uma independência jurisdicional e o Direito de autogoverno, já tratado anteriormente neste artigo. O ponto central dessa categoria é o reconhecimento das demandas das minorias por autodeterminação, que podem ser implementadas das mais diversas formas, como federalismos multiculturais (KYMLICKA, 1996, p. 27).

Segundo Kymlicka, um dos grandes defensores da autonomia do indivíduo, o direito de autodeterminação não só está garantido pelo direito internacional, através da carta da ONU, como está limitado por ela. O melhor mecanismo para a implementação desse direito é um federalismo pautado nas diferenças culturais de seus habitantes (1996, p. 27).

Essas políticas públicas apresentadas constituem apenas um sucinto panorama que nos permite conhecer algumas das ações adotadas pelo mundo. Com a contextualização histórica e a introdução dos diversos argumentos, que consistem no arcabouço teórico da filosofia política multiculturalista, procuramos oferecer ao leitor uma breve genealogia de um dos temas mais importantes e urgentes para o Direito brasileiro. Como toda grande empreitada, resta ao final a certeza da necessidade de aprofundar o debate, principalmente no sentido de apontar caminhos de como aplicar, no Brasil, um direito verdadeiramente condizente com a multiculturalidade do país.

## **6 Conclusão**

A definição de um sentido cercado de diversos pontos de debate como o termo multiculturalismo é um passo essencial para que os assuntos a ele transversos possam ser discutidos de forma

metodologicamente rigorosa. A possibilidade de oferecer ao leitor uma primeira introdução ao tema, geralmente circunscrito à teoria política e ao sentido do termo, foi a preocupação inicial desta pesquisa.

Decorrente dessa preocupação inicial, este trabalho também pretende apresentar e esclarecer, ainda que de forma a não exaurir o tema, os principais aspectos do debate realizado em torno da filosofia política normativa, especialmente a liberal, que se preocupa em analisar criticamente a realidade da pluralidade cultural nas sociedades liberais democráticas do Ocidente.

Isso porque, em que pese os exemplos em contrário, grande parte das políticas públicas adotadas pelos países decorre exatamente dos resultados apresentados por esse debate. Nesse sentido, e aqui se insere a segunda preocupação deste trabalho, o papel do Direito no processo de inclusão das minorias culturais só deixará de ser secundário, e em muitos momentos acidental, quando os juristas compreenderem a complexidade envolvida num debate claramente interdisciplinar, suas consequências e como esse primeiro momento pode, como mostramos neste trabalho, reverberar em ações que envolvem práticas Estatais nas mais diversas esferas dos Poderes.

Dessa forma, este trabalho pretendeu demonstrar que não só a abordagem da teoria política sobre o tema da pluralidade cultural é de importância fundamental para o Direito, bem como não é possível pensar ações ou soluções jurídicas sem o domínio dessa abordagem, tal é o vínculo entre os campos de estudo em torno do tema.

## Referências

ALIBHAI-BRAOWN, Yasmin. *After multiculturalism*. Londres: The Foreign Police Center, 2000.

ARTHUR, John. Multiculturalism. In: LAFOLLETTE, Hugh. *The Oxford Handbook of Practical Ethics*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

- APPIAH, K.; GUTMANN, A. (ed). *Color Conscious: the political morality of race*. Princeton: Princeton University Press, 1998.
- BANTING, Keith; KYMLICKA, Will. *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton: Princeton University Press, 2002.
- BENHABIB, Seyla. *Another Cosmopolitanism*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- UCHANAN, A. E. *Secession: The morality of Political Divorce from Fort Sumter to Lithuania and Quebec*. Boulder: Westview Press, 1991.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. Multiculturalismo e Tolerância. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 103-107, 1997.
- CITTADINO, Gisele Guimarães. *Pluralismo, direito e justiça redistributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CHAMPEIL-DESPLATS, Véronique. *Methodologies du droit et des Sciences du Droit*. Paris: Dalloz, 2013.
- FRASER, Nancy. *From redistribution to Recognition? Dilemmas of justice in a Post Socialist Age*. *New Left Review*, 212, 1995.
- FRIEDMAN, M. *Multicultural Education and Feminist Ethics*. *Hypatia*, Vol. 10, 1995.
- GLAZER, N. *We Are All Multiculturalists Now*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- GUTMANN, Anne. *Communitarian critics of Liberalism*. *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 14, n. 3, 1985.
- HYPOLITE, Jean. *Gênese e estrutura da fenomenologia do Espírito de Hegel*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.
- HOLSTON, James. *Cidadania insurgente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

IVINSON, Duncan (Ed.). *The Ashgate Research Companion to Multiculturalism*. England: Ashgate, 2010.

KENNY, Michael. *The Politics of Identity: Liberal Political Theory and the Dilemmas of Diference*. Cambridge: Polity Press, 2004.

KLEIN, Julie Thompson. A taxonomy of interdisciplinarity, In: FRODEMAN, Robert; Julie KLEIN, Thompson; MITCHAM, Carl. *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*. Oxford: Oxford University Press, 2012

KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

KYMLICKA, Will. *La política vernácula: nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona: Ediciones Paidós, 2003.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalism in Theory and Practice*. Rerum Causae, vol. 1, n. 3, 2008.

KYMLICKA, Will. *Liberalism, Community and Culture*. Oxford: Oxford University Press, 1989. Reimpressão: 2010.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalism in normative theory and in social science*. *Ethnicities*, v. 11, n. 1, 2011.

KYMLICKA, Will. *Multiculturalism: success, failure, and the future*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2012.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2002.

KUKATHAS, Chandran. *Are there any cultural rights?* *Political Theory*, vol. 20, 1992.

LEVY, Jacob T. *The Multiculturalism of Fear*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MILLER, David. *On Nationality*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

MURPHY, Michael. *Multiculturalism: a critical introduction*. London: Routledge, 2012.

- OLIVEIRA, Francisco. *Brasil: uma biografia não autorizada*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- PAREKH, Bhikhu. *Rethinking Multiculturalism*. London: Palgrave-Macmillan, 2006.
- PHILLIPS, Anne. *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- PRADO JUNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. São Paulo: Brasiliense, 2004.
- RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.
- SANDEL, Michael. *Liberalism and the Limits of Justice*. New York: Cambridge University Press, 1982.
- SCHALK-SOEKAR, Saskia R. G.; VAN DE VIJVER, Fons J. R. The Concept of Multiculturalism: A Study Among Dutch Majority Members. *Journal of Applied Social Psychology*, v. 38, n. 8, 2008.
- SONG, Sarah. *Justice, Gender and the Politics of Multiculturalism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2019.
- SPINNER-HALEV, Jeff. *Surviving Diversity: religion and democratic citizenship*. Baltimore: John Hopkins University Press, 2000.
- TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press. 1994.
- TAYLOR, Charles. Can Liberalism be Communitarian? *Critical Review*, v. 8, n. 2, 1996.
- TAYLOR, Charles. *Hegel e a sociedade moderna*. São Paulo: Loyola, 2005.
- TAYLOR, Charles. Interculturalism or multiculturalism? *Philosophy & Social Criticism*, v. 38, n. 4-5, 2012.

TULLY, James. Struggles over recognition and distribution. *Costelations*, v. 7, 2000.

TULLY, James. *Strange multiplicity: constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

VAN DYKE, Vernon. The individual, the state, and the ethnic Communities in Political Theory. *World Politics*, v. 29, n. 3, 1977.

WALZER, Michael. Comment. In: GUTMANN, Amy (Org.). *Multiculturalism and the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1992.

WALDRON, Jeremy. The Dignity of Groups Acta Juridica: NYU School of Law. *Public Law Research Paper*, p. 08-53, 2008.



<sup>1</sup>Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém, PA, Brasil. E-mail: luannatomaz@hotmail.com

<sup>II</sup>Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: thulapires@gmail.com

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo refletir acerca dos atravessamentos entre feminismos e abolicionismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres. Parte-se de uma metodologia feminista decolonial, utilizando-se pesquisa bibliográfica e documental. Foram analisadas, além da legislação referente ao tema, artigos submetidos ao Dossiê Gênero e Sistema Punitivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais e a eventos nacionais na mesma área. Ao final, propõe-se que a interlocução entre abolicionistas e feministas precisa ser conduzida pelas mulheres em situação de violência, para que seja capaz de produzir abolicionismos feministas antirracistas, anticapitalistas e anticoloniais no enfrentamento às diversas violências existentes em nossa sociedade.

**Palavras-chave:** Abolicionismos. Feminismos. Lei Maria da Penha. Violência contra a mulher. Encarceramento.

**Abstract:** This article aims to reflect on the intersections between feminisms and abolitionism in facing violence committed against women. It starts from a decolonial feminist methodology, using bibliographic and documentary research. In addition to legislation on the subject, articles submitted to the Gender and Punitive System Dossier of the Brazilian Journal of Criminal Sciences and national events in the same area were analyzed. In the end, it is proposed that the dialogue between abolitionists and feminists needs to be conducted by women in situations of violence, in order to be able to produce anti-racist, anti-capitalist and anti-colonial feminist abolitionism in confronting the various existing



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3274

Recebido em: 19.09.2019

Aceito em: 11.11.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

violence in our society.

**Keywords:** Abolitionism. Feminism. Maria da Penha Law. Violence against women. Incarceration.

**Sumário:** 1 Introdução: no universo da polifonia. 2 Os gritos das mulheres contra a violência. 3 Quem grita mais alto? A crítica abolicionista 4 Com ouvidos bem abertos: repensando perguntas e as (não) respostas 5 Polifonia no processo dialógico: abolicionismos, feminismos e as mulheres em situação de violência. 6 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução: no universo da polifonia

Na obra “Como ser as duas coisas”, Ali Smith<sup>1</sup> desenhou interessantes personagens que atravessam algumas ditas contraposições e terminou refletindo sobre como questões aparentemente opostas não são mutuamente excludentes, podendo coexistir e se entrelaçar. Esse artigo parte dessa provocação para questionar quais as tensões e possibilidades de aproximações entre feminismos e abolicionismos no enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres, no Brasil.

Mais do que trazer certezas, esse artigo foi construído na perspectiva de explorar incertezas e as complexidades que subjazem ao debate entre feminismos e abolicionismos. Desde já, importa demarcar que o compromisso maior é com o enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres e, nesse esforço, perde centralidade o movimento de determinar nossas filiações a qualquer das perspectivas acima referidas.

De um lado, tal qual destaca Flauzina<sup>2</sup>, não sustentamos estratégias enunciadas como de combate às violências contra às

1 SMITH, Ali. *Como ser as duas coisas*. São Paulo: Companhia da Letras, 2016.

2 FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. *Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância*. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRÉS, Thula. *Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

mulheres que alimentem o genocídio contra negros e negras. De outro, rejeitamos discursos abolicionistas que ignorem a agência e os processos decisórios de mulheres, negras/os, LGBTQI+<sup>3</sup> e indígenas na condução de suas agendas políticas, por considerarmos que tais iniciativas renovam as dinâmicas dos abolicionistas brancos do século XIX, que se acumpliciaram com a manutenção de hierarquias de humanidade entre eles e sujeitas/os (políticas/os e históricas/os) dos grupos sociais acima referenciados.

Assim, esse texto objetiva apresentar a relevante demanda histórica de enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres no país, atribuindo destaque aos tensionamentos entre feminismos e abolicionismos que as políticas públicas de proteção às violências contra as mulheres suscitam, evidenciar novas mecânicas de enfrentamento, os silenciamentos existentes e, por fim, destacar os limites e possibilidades dialógicas em uma perspectiva polifônica.

Para Bakhtin<sup>4</sup> alimentar a polifonia é manter uma multiplicidade de vozes em um processo dialógico. Essa polifonia deve partir, contudo, de vozes equipotentes que mantêm com as outras vozes do discurso um grande diálogo inconcluso. Essas vozes não podem ser somente objetos do discurso de alguém, mas sujeitos de seus próprios discursos, rompendo-se o silenciamento imposto muitas vezes a alguns feminismos e às próprias mulheres em situação de violência.

Diante de uma realidade extremamente hierarquizada e desigual, na qual não há nivelamento entre as vozes em disputa, um dos compromissos para tentar equalizar as demandas abolicionistas e feministas com o enfrentamento à violência contra às mulheres é romper com o ímpeto de mediar as falas dessas mulheres. Se nos reconhecemos como sujeitas políticas de igual humanidade, somos

---

3 Lésbicas, gays, bissexuais, transgêneros, queers, intersexuais e demais orientações sexuais.

4 BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. *Problemas da poética de Dostoiévski*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

obrigadas a respeitar os termos através dos quais os discursos estão sendo proferidos. Ao invés de buscar no seu horizonte de sentido algo que torne o audível ou palatável, é preciso tomar o que está sendo dito, nos termos e através das múltiplas linguagens em se apresenta.

Em respeito às mulheres em situação de violência, partimos de uma metodologia decolonial e feminista, comprometida com o antirracismo, o anticapitalismo e o anticolonialismo<sup>5</sup>. Segundo Angela Davis<sup>6</sup>:

As metodologias feministas nos impelem a explorar conexões que nem sempre são aparentes. E nos impelem a explorar as contradições e descobrir o que há de produtivo nelas. O feminismo insiste em métodos de pensamento e de ação que nos encorajam a uma reflexão que une coisas que parecem ser separadas e que desagrega coisas que parecem estar naturalmente unidas.

Impomo-nos, desta forma, um exercício de coerência. Se nos pautamos pelo compromisso com o enfrentamento da subordinação racial, de gênero, de classe, sexualidade, buscamos a centralidade do conhecimento pela experiência<sup>7</sup>. Para Alcoff<sup>8</sup> é importante uma epistemologia feminista decolonial revolucionária diante do cenário em que os conhecimentos e as experiências das pessoas oprimidas não são reconhecidas pelo discurso existente. Essa perspectiva feminista imbricada pretende conjugar a luta abolicionista pelo fim das prisões com o enfrentamento das mais variadas formas de violências contra as mulheres e de todas as manifestações do racismo, classismo e da cisheteronormatividade compulsória.

5 SOUZA, Luanna Tomaz; SILVA, Ana Beatriz Freitas; YOSANO, Yasmim Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 153. Ano 27. São Paulo: RT, 2019. p. 243-264.

6 DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018, p. 99.

7 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016.

8 ALCOFF, Linda. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Sociedade e Estado*, Brasília, n.1. v. 31, jan./abr. 2016.

Para alimentar essa conversa, além da pesquisa bibliográfica e documental, em trabalhos e legislações sobre a temática, serão analisados artigos submetidos ao Dossiê Gênero e Sistema Punitivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais e aos grupos de trabalho sobre gênero e sistema penal, em dois eventos nacionais, realizados no ano de 2018: o VIII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (que aconteceu em Juiz de Fora - Minas Gerais) e o II Encontro de Mulheres nas Ciências Criminais (que aconteceu em Belém – Pará).

Tratam-se de eventos atuais, de relevância nacional e de referência nas pesquisas produzidas por mulheres sobre mulheres e que podem desvelar algumas das tensões aqui abordadas no campo das ciências criminais e nos ajudar a pensar os limites e possibilidades de diálogo.

## **2 Os gritos das mulheres contra a violência**

O enfrentamento às violências cometidas contra as mulheres, principalmente no espaço privado, é uma das principais pautas dos movimentos feministas e de mulheres<sup>9</sup>, especialmente a partir das décadas de 1970/80. Esse é um cenário que ainda hoje preocupa. A cada duas horas, uma mulher morre, no Brasil, vítima de violência, sendo que, em mais de 70% dos casos, por alguém conhecido<sup>10</sup>.

As lutas dos movimentos focaram, ao longo do tempo, em questões como a visibilidade do tema (ainda cercado no espaço privado); a estruturação de políticas públicas, tais como as casas-abrigos e as delegacias especializadas de atendimento a mulher (DEAM's); e o fortalecimento dos mecanismos de controle social, como os conselhos das mulheres.

---

9 Utiliza-se o termo no plural para marcar a diversidade de movimentos, inclusive movimentos de mulheres que não se reivindicam feministas.

10 JORNAL NACIONAL. *No Brasil, uma mulher é morta a cada duas horas vítima da violência*. Disponível em: <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/03/08/no-brasil-uma-mulher-e-morta-a-cada-duas-horas-vitima-da-violencia.ghtml>. Acesso em: 10 abr. 2019.

As demandas foram diversas e causaram profundo impacto no crescimento dos serviços e no surgimento de proteções normativas como a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), específica para tratar acerca da violência doméstica e familiar, e a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/15), que nomeia pela primeira vez no país os assassinatos de mulheres.

Muitas das demandas dos movimentos de mulheres nas últimas décadas (dos anos 1970 em diante) não passavam pela esfera penal. É importante notar, contudo, que há traduções e absorções dessas demandas, quer no domínio da formulação, quer no da implementação, em um espaço de lutas discursivas e de poder<sup>11</sup>. Assim, em uma sociedade forjada na adoção do discurso punitivista como forma de gestão das hierarquias que nos constituem, não há como menosprezar os efeitos que esse apelo produz e em como algumas dessas perspectivas repercutem em alguns movimentos. Segundo Ana Flauzina<sup>12</sup>, os feminismos brancos assimilaram mais facilmente o discurso punitivista e conseguiram que ele reverberasse na medida em que tem hegemonia. Além disso, em um processo de escolha, que é também político, são os gritos relacionados à questão penal que acabam sendo mais ouvidos<sup>13</sup>. Em outro trabalho, Ana Flauzina e Felipe Freitas alertam<sup>14</sup>:

A inviabilidade de reconhecimento de trajetórias negras como trajetórias políticas, a invisibilidade da dimensão racial dos sofrimentos no sistema prisional ou reiteração dos repertórios raciais estigmatizantes em relação às pessoas negras no sistema

- 
- 11 SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, p. 153-170, 2010.
- 12 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIREZ, Thula. *Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.
- 13 SOUZA, Luanna Tomaz. O lugar do direito penal na luta dos movimentos de mulheres no Brasil. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018.
- 14 FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 135, ano 25, p. 49-71, set. 2017.

de segurança pública e de justiça criminal revelam que a branquitude segue indiferente à dor e ao sofrimento negro. O aspecto central neste debate é a persistência de uma narrativa na qual as demandas e a própria presença das pessoas negras no espaço público são completamente ilegíveis ao debate público.

Além do aspecto estruturante que o punitivismo tem na formação social brasileira, as demandas de recrudescimento penal refletem também uma tentativa de resposta ao fato de que, durante muitos anos, os casos relacionados à violência contra a mulher sequer eram atendidos ou terminavam com absolvições por teses como da “legítima defesa da honra”, mesmo após a edição da Lei Maria da Penha. O tratamento dado pelo sistema de justiça aos casos de violência não só (re)produziam justificativas públicas para perpetuação e naturalização das violências do cisheteropatriarcado racista, como perversamente terminavam culpabilizando as mulheres pelas violências sofridas.

Essa situação ganhou nova dimensão quando esses conflitos passaram a ser incorporados pelos Juizados Especiais Criminais, já que, como tinham em sua maioria penas de até dois anos, pela Lei 9.099/95 enquadravam-se como crimes de menor potencial ofensivo. O modelo adotado pela Lei 9.099/95 foi questionado pelos movimentos diante dos constrangimentos feitos para que as mulheres desistissem da ação ou aceitassem acordos de cestas básicas. É importante destacar que, a depender da realidade racial e social do autor, a sua percepção social como potencial violador e a impossibilidade de arcar com um acordo pautado no pagamento de cestas básicas, fazia com que para muitos homens negros e pobres a prisão fosse a única opção. Para os homens cuja humanidade é plenamente reconhecida e, nesse sentido, as violências porventura produzidas por eles é tratada, na maioria das vezes, como episódica e “justificável”, o acordo pelo pagamento de cestas básicas dava conta de restabelecer o sistema de dominação racista, sexista e cisheteronormativo.

Renovava-se o modelo de (in)justiça criminal que historicamente trabalhou para a imunização racial e socialmente informada de

determinados autores de violência (homens, brancos, cisheterossexuais e proprietários) e sobrerresponsabilização racial e socialmente informada de vítimas (mulheres, negras, transvestigêneres). De um lado, a resposta foi clara no sentido de se opor aos posicionamentos vacilantes dos magistrados e do sistema de justiça na proteção de mulheres e responsabilização de autores<sup>15</sup> e, de outro, negligenciadas as críticas de que tal modelo reforçava o racismo cisheteronormativo do sistema de justiça criminal.

Os movimentos feministas e de mulheres são plurais, assim como são suas demandas e pontos de partida. Há lutas históricas pela descriminalização de tipos como o aborto, a sedução e o adultério que, ainda que seja mobilizada por muitos movimentos, não são enunciadas nos mesmos termos. Por exemplo, se a palavra de ordem contra a descriminalização do aborto para mulheres brancas é a defesa da “autonomia” da mulher, para as mulheres negras, ela se fundamenta na defesa da “vida” dessas mulheres que sofrem desproporcionalmente os efeitos de um abortamento em condições precárias<sup>16</sup>. Boa parte das demandas protagonizadas que ecoaram nacionalmente extrapolavam o sistema penal também por reconhecer os seus limites. O conceito de enfrentamento<sup>17</sup> é, inclusive, resultado de um reconhecimento de que para além do combate, focado na responsabilização, as ações deveriam envolver outros aspectos como a prevenção e a assistência.

---

15 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

16 CASSERES, Livia. Racismo Estrutural e a criminalização do aborto no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, v.15, n. 28. São Paulo, Dez, 2018. pp.77-85.

17 O conceito de enfrentamento ficou estampado na Política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher (SPM - SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011).

A Lei Maria da Penha, fruto da recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>18</sup>, acabou, no diálogo com os movimentos, expressando esse entendimento mais amplo, prevendo ações de prevenção, de assistência e políticas de reconhecimento da violência, para além dos aspectos penais. Parte significativa das mudanças na área da responsabilização aconteceram em votações no Congresso e não partiram dos movimentos. O Projeto de Lei 4.559 (BRASIL, 2004), que resultou na Lei, não previa, por exemplo, que não fosse aplicada a Lei 9.099/95 nos casos de violência doméstica e familiar.

### **3 Quem grita mais alto? A crítica abolicionista**

Desde o advento da Lei Maria da Penha, surgiu um conjunto de críticas acerca das estratégias feministas de recurso ao sistema penal para o enfrentamento à violência. Essas críticas, especialmente criminológicas, apontam os problemas históricos de um sistema que é seletivo, violento e limitado na resolução dos problemas e as incongruências na sua utilização para proteção de grupos vulneráveis.

No campo das ciências criminais, é da perspectiva abolicionista que advém as críticas mais contundentes à Lei Maria da Penha. As perspectivas minimalistas ainda entendem ser necessário uma política que se situe entre as ideias abolicionistas e a realidade. Algumas, que dialogam com o pensamento abolicionista, pensam estratégias de curto e médio prazo de transição para o abolicionismo. Já o abolicionismo

---

18 O caso “Maria da Penha” foi submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos denunciando a complacência do país com os casos de violência cometidos contra as mulheres, por meio da situação de Maria da Penha Fernandes que sofreu duas tentativas de homicídio e estava há 17 anos aguardando uma decisão. Esse foi o primeiro caso de violência doméstica cometida contra a mulher analisado pela Organização dos Estados Americanos (OEA). Em 2001, a Comissão, em seu Informe n.º 54, responsabilizou o país por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres e recomendou, dentre outras questões a criação de Lei. A partir daí, o governo criou um Grupo de Trabalho, com a participação de instituições e movimentos que elaborou um projeto de lei (SOUZA, 2016).

radical defende a ideia da substituição do sistema penal por outras formas de solucionar os conflitos sociais<sup>19</sup>.

A corrente abolicionista tem como marco a publicação do livro “The politics of abolition: essays in political action theory”, cuja primeira edição é de 1971. Suas origens estão na Escandinávia, nos idos de 1966, com a criação do Krum - Associação sueca de reforma penal. Enquanto movimento social, todavia, a ideia de abolição aparece desde o século XVIII, na luta humanitária pela pena de prisão, contra a pena de trabalhos forçados, mutilações e a pena de morte<sup>20</sup>.

Segundo Hulsman e Celis<sup>21</sup>, temos um sistema penal que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto, no qual a impunidade é a regra e a criminalização a exceção, e não se apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos, sendo sumamente difícil mantê-lo sob controle. O autor aponta a importância na mudança da cultura punitiva, ou seja, que a população exerça práticas abolicionistas no seu cotidiano, o que, com o tempo, levaria à abolição de todo o sistema.

O objeto da abolição alcança assim todo o sistema penal em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado e sua complexa fenomenologia, inclusive sua lógica informal, difusa, periférica e que vai para além das instituições formais<sup>22</sup>. O abolicionismo promove uma crítica contundente a todo o sistema penal e sua legitimidade,

19 ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 2 nov. 2019. doi:<https://doi.org/10.5007/1909.1000.190115205>.

20 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

21 HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

22 A expressão sistema penal envolve todas as agências de controle penal estatal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Judiciário, Penitenciárias), a totalidade das leis, teorias e categorias penais que orientam e legitimam a sua atuação e seus contatos com a rede de controle social, auxiliando a construção e reprodução da cultura punitiva que se enraiza nos indivíduos, na forma de microsistemas penais.

propondo a transformação radical (abolição) do aparelho carcerário e sua substituição por outras estratégias fora da lógica do castigo, da vingança e da crueldade. Abolicionistas acreditam que o sistema penal apenas tem servido para reproduzir desigualdades e injustiças, há uma crítica contundente assim a própria sociedade<sup>23</sup>.

Não existe, contudo, um único abolicionismo. Há correntes marxistas, anarquistas e liberais<sup>24</sup>. Não há um movimento teórico e político homogêneo, senão as mais diversas variantes em distintas culturas. Mesmo na Europa onde o abolicionismo penal ganhou contornos existem diferentes perspectivas.

Cabe, contudo, perguntar, o que tais inspirações abolicionistas tem a aportar para a realidade brasileira? Em primeiro lugar, gostaríamos de apresentar como problemático o fato de pensar em abolicionismo, no século XVIII, em relação às prisões, sem ser capaz de extrapolá-los aos demais processos de morte em vida, como a escravização de boa parte da gente que estava no mundo.

Um abolicionismo que se acumplicia com a perpetuação de genocídios, no século XVIII ou no XXI, nas suas mais variadas formas de expressão, interessa a quem? Aqui, não é razoável que se pense em abolicionismo que não se comprometa com todas as formas de violência (inclusive, por óbvio, as de gênero), ainda que diante do encarceramento em massa a que estamos submetidas, seja através da noção de desencarceramento/descriminalização que se mobilize boa parte de sua atuação.

Além disso, a premissa do abolicionismo escandinavo é a de que temos um sistema penal que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto, no qual a impunidade é a regra e a criminalização a exceção. No Brasil, do século XVIII ou

---

23 LAGES, Lucas, MACHADO, Bruno. Além da lógica do castigo: abolicionismo penal, justiça restaurativa e os três dogmas do penalismo. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 29, 2018, p. 319-361.

24 SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

XXI, a impunidade como regra e criminalização como exceção só se sustenta para aquelas/es posicionados socialmente na *zona do ser*<sup>25</sup>. Para as/os posicionados na *zona do não ser*, desde àquela época mais da metade da população brasileira, a violência –sobretudo de Estado – é o modo normalizado de “composição” de conflitos. Sendo a raça o critério que passou a separar de modo incomensurável humanos de não humanos em países de herança colonial como o Brasil, a própria percepção dos efeitos desproporcional e injustamente distribuídos pelo sistema penal precisa necessariamente enfrentar o fato de que é o racismo que determina a seletividade (inclusive social) do sistema de (in)justiça criminal.

Outra importante dimensão que gostaríamos de chamar a atenção é para aquela relacionada ao tipo de intervenção efetiva e real que adotam determinadas posturas abolicionistas. Entendendo que toda postura epistêmica é necessariamente política, mais do que a adoção de uma determinada corrente teórica seja ela abolicionista ou feminista, interessa-nos um tipo de atuação acadêmica que se implique com a realidade e se comprometa com o desenvolvimento concreto daquilo que enuncia.

Segundo Nilo Batista<sup>26</sup>, o movimento de mulheres se atrelou a propostas que apenas representam o reforço e legitimação da hegemonia neoliberal através de um Estado penal. Para Maria Lúcia Karam<sup>27</sup>, parte de ativistas e movimentos feministas e de mulheres insistem na mesma

---

25 Para ver sobre a apropriação dos conceitos Fanonianos de *zona do ser* e *zona do não ser*, nos termos acima referidos, ver: PIRES, Thula. Racializando o debate sobre Direitos Humanos. Limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 65-75, dez. 2018.

26 BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: Adriana Ramos de Mello. (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2009.

27 KARAM, Maria Lucia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

suposta ‘solução penal’ e com a Lei Maria da Penha teriam feito “cega adesão ao sistema penal”, como “exemplo de seu paradoxal entusiasmo pela punição”. De acordo com Flauzina<sup>28</sup>, há muitas vezes uma miopia que impossibilita perceber que o sistema sempre foi apoiado na vulnerabilização das mulheres, por isso não pode protegê-las.

Essas críticas têm ampliado as discussões entre as pessoas que pesquisam o tema e que se dividem nas ambivalências entre a preocupação com a proteção das mulheres e com a crítica ao sistema penal e o receio de sua legitimação. Alguns trabalhos, no Brasil, têm se debruçado sobre essa tensão como: Souza<sup>29</sup>, Gomes<sup>30</sup>, Romfeld<sup>31</sup> e Montenegro<sup>32</sup>. Parte dos trabalhos encontrados aponta para a crítica às leis Maria da Penha e do Feminicídio acusando-as de punitivistas, outra parte reconhece as críticas, mas adverte sobre a necessidade, no momento, de recorrermos a mecanismos táticos de repressão.

Para verificar como essa tensão tem se espreado, foram analisados os artigos enviados para dois importantes eventos nacionais do ano de 2018: o VIII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (que aconteceu em Juiz de Fora - Minas Gerais) e o II Encontro de Mulheres nas Ciências Criminais (que aconteceu em Belém – Pará). Além disso, foram analisados os artigos enviados para o Dossiê sobre Gênero e Sistema Punitivo da Revista Brasileira de Ciências Criminais

---

28 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade* v. Ano 20, Número 23/24, p. 95–106, 2016.

29 SOUZA, Luanna Tomaz. O lugar do direito penal na luta dos movimentos de mulheres no Brasil. In: *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018.

30 GOMES, Camilla de Magalhães. *Lei Maria da Penha, feminismo e sistema de justiça criminal: uma abordagem teórica a partir das criminologias feministas*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10: Simpósio Temático Política Criminal e Feminismos. 2013.

31 ROMFELD, Victor. Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in) conciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 379-408, maio/jun. 2016.

32 MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

(RBCCRIM). Foram analisados os artigos que refletiam sobre o conflito sobre teorias feministas e criminológicas no enfrentamento às violências contra as mulheres.

No primeiro evento<sup>33</sup>, foram verificados os trabalhos enviados para o grupo de trabalho (GT): “gênero e sistema de justiça criminal”. Ao todo foram dezesseis artigos no GT, sendo que dois tinham como objetivo analisar o conflito entre as críticas criminológicas e as teorias feministas a partir da análise da Lei Maria da Penha. Em um deles a conclusão apontou para a necessidade de cuidado no uso do sistema penal e o outro afirmou que a Lei significou acirramento punitivo.

No segundo evento<sup>34</sup>, foram verificados os trabalhos enviados para o GT: “violências cometidas contra as mulheres”. Ao todo foram vinte e um artigos, dos quais dois tinham como objetivo analisar o conflito a partir da Lei do Feminicídio. Assim como na amostragem anterior, em um deles a conclusão apontou para a necessidade de cuidado no uso do sistema penal e o outro afirmou que a Lei significou exclusivamente a representação do discurso punitivo.

Para o Dossiê da RBCCRIM foram enviados cento e vinte e dois artigos. Em quatro, o conflito foi a questão central. Dois analisaram a Lei do Feminicídio e outros dois a Lei Maria da Penha. Os quatro concluíram que as leis expressam discursos punitivistas. Severi e Campos<sup>35</sup>, ao analisar a crescente produção feminista no campo do Direito, destacam que muitas envolvem-se em jogos de saberes,

---

33 Disponível em: [https://www.facebook.com/eped2018jff/?tn-str=k\\*F](https://www.facebook.com/eped2018jff/?tn-str=k*F). Acesso em 23 abr. 2019.

34 Disponível em: <http://direitopenaledemocracia.ufpa.br/index.php/ii-encontro-de-mulheres-nas-ciencias-criminais/>. Acesso em: 23 abr. 2019.

35 SEVERI, Fabiana Cristina; CAMPOS, Carmen Hein. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira / Violence against women and feminist critiques of Law: a brief analysis of Brazilian academic production. *Revista Direito e Práxis*, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 962-990, jun. 2019. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32195/25680>. Acesso em: 03 nov. 2019.

cruzamentos, entre universos distintos e demandas da academia, lugar em que se concentram tais estudos na atualidade.

Percebe-se que as críticas ao sistema penal, em especial aquelas que apontam seus limites na resolução de conflitos e a violência com que opera, têm reverberado e têm sido absorvidas pelas mulheres. Nenhum dos artigos faz a defesa irrestrita das medidas de cunho punitivo. Consideramos, contudo, necessário ir além dessas conclusões. É interessante, por exemplo, questionar por que passados mais de dez anos da Lei Maria da Penha (e quase cinco anos da Lei do Feminicídio) essas perguntas ainda continuam provocando tantas inquietações. Por que o impacto do racismo sobre o tipo de abordagem que as Leis Maria da Penha e do Feminicídio podem ofertar, continua a ser desconsiderado em boa parte das análises acima referidas (assim como das críticas ditas abolicionistas a essas mesmas normas)? Por que o cisheteropatriarcado continua a ter uma problematização lateralizada sobre essa discussão?

#### **4 Com ouvidos bem abertos: repensando perguntas e as (não) respostas**

Não é de hoje a inquietação presente na tensão entre as demandas refletidas nas teorias feministas e criminológicas. Segundo Loraine Gelsthorpe<sup>36</sup>, a criminologia, na busca por narrativas e soluções universais, ignorou a realidade complexa e plural das mulheres e a sua relação com o sistema punitivo. A criminologia se desenvolveu como um estudo de homens, sobre homens, que no delírio de afirmação de sua autoimagem como representativa do sujeito soberano, a enunciou como sendo uma perspectiva universal. Até aí nada que não tenha ocorrido também com outras ciências, na medida em que estas se constituem também enquanto espaço de poder.

---

36 GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod. REINER, Robert (Ed.) *The Oxford Handbook of Criminology*. Oxford, 2002.

Muitas teóricas feministas desenvolvem, principalmente a partir do final do século XX, propostas epistemológicas que provocam o diálogo entre ambos os campos. Para Elena Larrauri<sup>37</sup>, os movimentos feministas foram os que mais conseguiram influenciar a criminologia crítica, auxiliando a ampliar seu objeto e a transformar as práticas da justiça criminal.

Soraia Mendes<sup>38</sup> aponta para a possibilidade de construção de criminologias feministas. Não se trata, todavia, de identificar “uma” criminologia feminista, pois há diversidade de feminismos e criminologias. Conforme a autora, é possível a construção de um referencial epistemológico que, sem abrir mão da crítica ao direito penal, perceba, reconheça e trabalhe os processos de criminalização e vitimização das mulheres sob a perspectiva de gênero. Há, entretanto, ainda um grande espaço de tensão na relação dos movimentos de mulheres com o sistema penal, em casos de violência. Uma tensão que não se amplia nos mesmos termos para a percepção do impacto de outros sistemas de dominação, para além do sexismo, sobre os mesmos processos.

Percebe-se, nos artigos analisados, que perguntas relacionadas a essa tensão continuam sendo feitas. Talvez porque muitas respostas continuam não dando conta da complexidade das questões envolvidas. Esse artigo também não tem a pretensão de responder nenhuma dessas perguntas. Em verdade, a abertura de um campo de estudos significa justamente a formulação de novas perguntas. A questão é se estamos fazendo as mesmas perguntas e em que medida elas questionam os fundamentos epistemológicos historicamente impostos. Ou, dito de outra forma, as perguntas tal qual estão sendo feitas respondem a que tipo de interlocução? Há outras perguntas sufocadas e sem respostas?

---

37 LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta, 2007.

38 MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

De acordo com Thomas Kuhn<sup>39</sup>, são “paradigmas” as realizações científicas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções para uma comunidade de praticantes de uma ciência. Se houver quebra de expectativas, é necessário que se crie um novo paradigma capaz de suprir as novas demandas científicas. Assim, pensar novas relações entre as teorias criminológicas e feministas exige novas perguntas e respostas.

Destacamos, em especial, a importância das criminologias críticas, inclusive em suas vertentes abolicionistas, refletindo sobre o pacto narcísico que as estruturou. Para além de questionar a pena é necessário pensar o sistema de privilégios e vantagens historicamente usufruídos por homens, brancos, cisheterossexuais e proprietários<sup>40</sup>.

Issac Santos e Livia Casseres<sup>41</sup> indagam em que medida, ao não abordar esses privilégios, não estaria a criminologia crítica e o abolicionismo penal perpetuando sistemas de dominação e repetindo fórmulas euronocêntricas.

Para Flauzina<sup>42</sup>, tanto a criminologia crítica quanto mais recentemente os feminismos hegemônicos têm concentrado seus esforços nas análises das assimetrias reproduzidas pelo aparato de controle penal, a partir das categorias classe e gênero, respectivamente, menosprezando a questão racial. É fundamental assim fugir dos grandes modelos explicativos, que são atinentes a modernidade e suas narrativas apostando em incompletudes e complexificações. Esses são, em verdade, os limites teóricos das criminologias e dos feminismos hegemônicos

---

39 KUHN, T. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 11.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

40 PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 135. Ano 25. São Paulo: Ed. RF, setembro de 2017, p. 541-562.

41 SANTOS, Isaac Porto dos; CASSERES, Livia Miranda Müller Drumond. *Direito penal e decolonialidade: repensando a criminologia crítica e o abolicionismo penal*. Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais do IBCCRIM. 2018.

42 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro*. Brasília: Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2006.

que sustentaram fortes metanarrativas e modelos universais sobre as mulheres e suas demandas.

É interessante questionar o alcance, por exemplo, dessas pesquisas que tem como foco exclusivamente apontar leis como a Maria da Penha e do Femicídio como punitivistas ou não, como se houvesse uma métrica para definir isto e como se o punitivismo estivesse encerrado na Lei, menosprezando os discursos e práticas que envolvem sua aplicação.

No caso da Lei Maria da Penha, é importante observar que se trata de uma Lei com diferentes dispositivos, com lógicas diversas e até opostas, de prevenção, de criação de políticas públicas e de reconhecimento de direitos e que não pode ser resumida aos enunciados que preveem punição. Ademais, do texto legal em si não se extrai as formas de sua aplicação e suas singularidades.

Além do problema com as perguntas, que ainda repetem alguns pressupostos universalizantes, há um problema com as respostas, que não alcançam a complexidade da concretude da vida e a dimensão subjetiva. Nos artigos analisados observou-se como principais conclusões: a) os feminismos cederam ao punitivismo; b) a Lei Maria da Penha e do Femicídio foram ineficazes; c) as leis fazem uso de um direito penal simbólico; d) as mulheres não querem a prisão.

Não há como afirmar, por exemplo, que “as feministas cederam ao discurso punitivista”. Estes movimentos são diversos e com estratégias diversificadas, alguns movimentos de mulheres sequer se afirmam feministas e outros resistem ao sistema penal, sendo necessário, nesse tipo de análise, apontar as pautas, os movimentos que a entoam e os processos de tradução e absorção dessas demandas. Não se pode considerar essas leis como responsabilidade exclusiva dos movimentos, sem considerar os processos de disputa com o Estado. Segundo Flauzina<sup>43</sup>, tais movimentos não podem ser responsabilizados

---

43 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 20, n.

por mover a maquinaria punitiva, até porque seus corpos não são considerados valiosos para esse Estado.

Por mais que algumas das demandas perpassem por mecanismos penais, isso não quer dizer que esses movimentos os consideram de forma acrítica, que não tracem também outras estratégias e até mesmo que deixem de apostar em outras formas mais eficientes de resolução do problema. O que se tem é que muitas vezes as lutas sociais são travadas com as armas que se tem em cada momento histórico<sup>44</sup>.

O apelo punitivo que se sobressai não seria decorrente das vozes que se tornam hegemônicas na disputa dos movimentos de mulheres, com todas as hierarquizações de humanidade que pautam relações políticas na colonialidade, ou da única resposta que o Estado (suas instituições e os agentes públicos concretos que via pacto narcísico materializam sua atuação) se propõe a oferecer, exatamente por ser aquela via que menos terá o efeito de alterar as condições estruturais e estruturantes das violências?

Em relação às críticas que apontam para a ineficácia da Lei Maria da Penha exclusivamente a partir da não redução do número de denúncias, é preciso trazer para a análise que muitas das denúncias ocorrem hoje pelo processo de reconhecimento possibilitado pela Lei que nomeou formas de violências que antes não eram identificadas como tais. Com o advento da Lei, tornou-se público um problema que, para muitas mulheres, estava cerrado na esfera privada<sup>45</sup>.

Nas discussões entre teorias feministas e criminológicas, indica-se também como argumento que ambas as Leis reforçam um uso simbólico do direito penal. Os efeitos simbólicos do direito penal não

---

23/24, p. 95-106, 2016.

44 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016.

45 SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

podem ser romantizados, mas também não devem ser minimizados<sup>46</sup>. Ainda que não se tenha colhido os efeitos sociais desejados, o aumento do número de denúncias demonstra, de um lado, uma mudança de percepção social sobre essas violências e, de outro, a possibilidade de ampliar a disputa política sobre os projetos de proteção às mulheres que se pretende desenvolver. Ademais, conforme alerta Anitua<sup>47</sup>, em que pese o uso simbólico da pena mereça críticas, não se deve esquecer que também o não-uso da lei penal tem efeitos simbólicos que não deveriam ser descuidados.

### **5 Polifonia no processo dialógico: abolicionismos, feminismos e as mulheres em situação de violência**

O objetivo desse artigo não é listar uma série de limitações dos feminismos e dos abolicionismos para inviabilizar as possibilidades de diálogo, mas realizar recentramentos epistemológicos, a fim de possibilitar novas intersecções entre os dois campos no enfrentamento à violência contra as mulheres<sup>48</sup>.

Com o crescimento das demandas de expansionismo penal, sustentadas pela chamada “bancada da bala<sup>49</sup>”, no Congresso Nacional, e pelo atual governo federal, o abolicionismo reforça-se como um espaço central de resistência.

Não podemos, entretanto, pensar na abolição das prisões desassociada de outras lutas. Abolição tem uma relação primeira e necessária com as ideias de vida e liberdade. Portanto, abolicionismos

46 PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016.

47 ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

48 PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 135. Ano 25. São Paulo: Ed. RF, setembro de 2017, p. 541-562.

49 Formada por policiais e profissionais da segurança pública que apresentam como principais bandeiras demandas voltadas ao sistema penal.

precisam desenvolver estratégias de atuação concreta contra todos os processos de vilipêndio da vida e da liberdade. E, sem que nesse percurso, reproduza as mediações e demais hierarquizações de humanidade em relação às/aos sujeitas/os desproporcionalmente violadas/os no e pelo Estado brasileiro. Cada vez mais aspira-se à complexidade no conhecimento, buscando-se paradigmas mais multidimensionais<sup>50</sup>.

A luta antirracista é essencial diante da profunda relação do encarceramento em massa com o racismo<sup>51</sup>. É importante situar também que os mecanismos de controle que extrapolam os muros da prisão também devem ser questionados. Nesse contexto, a luta abolicionista necessita abarcar também a abolição da militarização, do policiamento de gênero e da inviabilização da vida que não se conforme no modelo cisheteronormativo. Assim, é fundamental situar os feminismos num quadro abolicionista, e vice-versa<sup>52</sup>.

Trata-se assim de ampliar o horizonte epistemológico e o vocabulário abolicionista para as questões apontadas pelos movimentos antirracistas e feministas, dentre outros, questionando a complexa estrutura de opressões que nossa sociedade enfrenta na colonialidade. Segundo Hillary Potter<sup>53</sup>, a aproximação feminista, antirracista e criminológica pode significar uma consciência de gênero racializada aplicada a qualquer mecanismo no campo do crime ou da justiça.

É preciso, para isso, fortalecer esse diálogo. Não há, no entanto, diálogo efetivo sem esforço de reconhecer as hierarquizações e romper com as iniquidades. Um esforço que, de tão complexo equivale a um método e, de tão potente, equivale à transformação social em seu nível mais estruturador<sup>54</sup>. Nesse diálogo, é fundamental que todas as

---

50 MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

51 ALEXANDER, Michelle. *A Nova Segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

52 DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018.

53 POTTER, Hillary. An Argument for Black Feminist Criminology: Understanding African American Women's Experiences with Intimate Partner Abuse Using an Integrated Approach. *Feminist Criminology*, London, n. 1, v. 2, p. 106-124, 2006.

54 TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*. Rio de Janeiro: Record, 2016.

vozes sejam pronunciadas e ouvidas nos seus próprios termos e sem mediações hierarquizadas.

Flauzina<sup>55</sup> alerta que no embate entre abolicionismos e feminismos há um grande paradoxo que atinge as mulheres pois, de um lado, se quer dar voz e, de outro, não se quer que se pronunciem quando seus depoimentos são vacilantes. Com a participação ignorada na construção e monitoramento das políticas públicas e durante a instrução criminal, tem-se modelos teóricos que disputam não as estratégias mais próximas para garantir vida e liberdade às mulheres em situação de violência, mas quais atores/atrizes terão atuação privilegiada no sufocamento dessas mulheres e de suas realidades.

Boa parte dos artigos analisados utilizam como argumento para a crítica à Lei Maria da Penha e à do Femicídio a ideia de que “as mulheres não querem os homens presos”, sendo ambas as leis punitivistas ao reforçarem esse mecanismo. Segundo pesquisa do IPEA<sup>56</sup>, 80% das mulheres agredidas não querem que o autor da violência seja punido com prisão. Destas, 40% disseram que os agressores poderiam ter tratamento psicológico e/ou com assistentes sociais, 30% acham que eles deveriam frequentar grupos de agressores para se conscientizarem, 10% acham que a prestação de serviços a comunidade é a melhor alternativa penal.

Para tomar a sério esse argumento é importante considerarmos algumas de suas dimensões.. De um lado, esse dado pode representar que as mulheres têm absorvido as críticas ao sistema penal, mas, para chegarmos a essa conclusão é preciso cotejarmos esses dados com outros índices que medem a adesão popular a demandas punitivistas

---

55 FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

56 IPEA. *Violências contra a mulher e as práticas institucionais*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito, 52. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

como, por exemplo, redução da maioria penal, ampliação do excludente de ilicitude para mascarar o abuso de autoridade e os homicídios cotidianos cometidos por agentes de Estado, revisão da lei de drogas, propostas de desencarceramento, entre outras. Sem uma análise mais ampla, podemos estar diante de um discurso que banaliza a violência contra às mulheres como conduta que não deve ser vista como merecedora de intervenção pública.

De outro lado, em que pese a Lei Maria da Penha tenha determinado a criação de inúmeros serviços, em muitas localidades do Brasil a polícia é o único serviço disponível, o que faz com que algumas mulheres, notadamente as que se encontram em situação de maior precariedade, não tenham outro lugar para recorrer. Ou porque a polícia é a única instituição pública presente na localidade ou porque a posicionalidade social daquela mulher faz com que o Estado só se relacione com ela através do aparato jurídico-penal. Caso a Lei fosse cumprida em sua integralidade (com suas ações de prevenção e assistência) haveria muito mais recursos para lidar com a questão como, por exemplo, abrigos para as mulheres e centros para agressores, demandas históricas dos movimentos de mulheres.

Para além do perigo, em si, do discurso que fala pelas mulheres (universalizando demandas que são plurais), cria-se uma espécie de interdito que inibe estudos acerca das vicissitudes do funcionamento do sistema de justiça nesses casos. Estudos sobre as dinâmicas de funcionamento do sistema penal no combate à violência podem contribuir para o desenvolvimento de alternativas ao sistema penal.

Em verdade, as ciências criminais não se preocuparam muito ao longo do tempo com as demandas de mulheres em situação de violência de gênero e continuam a ter dificuldade de lidar com esse debate. Em um processo de violência doméstica e familiar são atravessadas questões que vão para além da esfera penal e merecem nossa atenção e estudo.

As lutas abolicionistas exigem estratégias de atuação que precisam ter coerência com o discurso que pregam. No contexto da

guerra às drogas que encarcera homens<sup>57</sup> e mulheres<sup>58</sup>, essa é uma luta que não podemos descuidar, por exemplo. Mas, essa luta será inócua se continuar a se recusar a atribuir centralidade às violências produzidas pelo cisheteropatriarcado racista.

Essas questões nos permitem pensar a dificuldade de se operar esses discursos no campo das estratégias de ação e das políticas públicas a serem desenvolvidas. Segundo bell hooks<sup>59</sup>, as lutas por justiça social têm mais facilidade em nomear o problema do que apontar soluções. Precisamos, todavia, fundamentar nossa imaginação na realidade concreta enquanto construímos, cada um e cada uma do seu lugar, as possibilidades.

## 6 Considerações finais

No decorrer desse artigo, buscamos propor um diálogo polifônico de vozes, admitindo como interlocução mais direta as abolicionistas e as feministas, e que precisa ser conduzido pelas mulheres em situação de violência. Esse diálogo pode ocorrer mesmo que não haja sintonia e que se chegue a contradições e desarranjos. É, contudo, na tensão entre perspectivas comprometidas com a produção de vida e liberdade que nos interessa pensar em respostas que não banalizem a violência e não reforcem o aprisionamento.

Em que pese tenham dinâmicas próprias, apostamos na convivência entre feminismos e abolicionismos, para o enfrentamento à violência contra mulheres. Para que dessa convivência possa brotar arranjos de proteção para mulheres em situação de violência, é preciso

---

57 G1. *Cerca de 33% dos presos é acusado de tráfico de drogas*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 20 abr. 2019.

58 CORREIO BRASILIENSE. *Na atualidade, 63% das mulheres estão presas por tráfico de drogas*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/06/11/interna-brasil,687581/quantas-mulheres-estao-presas-no-brasil.shtml>. Acesso em: 20 abr. 2019.

59 HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2018.

que não seja o pacto narcísico a dar o tom da conversa. É somente a partir de um horizonte abolicionista, feminista, antirracista, anticolonial e anticapitalista que poderemos desestabilizar as estruturas inter-relacionadas de privilégios de nossa sociedade.

A partir desse mote, esse artigo tenta refletir sobre as perguntas que têm sido reiteradamente feitas nesse campo de tensão e tenta trazer um convite a novas inquietações. Passados mais de dez anos da Lei Maria da Penha, esse campo que se constituiu a partir da provocação das criminologias feministas, precisa ir além da pergunta se as leis (ou se os feminismos) são punitivistas, até porque dificilmente se chegará a um ajuste na resposta. Ainda há, contudo, muito a desvendar sobre o modo como o sistema penal têm agido sobre mulheres e quais alternativas podem ser criadas para se evitar o seu uso nos casos de violência.

Perguntar é um ato político e envolve uma escolha a partir de uma inquietação. Produzamos então mais inquietações a partir das mulheres em situação de violência, de suas vivências e experiências, que são diversas. Esses aportes têm sido trazidos de forma mais expressiva pelos feminismos negros e decoloniais que apontam a necessidade de mudar a geografia da razão.

Até lá, devemos nos manter vigilantes diante do sistema que se alimenta de corpos negros renovadamente considerados descartáveis. Esse mesmo sistema ignora as demandas das mulheres, que inclusive têm sido alvos prioritários nos processos de encarceramento<sup>60</sup>, e utiliza algumas demandas feministas através de perversos mecanismos de tradução.

Enquanto a disputa de poder epistêmico lateraliza questões centrais, pautas de distintas mulheres sobre as possibilidades de exercer a vida e a liberdade, nas suas mais variadas expressões seguem sendo ignoradas e, no seu lugar, cresce a autorização pública

---

60 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85563-numero-de-mulheres-presas-multiplifica-por-oito-em-16-anos>. Acesso em: 20 abr. 2019

e institucionalmente amparada para o extermínio, o encarceramento e outras formas de produção da morte (física, psíquica e social).

## Referências

ALCOFF, Linda. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Sociedade e Estado*, Brasília, n.1. v. 31, jan./abr. 2016.

ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 163-182, jan. 2006. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>. Acesso em: 2 nov. 2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. *Problemas da poética de Dostoiévski*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

BATISTA, Nilo. “Só Carolina não viu” – violência doméstica e políticas criminais no Brasil. In: Adriana Ramos de Mello. (Org.). *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editores, 2009.

BRASIL. *Projeto de Lei 4559*. 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=272058>. Acesso em: 21 abr. 2019.

CASSERES, Livia. Racismo Estrutural e a criminalização do aborto no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 15, n. 28, p.77-85, dez. 2018.

DAVIS, Angela. *A liberdade é uma luta constante*. São Paulo: Boitempo, 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. Brasília: Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília, 2006.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância. FLAUZINA, Ana; FREITAS, Felipe; VIEIRA, Hector; PIRES, Thula. *Discursos negros: Legislação penal, política criminal e racismo*. Brasília: Brado Negro, 2015, p.121-151.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, v. 20, n. 23/24, p. 95-106, 2016.

FLAUZINA, Ana e FREITAS, Felipe. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.135, ano 25, p. 49-71, set. 2017.

GELSTHORPE, Loraine. Feminism and Criminology. In: MAGUIRE, Mike. MORGAN, Rod. REINER, Robert (Ed.) *The Oxford Handbook of Criminology*. 3. ed. Oxford, 2002.

GOMES, Camilla de Magalhães. *Lei Maria da Penha, feminismo e sistema de justiça criminal: uma abordagem teórica a partir das criminologias feministas*. Seminário Internacional Fazendo Gênero 10: Simpósio Temático Política Criminal e Feminismos. 2013.

HOOKS, bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

KUHN, T. *A Estrutura das revoluções científicas*. 11.ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LAGES, Lucas, MACHADO, Bruno. Além da lógica do castigo: abolicionismo penal, justiça restaurativa e os três dogmas do penalismo. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho, n. 29, 2018, p. 319-361.

LARRAURI, Elena. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

IPEA. *Violências contra a mulher e as práticas institucionais*. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Série Pensando o Direito, 52. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

KARAM, Maria Lucia. *Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas*. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/03/13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas/>. Acesso em: 22 abr. 2019.

MENDES, Soraia da Rosa. *Criminologia feminista: novos paradigmas*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016.

PIRES, Thula. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma criminologia apreensível em português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 135, ano 25. São Paulo: RF, 2017, p. 541-562.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre Direitos Humanos. Limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 15, n. 28, p. 65-75, dez. 2018.

POTTER, Hillary. An Argument for Black Feminist Criminology: Understanding African American Women's Experiences with Intimate Partner Abuse Using an Integrated Approach. *Feminist Criminology*, London, n. 1, v. 2, p. 106-124, 2006.

ROMFELD, Victor. Criminologia crítica e Lei Maria da Penha: uma relação (in)conciliável? *Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim*, São Paulo, v. 24, n. 120, p. 379-408, maio/jun. 2016.

SANTOS, Cecília Macdowell. Da delegacia da mulher à Lei Maria da Penha: Absorção/tradução de demandas feministas pelo Estado. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 89, p. 153-170, 2010.

SANTOS, Isaac Porto dos; CASSERES, Livia Miranda Müller Drumond. *Direito penal e decolonialidade: repensando a criminologia crítica e o abolicionismo penal*. Anais do Congresso de Pesquisa em Ciências Criminais do IBCCRIM. 2018.

SEVERI, Fabiana Cristina; CAMPOS, Carmen Hein. Violência contra mulheres e a crítica jurídica feminista: breve análise da produção acadêmica brasileira / Violence against women and feminist critiques of Law: a brief analysis of Brazilian academic production. *Revista Direito e Práxis*, v. 10, n. 2, p. 962-990, jun. 2019. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32195/25680>. Acesso em: 3 nov. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SPM - SECRETARIA ESPECIAL DE POLÍTICAS PARA ÀS MULHERES. *Política nacional de enfrentamento à violência contra a mulher*. Brasília: SPM, 2011.

SOUZA, Luanna Tomaz. *Da expectativa à realidade: a aplicação de sanções na Lei Maria da Penha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SOUZA, Luanna Tomaz. O lugar do direito penal na luta dos movimentos de mulheres no Brasil. *RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, n. 34, dez. 2018.

SOUZA, Luanna Tomaz; SILVA, Ana Beatriz Freitas; YOSANO, Yasmim Nagat. Fios e furos nos entrelaçamentos teóricos e metodológicos nas pesquisas criminológicas sobre mulheres. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 153, ano 27, p. 243-264, 2019.

SMITH, Ali. *Como ser as duas coisas*. São Paulo: Companhia da Letras, 2016.

TIBURI, Marcia. *Como conversar com um fascista*. Rio de Janeiro: Record, 2016.



# DIREITOS, IDENTIDADE E POVOS CIGANOS: UM ESTUDO SOBRE AS FRONTEIRAS DOS PROCESSOS DE NORMATIZAÇÃO DA CIGANIDADE NO BRASIL

*RIGHTS, IDENTITY AND GYPSIES PEOPLE: A STUDY ON THE BOUNDARIES OF THE NORMATIVE PROCESSES OF GYPSINESS IN BRAZIL*

Phillipe Cupertino Salloum e Silva<sup>1</sup> 

Luiz Eduardo de Vasconcellos Figueira<sup>II</sup> 

<sup>1</sup>Universidade Estadual de Goiás (UEG), Anápolis, GO, Brasil e Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. E-mail: phillipecupertinos@gmail.com

<sup>II</sup>Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Doutor em Antropologia. E-mail: luizeduardofigueira@gmail.com

**Resumo:** Visa-se descrever e analisar, neste estudo, a tramitação do projeto de lei nº 248/2015, que propõe a criação do Estatuto do Cigano. A proposição deste marco legal específico perpassa pela discussão acerca da identidade cigana, ou seja, da “ciganidade”, pois esta condição, o “ser cigano”, nos últimos 15 anos, vem possibilitando acionar políticas públicas (ações afirmativas de acesso à universidade, produção de cartilhas para atendimento especializado no âmbito escolar, na saúde e nas políticas de renda mínima, editais de incentivos culturais, por exemplo), reivindicar Direitos Humanos específicos, assim como ocupar espaços em conselhos, órgãos públicos, participar de reuniões etc. Levanta-se a seguinte questão, como problema de pesquisa: como os diferentes entendimentos sobre “ciganidade” surgem e influenciam no processo de tramitação do projeto de lei nº 248/2015, que propõe a criação de um Estatuto do Cigano? No percurso deste processo legislativo, diferentes formas de fronteiras podem ser percebidas; margens porosas, indefinidas, que tentam normatizar a ciganidade; ao mesmo tempo que este movimento de institucionalização do “ser cigano”, no Congresso Nacional, também se dão nas dobras, percorrem o formal e informal. Trata-se de uma pesquisa de inspiração etnográfica, que exigiu uma observação participante, assim como uma “descrição densa” dos processos investigados.

**Palavras-chave:** Identidade cigana. Povos e Comunidades Tradicionais. Processo legislativo. Antropologia jurídica.



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3280

Recebido em: 27.09.2019

Aceito em: 25.10.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

**Abstract:** In this study, it aims to describe and analyze the process of the bill 248/2015, which proposes the creation of the Statute of the Gypsy. The proposition of this specific legal landmark runs through the discussion about the gypsy identity, in the other words, of the “gypsiness”, because this condition, in the last 15 years, has enabled to trigger public policies (affirmative actions of access to the university, production of booklets for specialized care in schools, health and minimum income policies, edicts of cultural incentives, for example), to claim specific rights, as well as to occupy spaces in councils, public agencies, attend meetings, etc. As a research problem, it is proposed to reflect: how do the different understandings about “gypsiness” arise and influence the process of bill 248/2015, which proposes the creation of a Statute of the Gypsy? In the course of this legislative process, different forms of borders can be perceived; porous, indefinite margins that try to normalize the “gypsiness”; at the same time as this movement of institutionalization of the being gypsy, in the National Congress, also occur in the folds, traverse the formal and informal. It is an ethnographic-inspired research that required participant observation, as well as a dense description of the processes investigated.

**Keywords:** Gypsy identity. Peoples and traditional communities. Legislative process. Juridical anthropology.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 “Nós somos desconhecidos pela própria população”: a reivindicação de um marco legal específico de proteção aos ciganos. 3 “Além de tudo, somos cidadãos brasileiros”: os ciganos como sujeitos de direitos. 4 “Tem pessoas não ciganas que está usurpando o direito dos ciganos”: as disputas em torno da normatização da “ciganidade”. 5 Conclusões. Referências.

## 1 Introdução

No Brasil, diferentes minorias étnicas e sociais (quilombolas, indígenas, pessoas com deficiência, idosos) conquistaram, expressamente, na Constituição de 1988 e nos demais instrumentos normativos, o reconhecimento enquanto sujeito de direitos e do dever do Estado em garantir suas proteções, assim como inseri-los nas

políticas públicas inclusivas. A título de exemplo, pode-se citar o artigo 215, parágrafo primeiro, que indica como dever do Estado proteger “as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”, assim como o artigo 216, inciso I e II, que tutela enquanto patrimônio histórico brasileiro “as formas de expressão” e “os modos de criar, fazer e viver” dos “diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Na atual conjuntura governamental, observa-se a existência de estruturas institucionais, como secretarias de estado, órgãos públicos, autarquias, fundações, conselhos, voltados para concretizar e aplicar políticas afirmativas reivindicadas pelas minorias sociais e étnicas.

O novo pacto social, proposto pela atual Constituição, ao atribuir enquanto função do Ministério Público “defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas” (artigo 129, inciso V), contribuiu para a incorporação da Lei Complementar 75 de 1993, que estendeu às atribuições do Ministério Público Federal para também incentivar e fiscalizar o Estado, assim como a sociedade, na defesa dos interesses das minorias étnicas (art. 6, VII, “c”), em busca da concretização dos direitos culturais. Nesse contexto, povos historicamente subalternizados vêm alcançado maiores espaços de diálogos e acesso às receitas públicas por meio das políticas públicas direcionadas a um reparo histórico da exclusão, por exemplo, a obrigatoriedade do ensino da cultura e história afro-brasileira, africanas e indígenas nas escolas, assim como a política de cotas raciais nas universidades e em concursos públicos. Todavia, algumas minorias étnicas permanecem com pouca ou sem visibilidade, continuam com insuficiente participação nas discussões políticas e acadêmicas.

O presente artigo trata sobre uma dessas minorias: os “povos ciganos”. Não a “cigana” ou o “cigano” músico, viajante, eterno morador de tendas e de vestimentas coloridas. Bem longe destas representações inseridas nos imaginários populares, a análise aqui desenvolvida volta-se para os grupos ou pessoas que atuam na tramitação do Projeto de

Lei nº 248/2015, que propõe a criação do Estatuto do Cigano (PLS nº 248/2015), de autoria do senador federal Paulo Paim (PT), reeleito pelo estado do Rio Grande do Sul (2019-2026)<sup>1</sup>. Neste cenário, nos depara-se com uma diversidade de pessoas que se identificam como “ciganas”, de diferentes estados da federação e/ou que se apresentam como pertencentes à distintas sub-etnias; são, em maioria, homens e mulheres ligados ou líderes de associações de civis, que atuam em face da burocracia estatal, isto é, órgãos e instâncias da administração pública dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, pleiteando participação política, direitos e ações afirmativas.

Segundo Angus Fraser, desde o século XV a palavra “cigano”, que deriva da palavra espanhola *gitano*, assim como a inglesa *gypsy*, é utilizada como um insulto<sup>2</sup>. Há afirmações que indicam que o termo “cigano” teria sido registrado pela primeira vez em português em *A farsa das ciganas* de Gil Vicente<sup>3</sup>, peça teatral apresentada pela primeira vez em 1521. Entretanto, o termo “cigano” apareceu em língua portuguesa antes deste ano, num poema palaciano de Luís da Silveira, intitulado *As Martas de D. Jerónimo*<sup>4</sup>. É importante dizer que estas denominações, atribuídas por “não ciganos”, foram assumidas por esta pessoas nominadas “ciganas”, obrigados a se identificarem às autoridades locais<sup>5</sup>, embora “entre eles a denominação fosse *calês* (singular *caló*), e ainda *rons* ou *rones*”<sup>6</sup> (RAMOS, 1947, p. 269).

- 1 BRASIL. *Projeto de Lei PLS nº 248/2015*. Cria o Estatuto do Cigano. Senado Federal. Brasília, 2015.
- 2 FRASER, Angus. *The Gypsies*. Oxford: Blackwell Publishers, 1992, p. 48.
- 3 TEXEIRA, Rodrigo Corrêa. *História dos ciganos no Brasil*. Recife: Núcleo de Estudos Ciganos, 2008, p. 9.
- 4 O poema, publicado em 1516, com textos escritos desde 1449, atribuiu o desaparecimento das peles de toupeira (martas) que encurtara as mangas do casaco de D. Jerônimo de Eça, a um “engano” promovido por um “Çiguano, ou muy fina feyteiceira”. RESENDE, Garcia de. *Cancioneiro Geral*. Stuttgart Gedruckt auf Kosten des litterarischen Vereins, 1852. p.295-296.
- 5 GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *Memória e etnicidade entre os Ciganos Calon em Sousa-PB*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.
- 6 RAMOS, Arthur. *Introdução à antropologia brasileira*. V. 4. As culturas europeias. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1947.

A proposição de um “Estatuto do Cigano” perpassa pela discussão acerca da identidade cigana, ou seja, da “ciganidade”, pois a condição de “ser cigano”, nos últimos 15 anos, vem possibilitando acionar políticas públicas (ações afirmativas de acesso à universidade; atendimento especializado no âmbito escolar, na saúde e nas políticas de renda mínima; e editais de incentivos culturais, por exemplo), reivindicar direitos específicos, assim como ocupar espaços em conselhos, órgãos públicos, participar de reuniões etc. Afinal de contas, o que é “ser cigano” ou “cigana”? Por que se reivindica uma lei específica? Quais os parâmetros e referenciais são mobilizados para definir quem são “ciganos (as)”? Quem e como são estabelecidos tais parâmetros e referenciais? Há um deslocamento de sentidos entre o que é “ser cigano” no âmbito das políticas públicas e o que é “ser cigano” nas práticas sociais? Há uma permanente disputa em torno destes questionamento. Por isso, levanta-se a seguinte questão, como problema de pesquisa: como os diferentes entendimentos sobre “ciganidade” surgem e influenciam no processo de tramitação do Projeto de Lei nº 248/2015, que propõe a criação de um “Estatuto do Cigano”?

No primeiro tópico, busca-se identificar como se deu os primeiros esforços e quais são as situações vivenciadas pelos “ciganos” presentes nas audiências públicas, assim como os principais argumentos acionados por estes, para exigir um estatuto específico. Em seguida, no segundo tópico, reflete-se acerca de como se dá a delimitação do ser cigano enquanto sujeitos de direitos. E, por último, no terceiro tópico, pretende-se compreender de que forma o PLS nº 248/2015 se propõe a definir quem são os “ciganos” sujeitos de direitos. No percurso deste processo legislativo, diferentes formas de fronteiras podem ser percebidas; margens porosas, indefinidas, que tentam normatizar a “ciganidade”; ao mesmo tempo que este movimento de institucionalização do “ser cigano”, no Congresso Nacional, também se dão nas dobras, percorrem o formal e informal.

Para obtenção de informações sobre o processo legislativo, aqui pesquisado, houve um esforço dos autores em participar, presencialmente, de atividades no Congresso Nacional, assim como no âmbito dos Ministérios e Secretarias de Estado, assim como do Ministério Público Federal que discutiam, direta ou indiretamente, questões relacionadas a população cigana. Nestas ocasiões, foram realizadas conversas e o acompanhamento da atuação de representações ciganas e demais atores institucionais, entidades da sociedade civil, parlamentares e seus respectivos assessores, assim como servidores do MPF e integrantes do governo federal, ligados de alguma forma à formulação e execução de políticas públicas para os “ciganos brasileiros”.

Integrou esta pesquisa a observação direta e participante: a) da audiência pública realizada no auditório da Procuradoria-Geral da República (PGR), na noite do dia 27 de maio de 2018, que discutiu de forma mais geral os direitos dos ciganos e a delimitação de políticas públicas para esta população; b) da audiência pública realizada na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, na manhã do dia 28 de maio de 2018, momento em que foi discutido diretamente sobre o conteúdo do projeto de lei; c) da IV Conferência Nacional da Promoção da Igualdade Racial (CONAPIR), que ocorreu entre 27 e 30 de maio de 2018; d) da segunda reunião ordinária do Conselho Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), nos dias 7 e 8 de dezembro de 2018; assim como demais interações e contribuições técnicas que o autor deste artigo realiza com os assessores parlamentares que trabalham em torno do conteúdo do projeto de lei. Além dos autores terem participado destes espaços presencialmente, obtiveram acesso às gravações das audiências, disponibilizadas em sua íntegra no meio eletrônico da TV MPF<sup>7</sup> e da TV Senado<sup>8</sup>.

7 TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s). Disponível em: <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos/2836>. Acesso em 18 out. 2019.

8 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018a. (2h09m12s). 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=4337s>. Acesso em 18 out.

De forma mais específica, foi realizado o estudo e análise detalhada das relatorias e pareceres emitidos em face do PLS nº 248/2015, e, principalmente, das gravações disponíveis no *website* da TV Senado que, desde 2011, disponibiliza materiais audiovisuais que registram as audiências públicas, reportagens e votações nas comissões temáticas do Congresso Nacional que tratam, direta ou indiretamente da questão cigana. Ao total, foram identificados e descritos, de forma densa, dez materiais no formato de vídeo, que somados dão aproximadamente oito horas de transcrições. Trata-se de uma pesquisa influenciada pelo método etnográfico. A pesquisa de campo foi realizada sobretudo por meio de observação das práticas, dos gestos, das falas, e dos procedimentos em torno da tramitação do Projeto de Lei “Estatuto do Cigano”. O *locus* do estudo, o Congresso Nacional, assim como outros espaços institucionais, não são os objetos do presente estudo. Como diz Gertz, “os antropólogos não estudam as aldeias (tribos, cidades, vizinhanças), eles estudam *nas* aldeias”<sup>9</sup>.

Compreende-se que os sujeitos estão entrelaçados a uma teia de significados que eles mesmos tecem e, por isso, praticar etnografia significa “estabelecer relações, selecionar informantes, transcrever textos, levantar geneologia, mapear campos, manter um diário, e assim por diante. Mas não são essas coisas, as técnicas e os processos determinados, que definem o empreendimento”<sup>10</sup>. Dessa maneira, a fim de reunir elementos que façam destacar construções de sentidos pelos atores e que permitam sua interpretação, foi assumido o desafio de fazer uma “descrição densa”.

“Descrição densa” é um termo utilizado pelo Geertz, que é emprestado de Gilbert Ryle, para explicar que o ofício do etnógrafo se baseia numa “multiplicidade de estruturas conceituais complexas,

---

2019.

9 GEERTZ, Clifford. Uma Descrição Densa: Por uma Teoria Interpretativa da Cultura. In: *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978, p. 16.

10 *Ibid*, p. 3.

muitas delas sobrepostas ou amarradas umas às outras, que são simultaneamente estranhas, irregulares e inexplícitas, e que ele tem que, de alguma forma, primeiro apreender e depois apresentar”<sup>11</sup>. Como sistemas emaranhados de símbolos interpretáveis, a cultura não é um poder, algo ao qual pode ser relacionada aos acontecimentos sociais, os comportamentos, as instituições ou os processos; ela é um contexto, algo dentro do qual eles podem ser descritos com densidade).

A “condição cigana” como mecanismo de ação política pode ser uma lente para compreender como as práticas estatais explicitam a forma de gestão da vida desses indivíduos. O reconhecimento da condição cigana, enquanto população tradicional brasileira, possibilita o acesso a outros direitos e reivindicar políticas públicas. Além do mais, intenciona-se dar visibilidade à existência de “ciganos” organizados, assim como demais estruturas e órgãos mobilizados, que demanda reconhecimento da sociedade e do Estado, assim como lutam pelo direito de existência como um seguimento social que é culturalmente diferenciado dos demais brasileiros.

## **2 “Nós somos desconhecidos pela própria população”: a reivindicação de um marco legal específico de proteção aos ciganos**

A *invisibilidade* é uma das palavras-chaves mais acionadas nos espaços institucionais e nos textos acadêmicos<sup>12</sup> para compreender o status dos ciganos na realidade brasileira, embora estejam presentes em diversos estados da federação e municípios brasileiros há séculos. Não é possível delimitar com exatidão a quantidade de ciganos brasileiros, os números apresentados durante as audiências públicas e em cartilhas governamentais, variam entre 500 e 1 milhão pessoas. A população

---

11 *Ibid*, p. 8.

12 GODOY, Priscila Paz. *O povo invisível: os ciganos e a emergência de um direito libertador*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016.

cigana “se confunde com a população não cigana no mundo. Acrescenta-se ainda a não existência destas populações nos censos demográficos”<sup>13</sup>.

Mensurar o número de ciganos no Brasil ou no mundo é praticamente impossível. Como a alteridade cigana é infinita, pois ela se dá em diferentes partes do mundo, não é possível delimitar uma única identidade cigana. Os chamados ciganos possuem inúmeras “autodenominações, falam centenas de línguas ou dialetos, têm os mais variados costumes e valores culturais, são diferentes uns dos outros [...] Em comum todos eles têm apenas uma coisa: uma longa História de ódio, de perseguição, de discriminação pelos não-cigano”<sup>14</sup>.

Independentemente da quantidade exata desta população no Brasil, as narrativas das representações ciganas nas audiências públicas reivindicam serem um grupo numericamente significativo, brasileiros culturalmente diferenciados da sociedade majoritária e que estão, em geral, relacionados a baixos indicadores sociais, como educação, segurança, saúde, moradia, trabalho, lazer etc. “Nós não somos minorias, essa estatística de 800 mil não existe, se nós estamos aqui há 444 anos e não temos direito à saúde, as mulheres têm os filhos que a mãe natureza deixa ter”<sup>15</sup>, argumentou Maura Piomonte, representante do Centro de Estudos e Discussões Romani (CEDRO) e integrante de conselhos nacionais, durante a audiência pública de 2018 no Senado Federal, com objetivo de defender que o número de ciganos no Brasil é muito superior às especulações realizadas.

A mobilização do termo cigano está relacionada a múltiplas representações e significações. Ao mesmo tempo que invoca uma fronteira étnica-racial, permanências das classificações raciais, o

---

13 GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *Memória e etnicidade entre os Ciganos Calon em Sousa-PB*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, p. 21-22.

14 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011.

15 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018a. (2h09m12s). 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=4337s>. Acesso em: 18 out. 2019.

próprio reconhecimento da diferença e da condição enquanto minorias, possibilita acionar a(s) identidade(s) cigana(s) como forma de estratégia e ação política. Mas o que querem dizer com isso? Haveria um deslocamento de sentidos entre o que é ser cigano no âmbito das políticas públicas e o que é ser cigano nas práticas sociais?

As representações do cigano ou da cigana, que acionam uma série de sentidos, são os reflexos em negativo da sociedade ocidental, sedentária, civilizada e moderna, que estabelece seus diacríticos no corpo da pessoa (e seu grupo), e, assim, nomeia à força da opressão física e simbólica o espaço marginal destinado àqueles que perderam a luta antes mesmo de terem reconhecido sua posição no jogo<sup>16</sup>.

Na história dos chamados ciganos, também experimentamos e imaginamos uma tradição cultural complexa com base em representações, memórias e impressões cristalizadas em uma consciência coletiva – esta o produto de disputas e dissensões no campo das relações interétnicas –, que em muito se assemelham a emblemas entre emblemas constantemente reformulados em um zodíaco de fantasmas da mente.<sup>17</sup>

É possível compreender os ciganos “como grupos específicos e distintos do ponto de vista cultural, grupos que se pensam e são pensados como diferentes”<sup>18</sup>. Ou como “cada indivíduo que se considera membro de um grupo étnico que se auto identifica como *Rom*, *Sinti* ou *Calon*, ou um de seus inúmeros subgrupos, e é por ele reconhecido como membro”<sup>19</sup>. Todavia, nos espaços relacionados à tramitação do PLS nº 248/2015, como todos na sociedade, são expostas representações construídas dos ciganos brasileiros, por meio de categorias que remetem

---

16 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p. 123.

17 FAZITO, Dimitri. A identidade cigana e o efeito de “nomeação”: deslocamento das representações numa teia de discursos mitológico-científicos e práticas sociais. *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 49, n. 2, 2006, p. 691.

18 GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *Memória e etnicidade entre os Ciganos Calon em Sousa-PB*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, p. 22.

19 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011, p. 21.

a processos de estigmatização<sup>20</sup>. Esta estigmatização ocorre pelo fato de tanto o racismo, como o anticiganismo serem estruturais.

O ativista espanhol cigano Valeriu Nicolae compreende o anticiganismo como um tipo específico de ideologia racista, uma ideologia de superioridade racial, que está interconectada com outros tipos de racismo.

O antigitanismo em si é um fenômeno social complexo que se manifesta através da violência, discurso de ódio, exploração e discriminação, em sua forma mais visível. O preconceito contra os ciganos vai claramente além dos estereótipos racistas que os associam a traços e comportamentos negativos. A desumanização é o seu ponto central. Os ciganos são vistos como menos que humanos; que são menos que humanos, são percebidos como seres que não têm direito moral de usufruir de direitos humanos iguais aos do restante da população<sup>21</sup>.

“Sujos, trapaceiros e imorais”<sup>22</sup> são como os ciganos são conhecidos, apontou Jean Caio, “estudante de direito da Universidade Projeção”, durante a audiência pública realizada no Senado para discutir o PLS, em maio de 2018. “Trapaceiro, ladrão, roubar criança, mentiroso”, como expôs Paula Sória, “uma cigana da etnia *romani*, quebrou paradigmas e desconstruiu estereótipos, e primeira cigana doutora em literatura da América”<sup>23</sup>, em entrevista ao Programa Inclusão, exibido em abril de 2018 na TV Senado.

20 O termo estigma é adotado em alusão a características negativas que depreciam a imagem de um coletivo, por meio de um estabelecimento de uma linguagem específica.

21 NICOLAE, Valeriu. Hacia una definición del antigitanismo. In: FUNDACIÓN SECRETARIADO GITANO, *Número Especial sobre Antigitanismo – artículos de opinión, análisis y bibliografía*, Madrid, FSG, 2016, p. 79. Tradução dos autores.

22 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018. (2h09m12s). 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=4337s>. Acesso em 18 out. 2019.

23 TV SENADO. *Povo cigano: a luta para manter a tradição e combater o preconceito*. 2018. (27m02s). 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S0UkhsCLuwQ&t=110s>. Acesso em 18 out. 2019.

As representações sobre os ciganos são construídas em meio a interações assimétricas entre atores (individuais e coletivos) que se posicionam, relacionalmente, num campo social onde o poder de nomear, classificar e atribuir sentido é fundado por discursos e práticas sociais construídos de diferentes maneiras no curso da história dos contatos interétnicos.

“Todo mundo tem a visão que eu sou obrigada a ser *nômade* e ficar me mudando. Eu não sou obrigada a ser *seminômade*”<sup>24</sup>, afirmou Lu Ynaiah durante a audiência pública sobre o PLS nº 248/2015, realizada no Senado Federal. Em outros momentos, ao longo da tramitação do projeto de lei, também são feitas referências ao fato que ser cigano não é sinônimo de ser nômade. Nômade ou sedentário são classificações externas, vem de fora, e não das próprias pessoas chamadas de ciganas.

[...] muitos dos fluxos migratórios dos ciganos, se deveram, em muitos casos, à perseguição étnica, a insegurança, aos conflitos gerados pela presença destes em locais que redundaram numa não aceitação por parte da população abrangente, de forma que o assim chamado nomadismo se instaurou numa prática que não resultava necessariamente na paixão pela viagem e sim, como uma resposta quase obrigatória. Ao mesmo tempo, nesta complexa relação que se estabeleceu entre ciganos e não ciganos, a associação entre ciganos e viagem, ciganos e estrada, ciganos e deslocamentos, tornou-se uma reivindicação e uma aceitação dos próprios ciganos como forma de se caracterizar face aos outros.<sup>25</sup>

O presente trabalho optou por trabalhar com os processos dos ciganos que atuam em interlocução com o Estado na reivindicação por políticas inclusivas, sobretudo, no âmbito da tramitação do PLS nº 248/2015. Para compreender os processos de lutas por direitos, faz-se uma escolha por mapear quando e quais são os primeiros esforços no sentido de se incorporar ao ordenamento jurídico um marco legal específico, no sentido de reconhecer o dever dos entes federativos

24 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018a. (2h09m12s). 2018a.

25 BATISTA, Mércia Rejane Rangel; MEDEIROS, Jéssica Cunha de. Nomadismo e diáspora: sugestões para se estudar os ciganos. *Revista Antropológicas*, Recife, v. 26, n. 1, 2015.

(União, Estado e Municípios) em promover ações e políticas institucionais voltadas para os povos ciganos no Brasil.

Em 25 de maio de 2011, foi realizada uma audiência pública no Senado Federal para debater “a importância da cidadania cigana”, um dia após ser comemorado o “Dia Nacional do Cigano”<sup>26</sup>. A mesa da audiência foi composta pelo parlamentar Paulo Paim (PT - RS), que presidiu o espaço, a deputada Erika Kokay (PT - DF), Marlete Pereira de Queiroz, representante da Associação de Ciganos Calons do Distrito Federal, e o advogado Jonatas de Oliveira, ambos com o mesmo broche no peito em referência a organização que participam<sup>27</sup>. Durante esta atividade, foram relatadas situações de preconceito vivenciadas pelos ciganos, como, por exemplo, as dificuldades para permanecer na escola, se inserir no mercado de trabalho formal, para obter acessos a serviços públicos, como fornecimento de água e energia.

Um dos episódios discutidos na audiência pública de 2011 foi um caso de preconceito atribuído à diretora de uma escola pública do Distrito Federal.

A deputada federal Erika Kokay narrou que, no dia 13 de abril de 2010, uma estudante cigana, à época com 9 anos, afirmou ter presenciado a diretora da escola na qual estudava reunir um grupo de crianças, na hora do recreio, e pedir para que elas não se aproximassem dos ciganos acampados na área ao lado e “tomassem cuidado com a matriarca dos ciganos”. Segundo relato da menina, incluído na ocorrência policial, a diretora afirmou que os ciganos “arrancavam olho, cabeça, pernas e braços, cozinhavam e comiam”; para mostrar quem eram os ciganos,

---

26 TV SENADO. *Historicamente, ciganos são dos grupos que mais sofreram discriminação, perseguição e exclusão*. 2011. (02m02s). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=TqxBxKFMkZY>. Acesso em: 23 fev. 2019.

27 TV SENADO. *Grupos ciganos precisam ser estudados, pleiteia Marlete Queiroz, da Assoc. dos Ciganos Calons*. (03m05s). 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OueeuZ9Xz3Q&t=48s>. Acesso em: 30 mar. 2019.

“a diretora apontou para Olívia Camargo do Amaral, avó da aluna de 9 anos”<sup>28</sup>.

Marlete Queiroz, sobre o episódio narrado acima, afirmou que teve que assinar o boletim ocorrência pois a mãe da criança é analfabeta. Durante esta audiência, a deputada Erika Kokay informou que embora o caso tenha sido denunciado na Câmara, assim como na delegacia da região e para o Ministério Público, “ainda não foi apurado se de fato aconteceu e ninguém foi responsabilizado, mais uma vez os ciganos foram *invisibilizados*, fizeram uma denúncia e não houve qualquer tipo de procedimento”<sup>29</sup>.

A existência de ciganos brasileiros sem registro civil, a *invisibilidade* na sociedade em geral e nos espaços de representação política, assim como a baixa escolaridade ou o alto índice de analfabetismo foram citados e discutidos não apenas na audiência de 2011, como também aparecem, direta ou indiretamente, em outros espaços institucionais acompanhados nesta pesquisa.

Minhas palavras são poucas, como semianalfabeto que sou, quero pedir a cada cigano, a cada pessoas aqui presentes orar pelo nosso Senador, ele mudou a história do cigano no Brasil, amém, está mudando, nos agora somos visíveis, nós também temos direito de igualdade racial.<sup>30</sup>

A afirmação acima é de Seu Wanderley, durante a audiência pública do Senado Federal, realizada em 28 de maio de 2018. Segundo relatórios oficiais, as famílias ciganas são as que possuem “maior proporção de pessoas sem instrução (52,4%)”<sup>31</sup>, comparado com outros

28 TV SENADO. *Ciganos Calons necessitam de políticas públicas; 90% são analfabetos, revela Marlete Queiroz*. (03m06s). 2011. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=O\\_LsiHGqU0&t=13s](https://www.youtube.com/watch?v=O_LsiHGqU0&t=13s). Acesso em: 30 mar. 2019.

29 TV SENADO. Diretora de escola disse que ciganos cozinham e comem crianças, denuncia Dep. Érika Kokay. (01m52s). 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6DuTcGFHXFo>. Acesso em: 30 mar. 2019.

30 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018. (2h09m12s). 2018. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=7705s>. Acesso em: 23 fev. 2019.

31 BRASIL. *Perfil das pessoas e famílias cadastradas no Cadastro Único do governo federal 2013*. Ministério do Desenvolvimento Social e do Combate à fome. Brasília, 2015.

perfis de famílias atendidas pelos Programas Sociais do governo federal (indígenas, quilombolas, pescadores, ribeirinhos, assentados etc).

Muitas vezes, a baixa escolaridade (no âmbito formal) é tratada como uma questão inerente à natureza dos ciganos, decorrente de fatores genéticos, ao invés de se buscar entender em quais condições históricas e sociais estes elementos se desenrolaram, sem produzir essencializações, relativismos e narrativas racistas sobre os ciganos. É necessário “entender as realidades culturais no contexto da história de cada sociedade, das relações sociais dentro de cada qual e das relações entre elas”<sup>32</sup>.

A divisão do mundo social entre “nós” e “eles” quer dizer classificar, este processo tem centralidade na vida social, especialmente no caso da “raça”, enquanto categoria mental, que ainda permanece classificando e influenciando as relações de poderes. As classificações são sempre realizadas a partir do ponto de vista da identidade<sup>33</sup>. Em outras palavras, as classes nas quais o mundo social é dividido não são simples aglomerados simétricos. Dividir e classificar quer dizer, neste caso, também hierarquizar. Possuir o privilégio de classificar significa também deter o privilégio de conferir diferentes valores aos grupos assim classificados.

A consolidação das identidades (regionais e étnicas) se direciona pelas disputas em torno da classificação, isto é, do poder de “divisão” do mundo social e da nomeação dos vínculos sociais em categorias mentais (representações simbólicas) concebidas nos discursos e nas práticas cotidianas – tanto aqueles que fazem parte do senso comum quanto os que se definem no campo especializado do saber erudito<sup>34</sup>.

---

32 SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986, p. 20.

33 SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: HALL, Stuart; SILVA, Tomaz Tadeu da (orgs). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

34 BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p. 121-122.

Não apenas as políticas começadas contra aqueles classificados como ciganos pela sociedade ocidental, bem como a própria organização da experiência cotidiana dos ciganos, são reflexos em negativo de uma identidade que emerge um conflito desigual que vem ocorrendo por séculos.

As identidades são inscritas por meio de experiências culturalmente construídas em relações sociais, não são fixas nem singulares; elas são uma multiplicidade relacional em constante mudança<sup>35</sup>. A identidade pode ser compreendida como o próprio processo pelo qual “a multiplicidade, contradição e instabilidade da subjetividade é significada como tendo coerência, continuidade, estabilidade; como tendo um núcleo – um núcleo em constante mudança, mas de qualquer maneira um núcleo – que a qualquer momento é enunciado como o *eu*”<sup>36</sup>. As identidades não se constroem isoladamente, assim como as culturas, os povos e as etnias. Por isso, as questões relacionadas à escolaridade e a ausência/dificuldade para obtenção de registro civil se dão diante das interações entre os ciganos e os não-ciganos que demarcam fronteiras étnicas, sociais e culturais, de forma mútua, e que estão inseridas em relações de poderes, de maneira assimétrica.

A reivindicação de um marco legal específico de proteção às minorias é acionado como uma forma de correção moral ao racismo e às desigualdades sociais que estão presentes na sociedade brasileira; por exemplo, uma tentativa de inibir episódios de preconceitos, que não se limitam ao ambiente escolar. Segundo Paulo Paim, “mediante essa audiência e as conversas que estamos tendo [...] nós podemos muito bem trabalhar e discutir para aprovar uma lei chamada Estatuto do Povo Cigano”<sup>37</sup> e sugere que outra audiência pública aconteça para se discutir o conteúdo e objetivos de um possível estatuto.

35 BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, São Paulo, n. 26, p. 339-376, 2006.

36 BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, São Paulo, n. 26, p. 339-376, 2006, p. 371, grifo da autora.

37 *Ibid.*

“Somos uma *nação* cigana”<sup>38</sup>, defendeu Mio Vacite, cigano brasileiro reconhecido como um dos precursores na luta por visibilidade e preservação da cultura cigana. A palavra *nação* é repetida inúmeras vezes por Seu Wanderley da Rocha, presidente da ANEC, proponente do PLS nº 248/2015. A Convenção define povos tribais como “grupos cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional”<sup>39</sup>, definição que dialoga com o art. 3º, inciso III, do Decreto nº 6040/2007, que se refere aos povos e comunidades tradicionais brasileiros. Este decreto estabelece a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais e traz a seguinte definição desses sujeitos de direitos:

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.<sup>40</sup>

A expressão e categoria “povos e comunidades tradicionais”, que também podem ser chamados “autóctones”, “minorias” ou “nações”, entre outros nomes, não deixa de ser, independente dos critérios de definição, uma forma de classificação e de hierarquizar, que inclui ou exclui de determinados espaços. Podem apresentar todos ou parte dos seguintes critérios:

(a) são descendentes dos primeiros habitantes de territórios que foram conquistados durante os Descobrimientos; [...] não dispõem instituições políticas centralizadas, organizam suas vidas a nível comunitário, tomando decisões em base de consenso; (e) compartilham língua, religião, crenças vestimenta

38 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018a. (2h09m12s). 2018a.

39 BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abril. 2004.

40 BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abril. 2004.

e outros indicadores de identificação assim como uma relação estreita com seu território; (f) apresentam uma visão de mundo específica consistindo de uma atitude de proteção e não-materialista em sua relação com a terra e os recursos naturais baseada num intercâmbio simbólico com o mundo natural; (g) são dependentes de uma sociedade e cultura hegemônicas e (h) identificam-se como povos e comunidades tradicionais.<sup>41</sup>

A adoção do conceito de “povos tradicionais” deve oferecer “um mecanismo analítico capaz de juntar fatores como a existência de regimes de propriedade comum, o sentido de pertencimento a um lugar, a procura de autonomia cultural e práticas adaptativas sustentáveis que os variados grupos sociais analisados aqui mostram na atualidade”<sup>42</sup>. Este conceito, para o autor, apresenta tanto uma dimensão empírica quanto uma dimensão política, de tal modo que as duas dimensões são quase inseparáveis.

Ao pesquisar os registros das atividades realizadas no Congresso Nacional, com a participação de representações ciganas, foi identificado a audiência pública proposta pelo deputado Paulo Rubem Santiago (PDT - RJ)<sup>43</sup>, em 2013, para discutir a possibilidade de um marco legal para os povos e comunidades tradicionais no Brasil - o Projeto de Lei do Senado nº 367/2015 estabelece diretrizes e objetivos para as políticas públicas de desenvolvimento sustentável dos povos e comunidades tradicionais. A audiência lotou o auditório da Comissão de Direitos Humanos do Senado, a intensa presença das representações dos mais diversos povos e comunidades tradicionais foi possível por ter acontecido simultaneamente a III Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (CONAPIR), em novembro de 2013.

---

41 TOLEDO, V. M. Povos/comunidades tradicionais e a biodiversidade. In: LEVIN, S. et al., (Orgs.). *Encyclopedia of Biodiversity*. [S.l.]: Academic Press, 2001, p. 2.

42 LITTLE, P. E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: Por uma antropologia da territorialidade. *Série Antropologia*. Brasília, 2002, p. 23.

43 TV SENADO. *Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa – 57ª Reunião Extraordinária da 3ª Sessão Legislativa Ordinária da 54ª Legislatura*. 2013. (3h13m49s). Disponível: <https://www12.senado.leg.br/multimidia/evento/47459>. Acesso em: 23 fev. 2018.

Segundo Lucimara Cavalcante, representante da AMSK (Associação Internacional Maylê Sara Kali), durante esta audiência pública realizada em novembro de 2013, “somos um movimento novo [...] os povos ciganos, enfim, compreenderam que também tem que lutar por seus direitos, o direito à vida, o direito de ter acesso aos serviços públicos deste país com dignidade”<sup>44</sup>. Por ser um espaço voltado para outros segmentos além dos ciganos, esta liderança ressaltou a importância de aprender com as experiências do movimento indígena, negro e religiões de matriz africana. Por outro lado, é comum ouvir algumas lideranças ciganas, durante as audiências públicas ou reuniões institucionais, alegarem que são preteridos em relação a outros segmentos raciais.

Entre os dias 27 e 30 de maio de 2018, foi realizado o IV CONAPIR, em Brasília<sup>45</sup>, e nesta mesma semana ocorreram duas audiências públicas, uma na Procuradoria-Geral da República, que faz parte da ação coordenada “Maio Cigano”<sup>46</sup>, assim como a audiência pública realizada no Senado para discutir o projeto de lei “Estatuto do Cigano”<sup>47</sup>. Como atividades de dimensões nacionais, é possível dizer que existiam poucos ciganos delegados e convidados no IV CONAPIR. De “825 delegados de todo país”<sup>48</sup>, no máximo 15 pessoas estavam representando o segmento cigano; em consequência, havia poucas representações ciganas na audiência pública do Senado Federal, em torno de 20 pessoas. É importante ressaltar que as audiências

---

44 TV SENADO. *Rep. da AMSK/Brasil explica a cultura dos povos ciganos*. (14m25s). 2013a.

45 BRASIL. *Relatório do IV CONAPIR – IV Conferência Nacional da Promoção Igualdade Racial*. Brasília, 2019. Disponível: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/cnpir/relatorios>. Acesso em: 19 out. 2019.

46 TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s) Disponível: <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos/2836>. Acesso em: 23 fev. 2018.

47 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018. (2h09m12s). 2018. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=7705s>. Acesso em: 23 fev. 2019.

48 VERDÉLIO, Andreia. Conferência debaterá políticas de igualdade racial. *Agência Brasil*, Brasília, 17 maio 2015.

públicas realizadas no Congresso Nacional, em 2013 e em 2018, aqui trabalhadas, foram realizadas simultaneamente ao CONAPIR com o objetivo de aproveitar o deslocamento de algumas lideranças para Brasília garantido pela conferência.

A pesquisa de campo realizada permite identificar quem são os atores, movimentos e associações que surgem e saem de cena ao longo dos espaços realizados no Senado Federal para reivindicar e discutir uma lei específica para os ciganos. Nesta pesquisa, foram selecionadas as audiências públicas de 2011, de 2013 e de 2018 para refletir sobre os processos de luta por direitos, no sentido de incorporar ao ordenamento jurídico brasileiro um marco legal, de viés humanitário, voltado aos ciganos. Dessa forma, compreendemos que os eventos de 2011 e 2013 representam dois relevantes espaços, no âmbito institucional, não os únicos, que influenciaram na proposição do projeto “Estatuto do Cigano”.

Após o protocolo (proposição) do projeto no Senado, em 29 de abril de 2015, este foi encaminhado para a Comissão de Cultura, Educação e Esportes, que, em 27 de março de 2018, na 7ª Reunião Extraordinária, aprovou o relatório do Senador Hélio José (MDB/DF) e no mesmo dia foi remetido para a Comissão de Assuntos Sociais, sendo aprovado em 9 de maio de 2018<sup>49</sup>. Desde esta data, o projeto encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa e aguarda para ser votado em decisão terminativa, para então ser encaminhado à Câmara de Deputados.

Todos estes espaços citados no parágrafo anterior houve a presença de famílias ciganas, acompanhando as votações, mas são nas audiências que mais e diferentes famílias, associações e sujeitos ciganos ou defensores dos Direitos Humanos dos ciganos aparecem e

---

49 TV SENADO. *CE - Votações - TV Senado ao vivo - 27/03/2018 - 7ª Reunião deliberativa extraordinária da Comissão de Educação, Esporte e Lazer.* (01h06m56s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6DuTcGFHXFo>. Acesso em: 30 mar. 2019.

se manifestam sobre suas condições, sobre os dispositivos presentes no projeto, e, ao mesmo tempo, ocorre uma disputa de sentidos e significados em torno de diversas questões. Estas disputas atravessam a tramitação do projeto, busca pautá-lo e delimitar, sobretudo, quem são os sujeitos de direitos de um futuro Estatuto e quem estão legitimados a atuarem e influenciarem no conteúdo do PLS, o que se busca compreender nos próximos tópicos.

### **3 “Além de tudo, somos cidadãos brasileiros”: os ciganos como sujeitos de direitos**

A condição cigana, a “ciganidade”, no aspecto da identidade étnica e/ou de grupo culturalmente diferenciado, motivou que determinados sujeitos “ciganos” pleiteassem espaços também nos órgãos colegiados, conselhos e outros espaços institucionais voltados para pensar as comunidades e povos tradicionais, a cultura, política de promoção da igualdade racial, assim como os direitos humanos no Brasil. A criação da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR), órgão com *status* de ministério, em 2003<sup>50</sup>, pode ser considerado um marco para os setores politicamente minoritários na sociedade brasileiro, mas não quer dizer que, desde o início, envolvia os povos ciganos em suas políticas e debates.

Através da publicação do Programa Brasil Sem Racismo, da aprovação do Estatuto da Igualdade Racial e da criação do SEPPIR, o governo brasileiro avança no dever de garantir condições iguais de desenvolvimento para negros e brancos. O mesmo, porém, não se aplica aos *Calon*, já presente no Brasil desde a segunda metade do século XVI. É notório que o principal órgão federal, incumbido de gerar soluções para os problemas que dizem respeito à diversidade étnica do nosso país, é politicamente limitado diante dessa diversidade.<sup>51</sup>

50 BRASIL. *Lei n° 10.678, de 23 de maio de 2003*. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República. Brasília, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.678.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

51 SIQUEIRA, Robson de Araújo. *Os Calon do município de Sousa/PB: dinâmicas ciganas e transformações culturais*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2013.

As primeiras políticas governamentais pró-ciganas no Brasil surgiram a partir de 2005, no sentido de ações concretas, ou pelo menos tentativas de diálogos com os “povos ciganos”, de forma institucionalizada. Antes de 2005, o II Programa Nacional de Direitos Humanos (II PNDH),<sup>52</sup> de 2002, foi o primeiro documento normativo a fazer referência diretas aos ciganos, no sentido de considerar estes como sujeitos de direitos, em 7 artigos. Mas, não significa que à época havia uma política, isto é, ações específicas voltados os “povos ciganos”, no sentido humanitário.

Após 2005, é possível identificar outros instrumentos normativos do Poder Executivo com o objetivo de orientar os órgãos governamentais a inserir os ciganos nas suas agendas políticas. Em 25 de maio de 2006, um decreto presidencial instituiu o “Dia Nacional dos Ciganos”<sup>53</sup>; III PNDH, 2009, que mais uma vez faz referência aos ciganos<sup>54</sup>; a Portaria nº 940, de 28 de abril de 2011, que regulamenta o cartão do Sistema Único de Saúde<sup>55</sup>; a Resolução nº 03, de 16 de maio de 2012, do Ministério da Educação, que define diretrizes para o atendimento de educação escolar para populações em situação de itinerância<sup>56</sup>; a Portaria nº 1.315, de 23 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania, que institui

---

52 BRASIL. Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4229.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

53 BRASIL. *Decreto de 25 de maio de 2006*. Institui o Dia Nacional do Cigano. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10841.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

54 BRASIL. *Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009*. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3 e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

55 BRASIL. *Portaria nº 940, de 28 de abril de 2011*. Regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde (Sistema Cartão). Ministério da Saúde. Brasília, 2011. Disponível: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940\\_28\\_04\\_2011.html](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html). Acesso em: 19 out 2019.

56 BRASIL. *Resolução nº 03, de 16 de maio de 2012, do Ministério da Educação*. Define diretrizes para o atendimento de educação escolar para populações em situação de itinerância. Brasília, 2012. Disponível: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=10770-rceb003-12-pdf-1&category\\_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10770-rceb003-12-pdf-1&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 19 out 2019.

o Plano Nacional de Políticas para os Povos Ciganos - PNP/Ciganos<sup>57</sup>; e a Portaria n° 4384, de 28 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde, que propõe uma Política Nacional de Saúde integral do povo cigano<sup>58</sup>.

“Dizem que a gente tem *direito*, em outros estatutos, na lei, só que na pratica ele não funciona de verdade. Ele (o estatuto) vai apoiar quem vai lá bater na tecla que o cigano tem *direito*, se não for cumprido será punido, então a gente precisa desse estatuto”, argumentou Sandra Lucero, representação cigana do estado do Ceará durante a audiência pública que ocorreu no Senado<sup>59</sup>.

Ao longo da pesquisa, nota-se o quanto a condição de brasileiros é mobilizada pelos ciganos presentes nas audiências públicas e demais espaços institucionais para reivindicar direitos, políticas públicas e um marco legal específico. “Confiamos em vocês (senadores) que nós teremos esse estatuto [...] quando pedíamos o Dia Nacional dos Ciganos, muitas pessoas riram de nós, não é verdade? E hoje nós temos o nosso dia, porque, além de tudo, somos *cidadãos brasileiros*”, afirmou Imar, representante cigana do estado de São Paulo, durante a audiência pública de 2018, no Senado Federal. Nas palavras de Maura Piomonte, militante cigana atuante nos conselhos nacionais, “somos *ciganos* sim, mas somos primeiro *ciganos de origem brasileira* e eu não vou admitir que o meu povo que mora em barraca seja atacado por quem não nos conhece”, afirmou durante a audiência pública realizada em novembro de 2013<sup>60</sup>.

57 BRASIL. Portaria n° 1.315, de 23 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania. Institui o Plano Nacional de Políticas para os Povos Ciganos - PNP/Ciganos. Brasília, 2016. Disponível: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=1&pagina=23&data=24/11/2016&captchafield=firstAccess>. Acesso em: 19 out 2019.

58 BRASIL. Portaria n° 4384, de 28 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde. Propõe uma Política Nacional de Saúde integral do povo cigano. Brasília, 2018. Disponível: [http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363](http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363). Acesso em: 19 out 2019.

59 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018a. (2h09m12s). 2018a. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=7705s>. Acesso em: 23 fev. 2019.

60 Ibid.

Dizer “sou brasileiro” ou “sou cigano”, na verdade, é parte de uma extensa cadeia de “negações”, de expressões negativas de identidade, de diferenças. Quando se declara “sou brasileiro”, deve ser lido “não sou argentino”, “não sou estrangeiro” ou quando se diz “sou cigano”, deve ser lido “não sou *gadjó*” e assim por diante, numa cadeia, neste caso, quase interminável, ou seja, o caminho a tomar aquilo que somos como sendo a norma pela qual descrevemos ou avaliamos aquilo que não somos. “Assim como a identidade depende da diferença, a diferença depende da identidade [...] Identidade e diferença são, pois, inseparáveis”<sup>61</sup>.

A associação do nomadismo à condição do cigano, como algo inerente a sua genética, transmite a ideia que se trata de uma população sem origem, sem raízes e, conseqüentemente, sem nacionalidades. Há uma dificuldade de reconhece-los como brasileiros, como partes da formação social e cultural do país, no máximo uma cultura à parte. É como se o reconhecimento da nacionalidade fosse o pressuposto preliminar para que os ciganos pudessem reivindicar algo do Estado e na sociedade, embora a Constituição afirme que tanto os brasileiros, como os estrangeiros residentes no Brasil, são destinatários dos direitos fundamentais. Não se tratam de estrangeiros residindo no país, mas sim brasileiros, *ciganos de origem brasileira*, que também não são homogêneos.

A identidade e a diferença estão, pois, em estreita ligação com relações de poder. O poder de indicar a identidade e de marcar a diferença não pode ser desmembrado das relações mais amplas de poder. Declarar a identidade significa delimitar fronteiras, significa fazer distinções entre o que fica dentro e o que fica fora<sup>62</sup>. O etnônimo cigano é uma expressão denominativa criada e imposto pelas sociedades não ciganas, vem “de fora”, entretanto este nome foi incorporado pelos

---

61 SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: HALL, Stuart; SILVA, Tomaz Tadeu da (orgs). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 73.

62 *Ibid*, p. 73.

mais diversos grupos que a si mesmo se autodenominam ciganos. Como estão situadas em diferentes partes do planeta, estes sujeitos estão segmentados e subsegmentados em distintos grupos étnicos, a denominação cigano é intensamente generalizante e envolve infinitas formas de identidades.

Na primeira audiência pública realizada no Senado, convocada para discutir a “cidadania cigana no Brasil”, a diversidade entre estes sujeitos foi mobilizada por Marlete Queiroz como um fator essencial para se alcançar uma efetiva e ampla inclusão. Na avaliação desta representação cigana, geralmente quando se pensa em ciganos, se relaciona ao grupo *rom* e se cria “uma ideia totalmente errada de homogeneidade entre esses grupos, então os *calon*, os *sinti* são totalmente ignorados”. Para Marlete Queiroz, os *rom* são os que mais aparecem na mídia, se referindo à novela *Explode Coração*, e na internet; argumenta que “por haver a diferença de elementos culturais, inclusive a língua, os próprios *calon* não são considerados *ciganos autênticos*<sup>63</sup> [...] são tratados pelas autoridades, pela sociedade como simplesmente ladrões, malfeitores”<sup>64</sup>. O objetivo deste estudo não é descrever e analisar um determinado grupo (ou comparar os grupos), mas entender como suas diferenças surgem e são acionados para reivindicar espaços, representatividade e a condição de sujeito legítimo de direitos, ao longo da tramitação do PLS nº 248/2015.

O imaginário social, a partir de uma lente folclorizada, muitas vezes tende relacionar os ciganos ao uso de roupas coloridas, a intensa presença de músicas e danças, casamentos arranjados, assim como ao nomadismo ou a moradia em tendas/acampamentos. Delimita-se uma única identidade, como sinônimo de cultura; são selecionadas algumas características para reduzir os ciganos a uma única forma de expressão cultural, no aspecto material e imaterial. Embora argumente contra o

---

63 O inverso, as vezes, também acontece, é comum ciganos *calon* não reconhecer ciganos de outras etnias como *ciganos de verdade*.

64 BRASIL. *Ciganos Calons necessitam de políticas públicas; 90% são analfabetos, revela Marlete Queiroz*. (03m06s). 2011b.

essencialismo, Muitas vezes os grupos dominados, em sua necessidade de criar novas identidades políticas, apelarão para laços de experiência cultural comum a fim de mobilizar seu público<sup>65</sup>.

Nos espaços de interlocução com a burocracia estatal aqui acompanhados, além do nomadismo, das perseguições e da diáspora, a dança e a música são acionadas por muitos ciganos, o que se pode chamar de “essencialismo estratégico”<sup>66</sup>, para potencializar a ação política, desde que seja enquadrado do ponto de vista das posições de sujeito dominado.

Os grupos étnicos “não são grupos formados com base em uma cultura comum, mas sim que a formação de grupos ocorre com base nas diferenças culturais”<sup>67</sup>. Há pessoas ou grupos que se identificam como ciganos em diversas partes do mundo, assim como do Brasil, embora sejam atribuídos características e elementos sócio-históricos comuns, há grupos étnicos distintos e diferenças, inclusive, entre os ciganos de uma mesma etnia. Identidade não se confunde com cultura<sup>68</sup>; se as culturas são expressões dos diferentes conhecimentos humanos, resultados de processos sociais, inseridos em relações de poderes, assim como de dinâmicas sociais e políticas<sup>69</sup>, e as identidades étnicas são definidas a partir das diferenças culturais<sup>70</sup>.

Diante das classificações que reduziram e ainda reduzem diferentes povos e nações a uma única identidade, “índio”, “negro”, “africano”, observa-se que a sociedade, em geral, não leva em

---

65 SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: HALL, Stuart; SILVA, Tomaz Tadeu da (orgs). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 73.

66 SPIVAK, G. C. *In Other Worlds: Essays in Cultural Politics*. London, Methuen, 1987.

67 BARTH, Fredrik. Etnicidade e cultura. *Antropolítica*, Niterói, n. 19, 2. sem., p. 15-30, 2005, p. 16.

68 Ibid.

69 SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

70 BARTH, Fredrik. Etnicidade e cultura. *Antropolítica*, Niterói, n. 19, 2. sem., p. 15-30, 2005.

consideração as variações étnicas entre os ciganos. Embora os fatores de classe e de condições econômicas, assim como de gênero e de origem possam influenciar suas vivências e interações sociais, não há dúvidas que as fronteiras étnico-raciais impõem situações discriminatórias para todos ciganos, em diferentes intensidades<sup>71</sup>.

Mio Vacite: se querem falar de *cigano*, vamos respeitar. Quando se falar de índio, me desculpe, promotor, são 530 nações indígenas, não se dirige aos tupi-guaranis, aos pipoco, aos coacara, é indígena. Esse pedido foi feito há seis anos atrás no Ministério da Educação e Cultura, e continua nos dividindo, usando os senhores para dividirem a *nação cigana*. Não tem como classificar, classificando tu, *cigano* a, *cigano* b. Eu queria saber, se estão falando de comunidade com os ciganos, ciganos como comunidade. A palavra é cultura, *cigano* é só *cigano*, não tem diferencial, infelizmente, um dos senhores, que continua fazendo essa divisão. [...] Então eu peço encarecidamente, quando se falar da cultura *cigana*, evite falar outras comunidades, é *cigano*! Se não sabem conversar e não encontrar a palavra certa, são *ciganos nômades* ou *ciganos sedentários*, e acabou. Querem fazer trabalho para os *ciganos*? Não qualificar a etnia deles! Está havendo uma preconceito tremendo aqui, gerando essa confusão, o trabalho não anda.<sup>72</sup>

A fala acima, de Mio Vacite, representante da União Cigana do Brasil, aconteceu durante a audiência pública da Procuradoria-Geral da República, um dia antes da que ocorreu no Senado Federal. Mesmo que estas audiências tenham sido convocadas por motivações diferentes, praticamente as mesmas representações ciganas estiverem presentes nestes eventos, com o propósito de pleitear visibilidade e direitos. A referida afirmação dialoga com a perspectiva de uma “identidade cigana global”, que não leva em conta, por uma questão de estratégia, a “perspectiva local”, particular, singular de cada ou grande grupo.

A mesa da audiência pública na PGR foi composta, em sua maioria, por representantes de órgãos institucionais do Poder Executivo,

71 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011.

72 TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s). Disponível: <http://www.tvmpf.mpf.br/videos/2836>. Acesso em: 23 fev. 2018.

o presidente da comissão de direitos humanos da Câmara de Deputados, de procuradores da república e três ciganos. “Teria que ter oferecido a mim ou ao Jorge, que está sentado ali (se referindo a mesa). Então aqui não está fazendo a cabeça *cigana*, o pensamento *cigano*, não interessa se é por branco, preto ou amarelo”, afirmou Mio Vacite, que foi um dos últimos a falarem, depois de 3 horas de evento.

A audiência da PGR, segundo o procurador Luciano Maia, que a presidia, seria a oportunidade para os ciganos ouvirem as autoridades, que representavam o estado, para depois fazerem suas perguntas e cobranças. Para guiar os representantes dos ministérios, o referido Vice-Procurador da República propôs que estes deveriam responder os seguintes questionamentos na sua oportunidade de fala: “quais são as possibilidades de responder as demandas dos povos ciganos, órgãos governamentais? [...] como eu consigo ver os *invisíveis ciganos* e o que eu posso fazer no mandato que tenho para responder a suas demandas?”.

Por sua vez, a mesa da audiência do Senado, realizada por meio da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, foi presidida pelo senador Paulo Paim, que convidou para compô-la, em sua maioria, pessoas que se identificam como ciganas, escolhidas pelo Seu Wanderley da Rocha, presidente da ANEC; as representações ciganas presentes na mesa da audiência eram apresentados pelo parlamentar conforme suas origens, no caso, Ceará, Rio Grande do Norte, Distrito Federal, Alagoas e Maranhão.

As audiências públicas, diferentemente das reuniões das comissões e demais atividades do Congresso, são uma das poucas oportunidades em que os *ciganos* atuantes em espaços da burocracia estatal, sujeitos historicamente *invisibilizados* e oprimidos, podem ser ouvidos, ocupando posições de destaque (ao sentar à mesa e ter o mesmo tempo de fala que os parlamentares); o que não significa que suas sugestões sejam acatadas em relação ao que está sendo discutido.

No próximo tópico, busca-se compreender de que forma o PLS nº 248/2015 se propõe a definir quem são os ciganos sujeitos de direitos

e como as representações ciganas, ao longo da tramitação, disputam os sentidos em torno da “ciganidade”.

#### **4 “Tem pessoas não ciganas que está usurpando o direito dos ciganos”: as disputas em torno da normatização da “ciganidade”**

Não há uma única forma ou parâmetro para definir a “ciganidade” ou as identidades ciganas. Tendo em vista que as identidades são construídas nas diferenças e a partir de trocas, e, levando em consideração que a alteridade cigana é infinita, de qual “ciganidade” o presente trabalho se refere? Ao tratar dos processos de lutas por direitos dos ciganos que atuam em face da burocracia estatal, sobretudo no âmbito da tramitação do PLS nº 248/2015, percebemos que embora haja um processo de delimitação de distintas formas de “ciganidade”, que ressaltam elementos diferenciadores (diacríticos) da sociedade majoritária, é comum às diferentes representações atuantes no processo legislativo reivindicarem o reconhecimento enquanto pertencentes a grupos étnicos culturalmente diferenciados.

O luta cigana por visibilidade e direitos, mediante ações políticas no âmbito institucional, iniciou-se a partir da década de 1980 no país, quando o Centro de Estudos Ciganos (CEC) e em seguida a União Cigana do Brasil (UCB), liderada pelo ativista cigano Mio Vacite, passaram a desenvolver atividades, o que alguns autores afirmam se tratar do começo do ativismo e movimento cigano no país, que mobiliza a identidade cigana, bem como suas reivindicações, a sustentação de seus argumentos e ações<sup>7374</sup>.

A partir da década de 2000, com a ampliação do diálogo institucional com setores historicamente oprimidos, sobretudo no

73 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011.

74 MELLO, Marco Antônio da Silva; VEIGA, Felipe Berocan. Le “Jour national du Tsigane” au Brésil. Espaces symboliques, stéréotypes et confl its autour d’un nouveau rite du calendrier offi ciel. *Brésil(s) - Sciences humaines et sociales*, Paris, n. 2, nov. 2012.

âmbito federal, e com a criação de novos conselhos, outras associações e lideranças surgem e se tornam referências para os órgãos públicos, na condição de conselheiros e consultores para formulação políticas públicas, assim como para fazer denúncias de violações de direitos ou omissões dos entes federativos<sup>75</sup>. Já citei acima a ANEC, que se destaca em relação ao PLS, mas cumpre chamar a atenção para outras organizações, como a Associação Centro De Estudo E Discussões Romani (CEDRO), a Associação Comunitária dos Ciganos de Condado-PB (ASCOCIC), e a Associação Internacional Maylê Sara Kalí (AMSK), integrantes de conselhos e órgãos colegiados, que, assim como a UCB, articulam e interagem com a burocracia estatal. Esta interação política não se dá de forma homogênea, da mesma forma que não há consenso sobre diversos assuntos, como a definição de “ciganidade” e quanto ao próprio projeto de lei, divergências que as vezes são expostas publicamente nos ambientes institucionais.

Em diferentes momentos das audiências públicas ocorridas na Procuradoria Geral da República<sup>76</sup> e no Senado Federal<sup>77</sup>, em maio de 2018, por exemplo, surgem falas sobre a existência de outras pessoas que circulam nos espaços institucionais afirmando serem ciganas, mas que são, na verdade, *autodeclarantes*, *cigano de espírito*, *cigano de identidade duvidosa*, *simpatizantes*, em contraposição ao *cigano de sangue*. Ser cigano depende da existência de não-ciganos, ou seja, há uma espécie de fronteira entre quem se reivindica ser *cigano de sangue* ou *cigano de verdade* e aqueles que não são reconhecidos como ciganos. Com qual objetivo esta diferença é levantada? De qual forma influencia na tramitação do PLS nº 248/2015? A diferença neste caso é um marcador de opressão e/ou de hierarquia? Cita-se abaixo algumas

---

75 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011.

76 TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018. (2h09m12s). 2018. Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=7705s>. Acesso em: 23 fev. 2019.

77 TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s) Disponível: <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos/2836>. Acesso em: 23 fev. 2018.

afirmações manifestadas nas audiências públicas de 2018 (no Senado<sup>78</sup> e na PGR<sup>79</sup>) por diferentes lideranças ciganas que podem ajudar compreender estes questionamentos:

Sandra Lucero: Porque tem pessoas *não ciganas* que está usurpando o *direito dos ciganos*. Na verdade, vai lá na comunidade (faz um gesto com as mãos), passa por nossa realidade, simplesmente chega aqui ‘eu sou cigana’, enquanto o *cigano de verdade* está sofrendo e não tendo o *direito* de vir reivindicar os seus *direitos*, eu não concordo. Sinceramente eu não concordo.

Mio Vacite: Eu vim aqui para falar com os *ciganos*, com minha cultura, não com pessoas que se dizem ou tem um, como essa senhora que saiu daqui.

Dinha: Agora, eu não concordo que a pessoa que *não seja cigana* chega aqui, ‘eu vou fazer uma associação de *cigano*’. Eu acharia assim ‘eu sou simpatizante, eu estou ajudando’, é mais polido, porque aí tirando os *direitos*. Por exemplo, uma pessoa que *não é cigano* vai ocupar o lugar de outro que é *cigano*, que tá lá brigando por sua comunidade, querendo requisitar seus *direitos*, não consegue. Eu acredito que *simpatizante é simpatizante, cigano é cigano*.

Maria Jane: *Autodeclarantes* não podem ser membros de diretoria de associação *cigana* porque somos *ciganos*, já sofremos muito há mais de 500 anos que estamos no Brasil, que viemos pro Brasil, e passamos todos os tipos de adversidade, vencemos sozinhos, crescemos sozinhos, agora que o poder público está alcançando, tá vendo, tá enxergando, mas eu quero deixar aqui o meu repudio para isso.

Em outros espaços que acompanhados nesta pesquisa, como encontros institucionais ou reuniões de conselhos, notamos também ser recorrente estas disputas e questionamentos quanto à “ciganidade” de determinados sujeitos que circulam em ambientes institucionais, falando ou atuando em nome dos *ciganos*. Percebe-se que uma mesma pessoa que é reconhecida como *cigana* por uma determinada liderança

---

78 Ibid.

79 TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s) Disponível: <http://www.tvmpf.mpf.br/videos/2836>. Acesso em: 23 fev. 2018.

ou um conjunto de referências ciganas, pode não ser reconhecida cigana por outros grupos, o que muitas vezes quer dizer que não está autorizada a falar em nome ou representar os *ciganos*. E o inverso também acontece; uma classificação que não deixa de ser uma forma de hierarquizar, isto é, definir quem pode e quem não pode ocupar certos espaços. “Se o movimento entre fronteiras coloca em evidência a instabilidade da identidade, é nas próprias linhas de fronteira, nos limiares, nos interstícios, que sua precariedade se torna mais visível”<sup>80</sup>.

As fronteiras do formal-informal nas práticas estatais não são lineares, muito menos dicotômicas<sup>81</sup>. A tramitação do presente projeto de lei e a tentativa de normatizar o “ser cigano” se dão nas dobras, nas margens, que não são necessariamente físicas, decorrem de um conjunto de ações, que podem ou não estarem expressas nas leis. As margens se movimenta, dessa forma, tanto dentro como fora do Estado<sup>82</sup>.

Ao longo do presente processo legislativo, a “ciganidade” é mobilizada para indicar ou questionar a legitimidade de determinados atores que surgem nesta trama. Por exemplo, para algumas representações ciganas, os *espiritualistas* não deveriam ser reconhecidos como uma categoria dentro da “ciganidade”, pois são *falsos ciganos* que *usurpam* os espaços públicos e/ou políticos autodeclarando-se *ciganos*.

Os *ciganos de alma*, sinônimo de *espiritualista* “constroem artificialmente uma identidade cultural *cigana*, baseada em estereótipos [...] aparentemente buscam experienciar uma busca pela recuperação de uma suposta “ciganidade” outrora perdida e incluir-se nos moldes identitários suposta ou *ficciamente* ciganos”, segundo Igor Shimura,

---

80 SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: HALL, Stuart; SILVA, Tomaz Tadeu da (orgs). *Identidade e Diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 98.

81 TELLES, Vera da Silva. As fronteiras da lei como campo de disputas. In: PERALVA, Angelina; TELLES, Vera da Silva (orgs). *Ilegalismos na globalização: migração, trabalho e mercados*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2015.

82 DAS, Veena; POOLE, Deborah. El Estado y sus márgenes. Etnografías comparadas. *Cuadernos de Antropología Social*, Buenos Aires, n.27, p. 19-52, 2008.

sociólogo e pastor cigano, integrante do governo federal a partir de 2019 (2017, p. 1417, grifo do autor). “Ciganos de espírito”, por exemplo, podem ser “médiuns” que fazem parte de grupos religiosos, como “Tenda Espiritualista Tzara Ramirez”, pessoas que afirmam incorporar “espíritos ciganos”<sup>83</sup>.

Não há dúvidas que esta disputa em torno da definição da “ciganidade” se reflete no texto do PLS nº 248/2015. Como se trata de um marco legal específico direcionado aos ciganos, é importante que se traga parâmetros para defini-lo. A proposta inicial diz que “população cigana é o conjunto de pessoas que se autodeclaram ciganas, ou que adotam autodefinição análoga”<sup>84</sup>. “A consciência de sua identidade”, expressão utilizada no artigo 1º da convenção 169 da OIT, é a base para definir a identidade cigana na proposta inicial do PLS, isto é, a partir da autoidentificação do indivíduo.

Cumprir destacar que a FUNAI, em sintonia com o artigo 3º do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), exige, além da autoidentificação, que haja o reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem, critério diferente do que foi proposto na Convenção. Como não é possível, por exemplo, estabelecer um idioma, um traço físico ou uma cor de pele específica dos “ciganos”, na prática, qualquer pessoa poderia se dizer “sou cigana”. A identidade étnica é “bilateral e exige também que o grupo, étnico ou nação, reconheça o indivíduo como membro”<sup>85</sup>.

O primeiro parecer do relator do PLS, o senador Hélio José, indicou ser necessário a reformulação da definição de “população cigana” constante na proposta inicial, após ter consultado “membros da

83 MAIA, M. Cleiton; CAMPOS, Ana Paula de Souza. Espíritos ciganos e ciganos de espírito: o caso da Tenda Cigana Espiritualista Tzara Ramirez. *Áltera – Revista de Antropologia*, João Pessoa, v. 2, n. 7, p. 16-37, jul./dez. 2018, p. 17.

84 BRASIL. *Projeto de Lei PLS nº 248/2015*. Cria o Estatuto do Cigano. Senado Federal. Brasília, 2015b.

85 MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011, p. 7.

comunidade cigana”, não sendo suficiente a adoção da “autodeclaração” como critério de identificação do grupo. O parlamentar propõe que seja adotado formato semelhante ao Estatuto do Índio, exigindo que, além de se autodeclarar cigano, ser necessário o “reconhecimento pela comunidade como tal” e também que seja suprimido a expressão “que adotam autodefinição análoga”, por considerar que torna demasiadamente imprecisa a definição. População cigana é, segundo a nova redação, “o conjunto de indivíduos de origem e ascendência cigana que se identificam e são identificados como pertencentes a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”<sup>86</sup>.

Diferente do critério adotado pela FUNAI, a redação proposta no primeiro parecer do PLS apresentado à Comissão de Educação, Cultura e Esporte não vincula a identificação a um “grupo de origem”, apenas exige que a pessoa seja identificada como cigana, de forma abstrata, por outras pessoas, isto é, não diz quem deve identifica-lo. O quarto parecer apresentado pelo relator Hélio José, por sua vez, estabeleceu que são ciganos aqueles que “além de se autodeclarar nessa condição, for reconhecido pela comunidade como tal”, contudo não altera a redação apresentada, no primeiro parecer, à emenda nº 2- CE<sup>87</sup>.

Cumprido destacar que o sexto parecer, desta vez submetido à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, “em decisão terminativa”, sugere a adoção da expressão “na sociedade nacional”, ao invés de “da sociedade nacional”, pois esta forma “insinua que os ciganos não fazem parte da sociedade brasileira, o que é uma forma involuntária e sutil de reafirmar sua exclusão”<sup>88</sup>.

Em 2019, após as eleições de 2018, Hélio José não permaneceu como senador. A relatoria do Projeto de Lei do Senado (PLS), portanto,

---

86 BRASIL. *Relatório Legislativo de 24/08/2016*. Comissão de Educação, Cultura e Esportes. Senado Federal. Brasília, 2016.

87 *Ibid.*

88 Brasil. *Relatório Legislativo de 20/03/2019*. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Senado Federal. Brasília, 2019, p. 4.

foi assumida pelo parlamentar Telmário Mota, eleito no estado de Roraima pelo Partido Republicano da Ordem Social, Roraima. Este, por fim, sugere, no segundo relatório submetido à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa, que o art. 1º substitua a expressão “população cigana” por “povos ciganos”, justificando ser mais “condizente com a realidade sociocultural desses grupos étnicos e com normas internacionais pertinentes à matéria, pois “um povo” é “um grupo de pessoas com identidade histórica e cultural própria, ao passo que população é apenas um conjunto de pessoas”<sup>89</sup>.

Pode-se afirmar que o PLS, como proposta de lei ordinária, ao buscar normatizar quem são os ciganos sujeitos de direitos no Brasil, adota uma redação com conteúdo abstrato e genérico, sem indicar como se daria esta identificação<sup>90</sup>, em caso de aprovação do Estatuto. Contudo, a disputa em torno da definição de “ciganidade” é mais mobilizada quando se está o jogo quem serão os ciganos que atuarão como interlocutores com a burocracia estatal ou que tipo de associação do segmento cigano pode disputar vagas nos conselhos e recursos de editais governamentais – nestes casos a concepção de “ciganidade” é restritiva. Quando se está em jogo a reivindicação por mais políticas públicas e atenção da sociedade, arriscamos dizer que a concepção de “ciganidade” passa a ser mais extensiva, ampla, buscando informar a existência de uma quantidade expressiva de ciganos no Brasil.

Como a alteridade cigana se deu e ainda ocorre em diferentes partes do mundo, sendo possível existir um número infinito de identidades, línguas e outras expressões culturais como um todo, é difícil definir, isto é, delimitar a “ciganidade”. O que há de comum entre os ciganos, presente em narrativas dos mais diferentes sujeitos, é a existência de uma longa história de rejeição, ódio, de perseguição,

---

89 *Ibid.*

90 BRASIL. *Projeto de Lei PLS nº 248/2015*. Cria o Estatuto do Cigano. Senado Federal. Brasília, 2015.

de discriminação pelos não-ciganos, em todos os lugares por onde circulam, pelo menos a partir do século XV.

Há três processos contrários à variação cultural: os processos de controle, silenciamento e apagamento das experiências. Diante destes processos, não é possível mensurar quantas pessoas, ao longo da história, adotaram como estratégia de sobrevivência na sociedade o abandono ou o distanciamento em relação à identidade e à cultura cigana<sup>91</sup>. Em caso de “reidentificação”, é possível refletir se estas pessoas poderiam ser consideradas sujeitos de direitos do “Estatuto do Cigano”, ou, se estas pessoas seriam legítimas para disputar espaços nos conselhos e demais órgãos colegiados do Estado.

Há diversos questionamentos e reflexões que não se encerram com a aprovação do PLS ou de qualquer outro marco legal. Ao delimitar os critérios para identificar a população cigana, de forma similar ao Estatuto do Índio, o PLS se propõe a institucionalizar, normatizar e restringir quem pode ou não ser considerado cigano.

## 5 Conclusões

Ao investigar a tramitação do PLS nº 248/2015, foi possível refletir sobre as principais justificativas mobilizadas para propor um marco legal específico direcionado à proteção dos ciganos que vivem no Brasil. A permanência das classificações raciais, estabelecidas em meio a relações de poderes assimétricas, faz com que a condição cigana e a interação destas pessoas na sociedade dominante promovam a produção e a reprodução de estigmas, na maioria das vezes negativos, a desigualdade racial e os baixos indicadores sociais; questões que continuam na invisibilidade, embora não mais como no passado. Neste sentido, o ser cigano, enquanto ação política, vem sendo mobilizado como um direito para obter mais direitos.

---

91 BARTH, Fredrik. Etnicidade e cultura. *Antropolítica*, Niterói, n. 19, 2. sem., p. 15-30, 2005.

Além disso, foi possível identificar quem são os atores, institucionais ou não, as lideranças e associações ciganas que entram e saem de cena ao longo da tramitação do projeto de lei, quais narrativas apresentam, como e onde divergem. Nesta trama social e política, as disputas sobre a “ciganidade” vem sendo atravessada de duas formas: quem são os sujeitos ciganos legítimos a atuarem na interlocução com a burocracia estatal, assim como quem são as pessoas que podem ser consideradas ciganas e, portanto, sujeitos de direitos de um marco legal específico ou destinatárias das políticas públicas.

Toda classificação e, em consequência, normatização pressupõe uma exclusão, quem está e quem não está abarcado pela institucionalização da diferença, no caso que aqui chamamos da “ciganidade”. Assim sendo, conclui-se que o processo de tramitação do Projeto de Lei nº 248/2015, que propõe a instituição do Estatuto dos Povos Ciganos, é permeado por fronteiras porosas, tanto em relação ao que consiste ser cigano, como no âmbito do próprio processo legislativo que se dá nas margens, nas dobras entre o formal e o informal.

## Referências

- BARTH, Fredrik. Etnicidade e cultura. *Antropolítica*, Niterói, n. 19, 2. sem., p. 15-30, 2005.
- BATISTA, Mércia Rejane Rangel; MEDEIROS, Jéssica Cunha de. Nomadismo e diáspora: sugestões para se estudar os ciganos. *Revista Antropológicas*, Recife, v. 26, n. 1, 2015.
- BIM, Eduardo Fortunato. A participação dos povos indígenas e tribais: oitivas da Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n.1 da Funai. *Revista de Informação legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 203-229, out./dez. 2014.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.
- BRAH, Avtar. Diferença, diversidade, diferenciação. *Cadernos Pagu*, São Paulo, n. 26, p. 339-376, 2006.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispões sobre o Estatuto do Índio. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 21 dez. 1997.

BRASIL. Decreto nº 4.229, de 13 de maio de 2002. Dispõe sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH. Brasília, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4229.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4229.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.678, de 23 de maio de 2003*. Cria a Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, da Presidência da República. Brasília, 2003. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.678.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 abril. 2004.

BRASIL. *Decreto de 25 de maio de 2006*. Institui o Dia Nacional do Cigano. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn10841.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 fev. 2007.

BRASIL. *Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009*. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3 e dá outras providências. Brasília, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm). Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. *Portaria nº 940, de 28 de abril de 2011*. Regulamenta o Sistema Cartão Nacional de Saúde (Sistema Cartão). Ministério da Saúde. Brasília, 2011. Disponível: [http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2011/prt0940\\_28\\_04\\_2011.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/saudelegis/gm/2011/prt0940_28_04_2011.html). Acesso em: 19 out 2019.

BRASIL. *Resolução nº 03, de 16 de maio de 2012, do Ministério da Educação*. Define diretrizes para o atendimento de educação escolar para populações em situação de itinerância. Brasília, 2012. Disponível: [http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=10770-rceb003-12-pdf-1&category\\_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10770-rceb003-12-pdf-1&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192). Acesso em: 19 out 2019.

BRASIL. *Perfil das pessoas e famílias cadastradas no Cadastro Único do governo federal 2013*. Ministério do Desenvolvimento Social e do Combate à fome. Brasília, 2015.

BRASIL. *Projeto de Lei PLS nº 248/2015*. Cria o Estatuto do Cigano. Senado Federal. Brasília, 2015.

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. *Relatório de Visita Técnica Território Calon no Distrito Federal*. Brasília, 2016.

BRASIL. *Portaria nº 1.315, de 23 de novembro de 2016, do Ministério da Justiça e Cidadania*. Institui o Plano Nacional de Políticas para os Povos Ciganos - PNP/Ciganos. Brasília, 2016.

BRASIL. *Relatório Legislativo de 24/08/2016*. Comissão de Educação, Cultura e Esportes. Senado Federal. Brasília, 2016.

BRASIL. *Relatório Legislativo de 08/05/2018*. Comissão de Assuntos Sociais. Senado Federal. Brasília, 2018.

BRASIL. Portaria nº 4384, de 28 de dezembro de 2018, do Ministério da Saúde. Propõe uma Política Nacional de Saúde integral do povo cigano. Brasília, 2018. Disponível: [http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363](http://www.in.gov.br/web/guest/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/57631494/do1e-2018-12-31-portaria-n-4-384-de-28-de-dezembro-de-2018-57631363). Acesso em: 19 out 2019.

BRASIL. *Relatório Legislativo de 20/03/2019*. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Senado Federal. Brasília, 2019.

BRASIL. *Relatório do IV CONAPIR – IV Conferência Nacional da Promoção Igualdade Racial*. Brasília, 2019. Disponível: <https://>

[www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/cnpir/relatorios](http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/orgaos-colegiados/cnpir/relatorios). Acesso em: 19 out. 2019.

DAS, Veena; POOLE, Deborah. El Estado y sus márgenes. Etnografias comparadas. *Cuadernos de Antropologia Social*, Buenos Aires, n.27, p. 19-52, 2008.

FAZITO, Dimitri. A identidade cigana e o efeito da “nomeação”: o deslocamento das representações numa teia de discursos mitológicos-científicos e práticas sociais. *Rev. Antropol.*, São Paulo, v. 49, n. 2, 2006.

FRASER, Angus. *The Gypsies*. Oxford: Blackwell Publishers, 1992.

GEERTZ, Clifford. Uma Descrição Densa: Por uma Teoria Interpretativa da Cultura. In: GEERTZ, Clifford. *A Interpretação das Culturas*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

GODOY, Priscila Paz. *O povo invisível: os ciganos e a emergência de um direito libertador*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes. *Memória e etnicidade entre os Ciganos Calon em Sousa-PB*. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.

MAIA, M. Cleiton; CAMPOS, Ana Paula de Souza. Espíritos ciganos e ciganos de espírito: o caso da Tenda Cigana Espiritualista Tzara Ramirez. *Áltera – Revista de Antropologia*, João Pessoa, v. 2, n. 7, p. 16-37, jul./dez. 2018.

MELLO, Marco Antônio da Silva; VEIGA, Felipe Berocan. Le “Journal national du Tsigane” au Brésil. Espaces symboliques, stéréotypes et confl its autour d’un nouveau rite du calendrier officiel. *Brésil(s) - Sciences humaines et sociales*, Paris, n. 2, nov. 2012.

MOONEN, Frans. *Anticiganismo: os ciganos na Europa e no Brasil*. 3. ed. Recife: [s/e], 2011.

NORONHA, Gilberto César de. Os gadjós são os “perfeitos ciganos, muito ciganos”: figurações, estereótipos e artimanhas políticas em Minas Gerais. In: *ANPUH-Brasil – 30º Simpósio Nacional de História*, Recife, 2019.

RAMOS, Arthur. *Introdução à antropologia brasileira*. V. 4. As culturas europeias. Rio de Janeiro: Casa do Estudante do Brasil, 1947.

SANTOS, José Luiz dos. *O que é cultura*. 5. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

SILVA, Tomaz Tadeu da. A produção social da identidade e da diferença. In: HALL, Stuart; SILVA, Tomaz Tadeu da (orgs). *Identidade e diferença: a perspectiva dos Estudos Culturais*. Petrópolis: Vozes, 2007.

SIQUEIRA, Robson de Araújo. *Os Calon do município de Sousa/PB: dinâmicas ciganas e transformações culturais*. Recife: Universitária UFPE, 2013.

SHIMURA, Igor. *Ser cigano: a identidade étnica em um acampamento Calon itinerante*. São Paulo: Amazon, 2017.

SPIVAK, G. C. *In Other Worlds: Essays in Cultural Politics*. London, Methuen, 1987.

TELLES, Vera da Silva. As fronteiras da lei como campo de disputas. In: PERALVA, Angelina; TELLES, Vera da Silva (orgs). *Ilegalismos na globalização: migração, trabalho e mercados*. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ, 2015.

TEXEIRA, Rodrigo Corrêa. *História dos ciganos no Brasil*. Recife: Núcleo de Estudos Ciganos, 2008.

TOLEDO, V. M. Povos/comunidades tradicionais e a biodiversidade. In: LEVIN, S. et al., (Orgs.). *Encyclopedia of Biodiversity*. [S.l.]: Academic Press, 2001.

TV MPF. *Audiência Pública Maio Cigano 28/05/2018*. 2018. (3h45m56s). Disponível: <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos/2836>. Acesso em: 23 fev. 2018.

TV SENADO. *Historicamente, ciganos são dos grupos que mais sofreram discriminação, perseguição e exclusão*. 2011. (02m02s). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=TqxBxKFMkZY>. Acesso em: 23 fev. 2019.

TV SENADO. *Historicamente, ciganos são dos grupos que mais sofreram discriminação, perseguição e exclusão*. 2011. (02m02s). Disponível: <https://www.youtube.com/watch?v=TqxBxKFMkZY>. Acesso em: 23 fev. 2019.

TV SENADO. *Grupos ciganos precisam ser estudados, pleiteia Marlete Queiroz, da Assoc. dos Ciganos Calons*. (03m05s). 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OueeuZ9Xz3Q&t=48s>. Acesso em: 30 mar. 2019.

TV SENADO. *Ciganos Calons necessitam de políticas públicas; 90% são analfabetos, revela Marlete Queiroz*. (03m06s). 2011. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=O\\_LsihGqeU0&t=13s](https://www.youtube.com/watch?v=O_LsihGqeU0&t=13s). Acesso em: 30 mar. 2019.

TV SENADO. *Diretora de escola disse que ciganos cozinham e comem criancinhas, denuncia Dep. Érika Kokay*. (01m52s). 2011. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6DuTcGFHXFo>. Acesso em: 30 mar. 2019.

TV SENADO. *Rep. da AMSK/Brasil explica a cultura dos povos ciganos*. (14m25s). 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JE0JTF1XtP4>. Acesso em: 30 mar. 2019.

TV SENADO. *CE - Votações - TV Senado ao vivo - 27/03/2018 - 7ª Reunião deliberativa extraordinária da Comissão de Educação, Esporte e Lazer*. (01h06m56s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6DuTcGFHXFo>. Acesso em: 30 mar. 2019.

TV SENADO. *Estatuto do Cigano*. 2018. (2h09m12s). 2018a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SCzeao1ZUn4&t=4337s>. Acesso em 18 out. 2019.

TV SENADO. *Povo cigano: a luta para manter a tradição e combater o preconceito*. 2018. (27m02s). 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=S0UkhsCLuwQ&t=110s>. Acesso em 18 out. 2019.

VERDÉLIO, Andreia. Conferência debaterá políticas de igualdade racial. *Agência Brasil*, Brasília, 17 maio 2015.

# ASPECTOS HISTÓRICOS E ECONÔMICOS DA EDUCAÇÃO JURIDICAMENTE ENTENDIDA COMO SERVIÇO PÚBLICO NÃO PRIVATIVO DO ESTADO

*HISTORICAL AND ECONOMIC ASPECTS OF EDUCATION LEGALLY  
UNDERSTOOD AS A NON-PRIVATE PUBLIC SERVICE*

Vivian Ribeiro<sup>I</sup> 

Milton Ribeiro<sup>II</sup> 

<sup>I</sup>Universidade  
Presbiteriana Mackenzie  
(MACKENZIE), São  
Paulo, SP, Brasil. E-mail:  
ribeiro.vivian.91@gmail.  
com

<sup>II</sup>Universidade  
Presbiteriana Mackenzie  
(MACKENZIE), São  
Paulo, SP, Brasil. E-mail:  
rvmilton@usp.br

**Resumo:** O presente artigo observa que as discussões a respeito do direito à educação vem se travando ao longo dos anos. Assim, pretende-se trazer abordagem histórica a respeito da evolução do acesso à educação no Brasil, observando o tratamento político concedido e os aspectos econômicos e sociais correspondentes. Em seguida, debruça-se a respeito da classificação jurídica atribuída à educação como serviço público não privativo e as consequências econômicas vivenciadas pelo mercado educacional e, por óbvio, refletidas na sociedade. Analisando dados provenientes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, reflete-se a respeito do mercado da educação superior privada brasileira e a efetividade das funções sociais desse serviço público quando particularmente prestado.

**Palavras-chave:** Educação. Serviço público. Atividade privativa.

**Abstract:** This paper notes that the discussions about the right to education have been going on for years. Therefore aims to bring a historical approach regarding the evolution of access to education in Brazil, observing the political treatment granted and the corresponding economic and social aspects. Then deals with the legal classification attributed to education as a public service and the economic consequences experienced by the educational market and his reflexes in society. Analyses numbers from the Brazilian Institute of Geography and Statistics, reflects on the Brazilian private college education market and the effectiveness das funções sociais of the social functions of this public service when particularly provided.



DOI: 10.20912/rdc.  
v15i35.3290

Recebido em: 11.10.2019

Aceito em: 22.11.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

**Keywords:** Education. Public service. Private activity.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais. 2 Retrospectiva do direito à educação no Brasil. 3 Educação como serviço público não privativo do Estado e sua exploração econômica. 4 Considerações finais. Referências.

## 1 Considerações iniciais

No Direito Brasileiro, a Educação vem sendo entendida como direito fundamental cuja prestação é dever do Estado, ou seja, um serviço público. Entretanto, também há tempos, esse serviço é entendido como não exclusivo, de forma que sua prestação ao cidadão pode ser oferecida por particulares, não apenas diretamente pelo órgão estatal.

Pretende-se então, neste artigo, pesquisar a trajetória histórico-jurídica traçada pela Educação no país para compreender os motivos e as conseqüências da atual situação jurídico-econômica de prestação do serviço educacional no Brasil. Faz-se necessário refletir a respeito da categorização da Educação como serviço público não privativo do Estado e quanto ao modelo de exploração econômica do mercado educacional.

Mas o quê significa “educação”? Cabe destacar três significados atribuídos a essa palavras pelos dicionários. O primeiro deles possui nítida atribuição social e comportamental: “Conhecimento e prática dos usos da sociedade; civilidade, delicadeza” (AULETE, p. 1170) Refere-se ao sentido de “educação” quando utilizada como atributo daquele que é capaz de estabelecer um bom relacionamento social, cujo comportamento não causa desconforto social, mas possui bom convívio em sociedade, tratando-se muitas vezes como sinônimo de polidez. Tal sentido revela a responsabilidade familiar na condução da “educação social”.

O segundo significado tem caráter procedimental: “Processo que visa ao desenvolvimento físico, intelectual e moral do ser humano, através da aplicação de métodos próprios, com o intuito de assegurar-

lhe a integração social e a formação da cidadania” (MICHAELIS, versão eletrônica). Refere-se à educação como um meio para atingir uma condição. Para tanto acopla-se outras palavras que completam seu significado como, por exemplo, “educação física”, “reeducação alimentar” e “educação financeira”.

Já o terceiro significado tem viés consequencialista, referindo-se ao resultado do método ou processo educacional empregado: “Conhecimento, aptidão e desenvolvimento em consequência desse processo; formação, preparo” (MICHAELIS, s/p). Essa definição pode ser desenvolvida, novamente, como o acoplamento de outras palavras, por exemplo, “conhecimento intelectual”, “aptidão profissional”, “formação técnica” e “preparo físico”.

Contanto, cabe reformular o questionamento anterior. O que o Direito Brasileiro entende por Educação? Já se adiantou que se trata de um direito fundamental, um serviço público de prestação não privativa do Estado. Mas a qual significado de “educação” o direito se refere quando atribui essas classificações?

Os juristas, em termos gerais, entendem que o direito à educação refere-se ao processo de formação de um indivíduo em suas múltiplas complexidades. Para tanto, referem-se à educação como o processo educacional escolar, entendendo ser ele capaz de atender ao desenvolvimento de todas essas facetas sociais de uma pessoa, vêm-na como direcionadora dos indivíduos e, por consequência, da sociedade, instrumento apto a alcançar vida digna – individual – e cidadania – coletivamente. Acreditam que a complexidade de uma civilização, incluindo os aspectos econômicos – que aqui nos importam - estão diretamente relacionados à formação educacional dos indivíduos que a compõem.

Assim, compreende-se que a relação da educação com a economia é incontestável, mas o que se pretende é entender como se dá a relação econômica entre a educação e o serviço público.

## 2 Retrospectiva do direito à educação no Brasil

Para pensar a educação no Brasil, se faz valioso retornar ao período em que essas terras eram parte da Colônia Portuguesa, época em que nem mesmo na Europa a educação era entendida como direito social, o que só virá a acontecer na primeira metade do século XX, com o pensamento do “Estado Social de Direito”. Essa retrospectiva permitirá entender como a educação se tornou um serviço público.

Inicialmente, a única forma de educação existente era representada pela ação dos jesuítas, que receberam esse encargo da Coroa Portuguesa e utilizavam a educação como pretexto para a cristianização dos nativos. Não havia, então, fornecimento de educação escolar como se conhece atualmente, mas a simples alfabetização agregada à cristianização. Já nesse momento se via a falta de amplitude no público atingido pelos jesuítas. Paiva (1987, p. 53) explica que não era possível educar a todos, de forma que a prioridade recaía sobre os filhos dos caciques, pois sendo meninos, eram capazes de influenciar os adultos detentores do poder tribal.

Essa falta de preocupação da Coroa Portuguesa na alfabetização de adultos não se dava somente pelo manjado discurso de pretensões exclusivamente exploratórias, mas refletia a vivência da metrópole “O analfabetismo dominava não somente as massas populares e a pequena burguesia, mas se estendia até à alta nobreza e à família real” (PAIVA *apud* MATTOS, p. 56). Ocorre que, a despeito das muitas críticas tecidas contra os jesuítas, a cristianização rompeu barreiras no contato com os indígenas permitiu o progresso da colonização e implementou padrões culturais europeus resistentes até a atualidade.

Passando para o período em que a escravidão já estava estabelecida na colônia, desde então o acesso à educação não atingia todas as pessoas. Os negros não foram alfabetizados e cristianizados por meio do mesmo processo que os indígenas, mas foram alvos dos religiosos da época que os catequizavam através de sermões morais.

Chega-se então em 1759, quando a Reforma de Pombal culmina no fechamento das escolas jesuítas, os quais, nesse momento, já possuíam seminário, escolas destinadas às elites, e já haviam disseminado a língua portuguesa e a fé cristã entre os índios e negros. Nesse período a preocupação da metrópole não residia somente no combate ao poder dos religiosos, mas na repressão às ideias liberais e emancipativas provenientes do Iluminismo disseminado na Europa. Assim, para evitar que conhecimentos desfavoráveis ao seu interesse chegassem à colônia, Portugal colocou o Brasil em situação de isolamento não somente ideológico e cultural, mas também educacional e técnico.

Cabe aqui ressaltar que as consequências econômicas suportadas pela falta de desenvolvimento educacional não são verificadas apenas na atualidade, mas já se manifestavam no período colonial. Caio Prado, realizando sua abordagem econômica da história do Brasil, aponta a falta de conhecimento técnico na prática agrícola e mineradora como fator de relevante contribuição para o atraso econômico no país:

Quanto às deficiências técnicas, é preciso lançar a culpa principal sobre a administração pública, que manteve a colônia num isolamento completo; e não tendo organizado aqui nenhum sistema eficiente de educação, por mais rudimentar que fosse, tornou inacessível aos colonos qualquer conhecimento técnico relativo às suas atividades. O baixo nível intelectual na colônia, que não tem talvez paralelo na América, não cabe em nosso assunto; mas é preciso lembrá-lo porque interfere aqui diretamente com a economia do país. (PRADO, 2006, p. 41).

Mais uma vez, evidencia-se a estreita relação da educação com o desenvolvimento econômico, que reflete no pensamento de que o acesso à educação precisa ser disseminado entre todos que compõem a sociedade.

Então, a responsabilidade da Coroa Portuguesa tinha aspecto organizacional e cultural. Anísio Teixeira (1976, p. 273) relata:

Como organizávamos as nossas escolas segundo os padrões europeus e como tais padrões presumiam níveis de educação coletiva e doméstica relativamente altos, comparados aos existentes em nossa população mais baixa, a escola, mesmo

que se designava popular, não era popular, mas tipicamente de classe média. Não era só a roupa e o sapato, que afastavam o povo da escola, mas o próprio tipo de educação que ali ministrávamos de que não podia aproveitar-se, em virtude da penúria do seu ambiente cultural doméstico. O “padrão europeu”, cuidadosamente mantido, servia assim para liminar a participação popular à própria escola popular.

Avançando para o período colonial em que a família real aqui se instalou com toda sua corte, modificou-se a demanda local nas mais diversas áreas como econômica, administrativa e, também, educacional. A fim de consolidar a administração portuguesa em solo brasileiro, necessitava-se de pessoas habilitadas em técnicas burocráticas, o que gerou aumento na demanda de ensino da aristocracia.

Passaram-se os anos, mas também não foi com a independência da coroa que o Brasil experimentou avanços na educação. Continuou-se com a educação elementar a seletas camadas da população. A preocupação se concentrava na instrução elementar para suprir as atividades burocráticas do império. Nesse período, criou-se o Colégio Pedro II com ensino secundário e surgiram os primeiros cursos jurídicos. As leis criadas em 1823 e 1827 não surtiram resultados. A primeira delas eliminou o privilégio educacional do Estado estabelecido por pombal, liberando a atividade à iniciativa privada e solicitando a colaboração de particulares na suplementação da deficiência do ensino público. Contudo, em 1924 a constituição outorgada estabeleceu a gratuidade da instrução básica. Por sua vez, a lei de 1827 estabelecia que cidade e vilas populosas deveriam criar escolas de primeiras letras. Entretanto, a falta de professores era um problema prático que inviabilizava seu cumprimento.

Quanto ao alcance da educação prestada nesse período, Paiva (1987, p. 63) explica que apesar das meninas poderem frequentar as escolas, a ignorância feminina era conhecida em todo Império. As mulheres que possuíam maior instrução faziam parte da elite e a recebiam em casa.

Em meados do século XIX, com o desenvolvimento econômico no eixo centro-sul do país, verifica-se o maior desenvolvimento do ensino nessa região. O movimento migratório também colaborou para os avanços – ainda que pequenos – do ensino no país pois, provenientes da Europa, os imigrantes preocupavam-se com a educação de seus filhos por entenderem ser ela uma importante ferramenta de ascensão social.

Apesar da gratuidade do ensino não havia obrigatoriedade, de forma que a frequência se dava à medida de suas condições particulares e do oferecimento de escolas que, por sua vez, dependiam da existência de professores. Desde então, já era notável a disparidade entre as regiões brasileiras e a maior concentração de alunos em escolas privadas, o que se agravava com a disseminação de princípios de economia liberal e a insistência dos católicos na direção exclusiva do ensino pela Igreja.

A importância da educação era baseada em princípios sociais e ideais religiosos que a tratavam como método de atingir a ordem social, é por isso que no período final do Império ganha destaque o parecer de Rui Barbosa que se baseia na tese de que a educação está intimamente ligada à geração de riqueza de um país, defendendo também a liberdade de ensino laico (PAIVA, 1987, p. 76).

Mas também não foi logo após a queda da monarquia que o ensino se difundiu. Paiva apresenta o retrato da educação no início da república:

Até a Primeira Guerra, a maior parte das discussões sobre o problema da educação popular trava-se no Parlamento (através do debate dos projetos de reforma do Município Neutro) e seus debatedores são políticos interessados no problema. Não existem ainda profissionais ou técnicos da educação; se quiséssemos identificar algum no século XIX, teríamos de buscá-lo em Rui Barbosa, com seu célebre parecer, e ele não era - evidentemente - um especialista em educação, mas um político de grande cultura. As discussões sobre tais problemas, enfatizadas nas duas últimas décadas do século XIX, amenizam-se no início do século XX em face do caráter oligárquico adquirido pelo novo regime e de sua estabilidade política. Elas não morrem, como muito bem atestam a obra de José Veríssimo ou a primeira publicação de Carneiro Leão, mas só voltam à

baila com vigor quando as condições internas se transforma em função da guerra. Um traço, entretanto, precisa ser ressaltado: a ausência ou precariedade de medidas práticas que efetivamente provocassem o progresso da educação popular no período. (PAIVA, 1987, p. 55).

Cabe aqui diferenciar a educação que atingia a população das cidades e os camponeses. Lembrando que a maioria da população residia no campo, local em que se dava a principal atividade econômica do país, cabendo ao proprietário de terras a iniciativa de levar a instrução aos camponeses. Contudo, lhes faltava interesse de forma que a educação se concentrava nos grandes centros, sendo direcionada à elite e classes emergentes.

Em 1891 a Constituição tratou do problema do ensino com a divisão de tarefas entre a União e os Estados, evidenciando que a atribuição de responsabilidades era uma questão não resolvida. Nessa oportunidade, temos a positivação do entendimento da educação como um serviço público.

Destaca-se também que em 1891 manteve-se a restrição do voto aos analfabetos, apesar da retirada da restrição econômica que até então existia. Mesmo assim, o baixo interesse popular na educação evidencia que a restrição de acesso à vida política não trouxe o incentivo educacional que se esperava, de forma que o progresso educacional na primeira metade da República Velha foi insignificante.

Novamente, Paiva (1987) menciona José Veríssimo e Carneiro Leão como defensores de maior atuação estatal na difusão do ensino, reprimindo o pensamento de que o conhecimento poderia causar comoção social e afetaria a estrutura de poder. Buscava-se a difusão do ensino elementar de forma quantitativa.

Porém, foi justamente a questão sócio-econômica que aumentou o movimento educacional. O nacionalismo decorrente da Primeira Guerra Mundial foi capaz de motivar o interesse na participação política, para a qual se exigia alfabetização. Inclusive com apoio de movimentos privados, compostos por representantes do grupo industrial, buscava-

se alterar a composição do eleitorado e, por consequência, as escalas de poder. Trata-se do período de declínio agrário e fortalecimento industrial com apoio militar, denominado Tenentismo.

Ainda na discussão de “a quem cabe educar?” realizou-se, no governo de Epitácio Pessoa, conferência interestadual com representantes das unidades federadas e associações. Nessa oportunidade convencionou-se pela “missão constitucional da União na intervenção para a difusão do ensino elementar, com o objetivo de ‘desanalfabetizar o país’” (PAIVA, 1987, p. 101). Porém, a missão de desanalfabetizar ainda não foi atingida nos dias atuais, quicá naquela época.

Mas foi durante a reforma dos anos 30 que cresceu a preocupação qualitativa da educação, preocupação com o sistema educativo, norteadas por Anísio Teixeira, com a assinatura do Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova.

De forma expoente, Anísio Teixeira, conforme relato de João Augusto de Lima Rocha (2002, p. 14) se destaca como autodidata, o que, segundo Paiva (1987, p. 103), era comum aos professores da época, dispostos a estudar e transmitir o assunto sem se afetar por aspectos políticos.

Maria Luisa Santos Ribeiro (1998, p. 98) menciona o pensamento de Jorge Nagle a respeito do “entusiasmo pela educação” vivenciado nesse período, a crença de que a multiplicação das instituições de ensino iria disseminar a educação por diversas camadas da população, desenvolvendo o país e tornando-o grande mundialmente.

Já no período entre 1930 e 1945 a educação nacional passou por fases bem diferenciadas, semelhantemente ao regime político. Durante o período de Governo Provisório, Vargas incluiu em seu plano nacional a “difusão intensiva do ensino público, principalmente técnico-profissional, estabelecendo para isso um sistema de estímulos e colaboração direta com os Estados”. Em 1934, segundo Paiva, (1987, p. 124), os “educadores conseguem tornar efetiva sua influência”. De fato,

houve progresso. O texto constitucional fixou bases para uma política nacional de educação e previa:

Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

O texto constitucional não só assegurava o direito de todos à educação, mas segue prevendo o “ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos” e incentiva a “gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível”. Nesse período construiu-se Liceus industriais e reformou-se o ensino comercial. Porém, a difusão do ensino elementar, que dependia de auxílio da União aos Estados, só se concretizou no final do Estado Novo.

A respeito da conscientização popular e de autoridades públicas no que se refere à importância do ensino técnico-científico, Anísio Teixeira (1977, p. 17) discorre:

Em face da aspiração de educação para todos e dessa profunda alteração da natureza do conhecimento e do saber (que deixou de ser a atividade de alguns para tornar-se, em suas aplicações, a necessidade de todos), a escola não mais poderia ser a instituição segregada e especializada de preparo de intelectuais ou “escolásticos”, mas deveria transformar-se na agência de educação dos trabalhadores comuns, dos trabalhadores qualificados, dos trabalhadores especializados em técnicas de toda ordem e dos trabalhadores da ciência nos seus aspectos de pesquisa, teoria e tecnologia.

Dada a identificação do trabalho agrícola ou fabril, com o trabalho científico, pois agricultura e indústria mais não são do que campos de aplicação da ciência, todas as escolas, do nível primário ao universitário, passaram a ser predominantemente escolas de ciência, já ensinando as suas aplicações generalizadas, já as suas teorias e técnicas especializadas, já o próprio trabalho de pesquisa, seja no campo teórico, seja no campo da aplicação.

A dificuldade de fixação quantitativa e qualitativa da educação básica na área rural continua sofrendo, na atualidade, com problemas muito semelhantes ao período colonial, como explica Almeida (2015, p. 138).

“Todavia na zona rural o perfil das escolas sofre com a falta de professores, com salas multisseriais, distância da escola com os núcleos habitacionais, dificuldade de locomoção dos alunos para as escolas existentes, a falta de construção de novas salas de aula, o despreparo dos poucos professores, a alta rotatividade destes, o programa curricular incompatível com o modo de vida da zona rural etc. [...] A consequência é inevitável e acontece há muitos anos: êxodo rural, adensamento populacional com mão de obra não qualificada e, portanto, impossível de ser absorvida na zona urbana e, enfim crescimento indiscriminado de população urbana marginal.”

Mais uma vez, depara-se com a inevitável relação entre educação e desenvolvimento econômico individual e coletivo.

Encerra-se aqui a cronologia histórica devido à proximidade temporal dos acontecimentos que seguiram com a atualidade. Cabe, então, evidenciar que questões básicas como a finalidade social, política, cultural e econômica da educação, bem como as competências atribuídas à família, governos e suas esferas e entidades privadas, como também o conteúdo elementar ou profissionalizante da educação sempre estiveram presentes nas pautas educacionais ao longo da história brasileira.

Percebe-se, então, que durante toda a história brasileira buscou-se disseminar o acesso à educação chegando à classificação da educação como serviço público. Ainda assim, a luta pela erradicação do analfabetismo continua necessária e cada vez mais urgente. Os dados levantados pelo IBGE em 2017 aponta índice de 7,0% de analfabetismo em pessoas maiores de 15 anos no país. Porém, quando afunilamos a pesquisa para as regiões brasileiras, o percentual nordestino dobra atingindo 14,5% no mesmo período.

Evidencia-se que, diante de questões já enfrentadas no passado, com as quais não lidou-se de forma eficaz, permanece a necessidade de analisar, refletir, criticar e agir. Isso porque, como amplamente demonstrado o acesso à educação precisa ser priorizado pelo Estado e pela sociedade a fim gerar o desenvolvimento sócio-econômico do país.

Assim, entendendo diversos aspectos históricos que, certamente, influenciam na atual concepção de direito à educação, passamos a discorrer a respeito da exploração econômica desse serviço público quando prestado por particulares.

### **3 Educação como serviço público não privativo do Estado e sua exploração econômica**

Atualmente, o direito à educação é classificado como serviço público de execução não privativa do Estado. Essa classificação é defendida por parte da doutrina e foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em 2005, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266<sup>1</sup>, de relatoria do ministro Eros Grau. Antes de refletir criticamente a respeito dessa classificação, faz-se necessário compreender a atuação estatal em serviços públicos sob a ótica do direito administrativo.

A Escola do Serviço Público representada por Léon Duguit e Gaston Jèze, a qual sofreu influência do neokantismo e do positivismo de Auguste Comte, inspirou a sociologia de Durkheim e o solidarismo

---

1 A ementa do referido julgamento tem o seguinte teor: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

de Burgeois. Os ensinamentos dessa Escola basearam a atual divisão de atividade estatal amplamente adotada no Direito Administrativo, da qual o serviço público é uma modalidade.

Cabe apontar a definição de serviço público para Duguit (1928 p. 61),

[...] toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé, et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale [...].

Simone Alves Cassini e Gilda Cardoso de Araujo (2013, p. 2) referem-se à origem do conceito de serviço público da seguinte forma:

A noção de serviço público tem sua gênese no contexto do liberalismo clássico, sofrendo modificações no processo histórico de formação do Estado e seu modo de atuar na sociedade. Segundo Schier (2011), originalmente a concepção de serviço público é atrelada à noção de desenvolvimento que, naquele tipo de Estado (liberal), fora caracterizado pela intervenção mínima na economia para consolidação burguesa das bases do capitalismo. Ou seja, consistia em toda atividade assumida pelo Estado, desde que não interferisse na livre concorrência e estivesse vinculada à noção de desenvolvimento econômico, o que englobava atividades de infraestrutura ou de interesse geral que não auferissem lucro.

Então sobreveio a crise. Nohara (2018, versão eletrônica) explica que se trata de período de transição da concepção liberal de estado para a concepção social, de forma que a crise do serviço público questiona a noção até então adotada, pois o Estado passou a participar de atividades comerciais e industriais reservadas à iniciativa privada.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2015, p. 691) conceitua serviços públicos como “atividades materiais que o Estado, inadmitindo que possam ficar simplesmente relegadas à livre iniciativa, assume como próprias, por considerar de seu dever prestá-las ou patrocinar-lhes a prestação, a fim de satisfazer necessidades ou comodidades do todo social, reputadas como fundamentais em dado lugar e tempo.” Por sua vez, Dinorá Grotti (*apud* NOHARA, 2018, s/p) declara que “cada

povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico”, seguindo sua escolha política.

Assim, faz-se necessário situar os conceitos no tempo e no espaço, de forma a evitar anacronismo. De fato, nem tudo que é serviço público hoje no Brasil sempre o foi. E nem mesmo tudo que é serviço público em países europeus, tenham que o ser na América Latina ou nos países orientais.

Segundo classificação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o Estado desempenha atividades de intervenção econômica, exercício de poder de polícia, prestação de serviços públicos e fomento de atividades não privativas. E no que se refere aos serviços públicos explica:

Não é tarefa fácil definir serviço público, pois sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne à sua abrangência. Além disso, alguns autores adotam *conceito amplo*, enquanto outros preferem um *conceito restrito*. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral, três elementos para a definição: o *material* (atividade de interesse coletivo), o *subjetivo* (presença do Estado) e o *formal* (procedimento de direito público). (DI PIETRO, 2017, p. 131)

Merece destaque a necessidade de combinação de critérios, uma vez que isoladamente cada um deles se faz insuficiente.

Quanto à titularidade do serviço público Mello (2016, p. 701) diferencia a titularidade do serviço da titularidade da prestação de serviços públicos. Assim, o Estado sendo titular do serviço público não se obriga a prestá-lo, podendo conceder ou permitir a particulares ou outros órgãos públicos seu exercício. Ainda, nos casos de serviços públicos cuja titularidade da prestação não é exclusiva da União, faz-se necessária simples autorização para seu exercício por empresas privadas. Essa divisão está expressamente prevista no texto constitucional.

Para a presente análise se destaca a previsão do artigo 209 que declara que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que, autorizada pelo Poder Público, atendida as condições das normas gerais e se submeta a avaliações.

Ora, referida previsão, no entendimento de Eros Grau (2015, p. 120), evidencia que a educação não é uma atividade econômica livre, recebendo a classificação de serviço público não privativo do Estado. Note-se, portanto, que no que se refere à exploração de atividade econômica quando atinente a prestação de serviços públicos não privativos possui normatividade mais restrita do que as atividades privadas em geral, em razão de sua relevância social.

A respeito da classificação da educação como serviço público e sua relação com a forma econômica e política do governo Cavalcanti observa:

Tratar a Educação como serviço público é um passo para se desenvolver um planejamento a longo prazo em prol da dignidade humana e da liberdade.

Ver na livre iniciativa e na livre concorrência princípios que devem se sobressair da educação é submeter o mínimo existencial ao mercado capitalista, quando esse deve ser instrumento do homem para a conquista de suas necessidades materiais e imateriais. (2010, s/p).

Sendo uma das modalidades de atuação estatal, junto à intervenção, ao poder de polícia e ao fomento, os serviços públicos possuem caráter positivo ou prestacional, conforme ensina Nohara (2018, versão eletrônica), seguindo classificação de Di Pietro. Assim, a prestação de serviços públicos deve refletir os princípios fundamentais e assegurar a persecução dos objetivos da República.

Observa-se que a educação assegurada pelo Direito possui significado amplo, que abrange a todos os três significados anteriormente apresentados. Preocupa-se com o desenvolvimento individual, com os relacionamentos sociais (cidadania), com o conhecimento técnico e profissionalizante, com o fomento de aptidões culturais, tudo isso visando o desenvolvimento individual e coletivo.

A Constituição Federal, tratando do direito à educação, prevê:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, observa-se que a família e o Estado tendo o dever constitucional de educar, não receberam da Constituição Federal nítida divisão de tarefas. Não existe uma atribuição específica à família para a educação que visa o desenvolvimento pessoal, e ao Estado a qualificação profissional e à sociedade a formação cidadã. Isso parte da ideia de complexidade do indivíduo, que não se pode dividir ou setorizar. O que se desprende da previsão constitucional é que todos os agentes de educação devem promover nos seus receptores as três dimensões educacionais ali previstas.

Tem-se a ideia de integralidade no desenvolvimento da educação. Explicam Chiarello, Junqueira e Toledo (2015, p. 107):

A educação em tempo integral vem com a proposta de ampliar e desenvolver o ser humano em seus mais diversos aspectos, entre os cognitivos e, principalmente, socioculturais, bem como meio para se atingir uma educação plena e de qualidade.

Dalila Oliveira, discorrendo sobre educação na sociedade capitalista explica a necessidade de classificação da educação como um serviço público e de prestação gratuita:

Esta sociedade que se erigiu fundada na noção de direitos contra uma estrutura de privilégios tradicionais sinalizou historicamente para a construção de relações mais justas e equitativas, mesmo considerando os limites que essa noção carrega. A educação constituiu-se, nesse modelo social, em um direito elementar, porta de entrada para os demais direitos, por isso a garantia da sua oferta pública e gratuita pelo Estado é um valor fundamental. (OLIVEIRA, 2015, p. 629).

Ainda resta uma questão. Como a iniciativa privada – com atuação prevista no inciso III do artigo 206 da Constituição Federal – age para prestar o serviço educacional de forma a atingir os objetivos constitucionalmente previstos no artigo 205?

A grande questão da concepção de educação como serviço público não privativo do Estado é o inconformismo com a maneira

como a iniciativa privada explora o setor, que – para muitos – sendo um serviço público deveria visar o bem estar social. Justamente por isso é que se questiona a exorbitância dos valores cobrados a título de mensalidade; a compatibilidade da prestação do serviço por entidades confessionais com a laicidade estatal; a diferenciação de regime jurídico aplicado aos particulares e à administração pública diante da prestação do mesmo serviço; dentre outras muitas questões que podem ser levantadas.

Observe-se que, quer prestado diretamente pelo Estado, quer pela iniciativa privada, todo serviço está envolvido por fatores econômicos. A esse respeito Eros Grau (2015, p. 107-108) discorre:

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: *intervenção* é atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; *exploração de atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (art. 173 e 175 da Constituição de 1988).

O critério acima enunciado há de auxiliar o intérprete no exercício de identificação desta ou daquela parcela da *atividade econômica (em sentido amplo)* como modalidade de *serviço público* ou de *atividade econômica em sentido estrito*. Essa identificação, contudo, não se pode dar no plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídica. Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, *serviço público* não é um conceito, mas uma *noção*, plena de *historicidade*, conforme explicitado mais adiante. De três outros aspectos, contudo, devo ainda cogitar: o atinente à inconsistência da identificação do que seja serviço público mediante a consideração do regime jurídico a que se sujeita a atividade (a), o referente à definição constitucional de certas atividades como serviço público (b) e o concernente à situação jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam serviço público (c).

Assim, esclarecida a inevitabilidade do aspecto econômico, retorna-se a questão da exploração privada da educação. O debate da exploração “selvagem” do mercado educacional é mais evidente quando se afunila para o ensino superior.

Observe-se que ao longo da história mais atual, o modelo de prestação educacional que os governos brasileiros, quer os ditos conservadores quer os ditos populares, tem estabelecido se concentram na eficiência privada e na regulação mercantil.

Dados levantados pelo IBGE em 2017 apontam que 87,9% das instituições de ensino superior brasileiras eram privadas. Assim, é inegável que a oferta de acesso ao ensino superior tem expandido. De 2007 para 2017 o crescimento se deu em 56,4%. Tais dados são numericamente expressivos e revelam a inclinação de investidores para este mercado e sua perspectiva de rentabilidade.

Contudo, dado intrigante é o baixo preenchimento da oferta de vagas do sistema privado de ensino superior. No analisado ano, o sistema privado de ensino superior ofereceu mais de 7 milhões de novas vagas, dentre as quais apenas 32,1% foram preenchidas. Percebe-se, assim, a competitividade do mercado, cabendo refletir o quanto isso pode afetar na qualidade da prestação do serviço de educação que, conforme visto é tido como serviço público e dever do Estado.

Ainda, cabe lembrar que esses expressivos números de instituições privadas não afastam a presença de verbas públicas. Programas governamentais como FIES e ProUni são responsáveis pelo preenchimento de muitas vagas em instituições privadas. Em 2017 o ProUni ofereceu 361.925 bolsas dentre parcial e integrais. Por sua vez, no mesmo ano o FIES celebrou 170.905 novos contratos<sup>2</sup>.

Dalila Oliveira aponta a contradição existente entre o governo que se autodenominou democrático-popular e a forma escolhida para expandir a educação mantendo padrões que incentivam a expansão privada:

Nos programas desenvolvidos ou aperfeiçoados durante os governos Lula e Dilma Rousseff alguns guardam dentro deles

---

2 Segundo site de notícias da Rede Globo, a quantidade de novos contratos em 2017 foi a menor em 6 anos. Em 2014 celebrou-se 690.588. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/numero-de-novos-contratos-do-fies-em-2017-e-o-menor-em-seis-anos.ghtml>. Acesso em: 4 jun. 2019.

a contradição aqui destacada, pois ao mesmo tempo que permitem acesso aos mais necessitados, respondem a demandas dos setores privados empresariais, como os casos do Programa Universidade para Todos (ProUni) e do Fies. (OLIVEIRA, 2015, p. 636).

A dificuldade de compatibilizar a competição mercadológica da educação com os objetivos de formação de indivíduos integralmente educados abre espaço para manifestações intelectuais em sentido diametralmente oposto. Assim, eclodem discussões no sentido da retomada da responsabilidade familiar da educação, com o ensino doméstico, disseminado pela expressão inglesa “homeschooling”. A esse respeito, Chiarello e Asato (2013, p. 1023-1028) discorrem:

Diante do tema do *homeschooling*, o que observamos é o aparente conflito entre o direito consistente na liberdade dos pais em escolherem a melhor forma de ensino a seus filhos e de outro o direito à educação que deve ser ampliado e que se constitui como parte do interesse estratégico do próprio Estado.

[...]

De fato, muitos podem sustentar que o *homeschooling* não se apresenta como restrição ao direito à educação, uma vez que se apresenta apenas como uma nova espécie de técnica e modalidade de ensino, não restringindo ou extinguindo direitos. Contudo, a possibilidade de admissão do *homeschooling* é a assunção pelo Estado de que a educação formal não é obrigatória, de forma a deixar brechas e portões abertos para a fragilização de um direito fundamental.

Justamente por esses motivos é que se questiona a classificação da educação como serviço público não privativo do estado e que se ressalta, a todo momento, as implicações econômicas positivas e negativas da busca por ampliar o acesso a educação. Também por isso é que o monitoramento da educação e o levantamento de dados não podem mais ser analisados de modo simplista. Não se tratando, apenas, de fiscalização da erradicação do analfabetismo ou acompanhamento do índice de escolaridade populacional – dados que, como visto anteriormente, são acompanhados desde nascimento nacional – mas

também de análise de comportamento de mercado e fiscalização de prestação de serviço público.

#### **4 Considerações finais**

Esse é o retrato histórico e atual do serviço educacional prestado no Brasil.

Contata-se que a relação do direito à educação com a economia possui diversas facetas, cujos problemas são decorrentes da formação histórico jurídica brasileira. A retrospectiva histórica inicialmente apresentada valeu-se para evidenciar que a busca pela expansão do ensino popular e a dedicação em ampliar o alcance da educação básica sempre se deparou com obstáculos como a falta de qualidade – quando se prioriza quantidade – e a intervenção de interesses políticos, econômicos e, até mesmo, morais e culturais.

Assim, a exploração do mercado educacional como uma mercadoria, sem as características sociais que a prestação de serviço público exige é suportada, de forma negativa por toda sociedade. A busca pelo lucro – a qualquer custo – conflita com a proposta educacional de formação integral de indivíduos. Dessa forma, não se pode ignorar os efeitos colaterais dessa falta de clareza no objetivo do Estado na classificação da educação como um serviço público não privativo.

Como apresentado, o texto constitucional atribui a responsabilidade ao Estado e à família, mas o que se percebe é que nem um deles, isoladamente ou de forma conjunta, detém com força e consciência a integralidade da prestação educacional. Cabe, então, ao Estado identificar e ponderar suas perdas quer para o mercado, quer para família.

Faz-se, assim, necessário reavivar a discussão vivenciada em 2005 na ADI 1266 que classificou – de forma notável e categórica – a educação como serviço público ainda que prestada por entidades privadas, para compreender se seus fins estão sendo alcançados, ou se,

ao menos, buscados. Lembrando, porém que a noção de serviço público não é imutável diante da história, da cultura e da situação político-econômica vivenciada por cada povo.

## 5 Referências

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 4 jun. 2019.

CALDAS AULETE, Francisco Julio - 1879. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1970.

CASSINI, Simone Alves e ARAUJO, Gilda Cardoso de. *As concepções de educação como serviço, direito e bem público: contribuições para a defesa da escola pública como garantia do direito à educação*. 36ª Reunião Nacional da ANPED – 29 de setembro a 02 de outubro de 2013, Goiânia-GO.

CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. *Educação enquanto serviço público*. Disponível em: [http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7187](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7187). Acesso em: 24 maio 2019.

CORBUCCI, Paulo Roberto; KUBOTA, Luis Claudio; MEIRA, Ana Paula Barbosa. *Evolução da Educação Superior Privada no Brasil: da reforma universitária de 1968 à década de 2010*. *Revista Radar*, n. 46 ago. 2016. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7066/1/Radar\\_n46\\_evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7066/1/Radar_n46_evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf). Acesso em: 24 maio 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel II*. 3 ed. ed. Paris: Albert Fontemoing, 1928.

DICIONÁRIO MICHAELIS ONLINE. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=dicion%C3%A1rio+michaelis>. Acesso em: 24 maio 2019.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: (Interpretação e crítica)*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 4 jun. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: [http://download.inep.gov.br/educacao\\_superior/censo\\_superior/documentos/2018/censo\\_da\\_educacao\\_superior\\_2017-notas\\_estatisticas2.pdf](http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2018/censo_da_educacao_superior_2017-notas_estatisticas2.pdf). Acesso em: 4 jun. 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2018.

OLIVVEIRA, Dalila Andrade. Nova gestão pública e governos democrático-populares. *Educação & Sociedade*, Campinas, v. 36, n. 132, p. 625-646, jul./set. 2015.

PAIVA, Vanilda Pereira. *Educação popular e educação de adultos*. 5. ed. Loyola: São Paulo, 1987.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza; JUNQUEIRA, Michelle Asato; TOLEDO, Laís Lara Moreno de. A Educação Integral em Tempo Integral. In: ANDREUCCI, Ana Claudia Pompeu Torezan; CARACIOLA, Andrea Boari; JUNQUEIRA, Michelle Asato. *Estatuto da Criança e do Adolescente: 25 anos*. São Paulo: LTr, 2015, p. 106-117.

PINTO, Felipe Chiarello; JUNQUEIRA, Michelle Asato. *Homeschooling: o início do retrocesso?* In: II Congresso Nacional da Federação dos Pós Graduandos em Direito, 2013, São Paulo. Pós Graduação e Extensão Universitária. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013. v. 1. p. 1023-1028.

PRADO JUNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 2006.

RIBEIRO, Maria Luisa Santos. *História da educação brasileira: a organização escolar*. 15. ed. Campinas: Autores Associados, 1998.

ROCHA, João Augusto de Lima. *Anísio em movimento*. Brasília: Senado Federal, Conselho, 2002.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação não é privilégio*. 4. ed. São Paulo: Nacional, 1977.

TEIXEIRA, Anísio. *Educação no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional; Brasília: INL - Instituto Nacional do Livro, 1976.



# OS DESAFIOS DO DIREITO EM NORMATIZAR E “NORMALIZAR” AS NARRATIVAS AFETIVAS E AMOROSAS

*THE CHALLENGES OF LAW IN REGULATING AND  
“STANDARDIZING” AFFECTIVE AND LOVING NARRATIVES*

Doglas Cesar Lucas<sup>I</sup> 

André Leonardo Copetti Santos<sup>II</sup> 

<sup>I</sup> Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil e Faculdade CNEC Santo Ângelo (CNEC), Santo Ângelo, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: doglasl@unijui.edu.br

<sup>II</sup> Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS, Brasil e Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIJUÍ, Ijuí, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: andre.co.petti@hotmail.com

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é fazer um breve itinerário conceitual do amor e de como ele delineou as relações familiares e suas narrativas. Percebe-se, inicialmente, que as famílias tradicionais se organizavam em torno da figura paterna e exclusivamente mediante o casamento, não importando os laços amorosos entre seus membros para a unidade familiar. Atualmente as relações familiares estão menos sólidas, menos arraigadas, mais complacentes, democráticas, igualitárias e plurais, baseadas no amor e nos laços de afetividade entre seus membros. Em decorrência de tais transformações, novos saberes e práticas passaram a constituir o campo de estudo das ciências sociais e humanas, interessando para o presente trabalho notadamente o direito. O enfrentamento dessas categorias se deu exclusivamente por meio de revisão bibliográfica e valendo-se de postura teórica interdisciplinar e metodologicamente dialética.

**Palavras-chave:** Amor. Direito. Família. Modernidade. Afeto.

**Abstract:** The purpose of this article is to make a brief conceptual itinerary of love and how it outlined family relationships in the last decades and their narratives. It is noticed, initially, that the traditional families were organized around the paternal figure and exclusively by means of the marriage, no matter the loving bonds between its members for the familiar unit. Today, family relationships are less solid, less ingrained, more compliant, democratic, egalitarian and plural, based on love and affection bonds between its members. As



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3313

Recebido em: 11.11.2019

Aceito em: 17.12.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

a result of these transformations, new knowledge and practices have become the field of study of the social and human sciences, being interesting for the present work notably law. The confrontation of these categories occurred exclusively by bibliographical revision and using theoretical and interdisciplinary methodologically dialectical posture.

**Keywords:** Love. Law. Family. Modernity. Affection.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Amor e afeto na narrativa familiar. 3 Os desafios do direito em normatizar e “normalizar” as narrativas afetivas, amorosas e familiares. 4 Considerações finais. Referências.

## 1 Introdução

Seja como for, amor como louvor religioso, amor cortês, amor paixão, amor romântico, amor caridoso, o fato é que o amor e suas diferentes formas de (se) comunicar e de ser narrado, de constituir e de ser constituído, acompanham a aventura de viver desde a mais inicial experiência que se tem da humanidade. E mais do que em qualquer outro tempo, o amor, contemporaneamente, parece ter se transformado em algo a ser buscado a todo custo, uma condição para a felicidade, um elemento indispensável para se viver uma vida boa. Nem mesmo a liberação sexual, que permitiu novos arranjos envolvendo o desejo, foi capaz de libertar o amor e ressignificá-lo para além das institucionalidades que ainda o percebem como um vetor de perenidade, segurança e estabilidade.

Sucesso financeiro, grande saber intelectual, notoriedade e reconhecimento sociais são, sem dúvida, aspectos importantes da vida. Mas parece que é somente no amor que a experiência de existir e estar na vida acontece de modo pleno<sup>1</sup>. É como se as noções de autorrealização e individualização projetaram em nossas experiências

---

1 MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

sexuais e amorosas/afetivas um fator de reconhecimento tanto ou mais importante do que fazemos em relação às nossas possibilidades financeiras ou intelectuais, por exemplo. Isso significa que o amor e o afeto possibilitam o reconhecimento ou a sensação de perda de valor próprio dependendo das capacidades sexuais de cada sujeito<sup>2</sup>.

A questão central do presente artigo é demonstrar como o aparecimento das novas narrativas amorosas ressignificaram as estruturas familiares e transformaram o amor numa aventura a dois que cada vez menos interessa à comunidade e que se esgota nas regras definidas pelos amantes, para quem o direito quase nada pode dizer. Por isso que o primeiro momento do texto é uma tentativa de escavar e entender historicamente os elementos que permitiram, literalmente, desde os primórdios da tradição judaica, fundar instituições baseadas nas diferentes formas de amar. Na parte final do artigo reforçamos a tese que os novos arranjos amorosos são fundados na liberdade e na autenticidade permitidas aos amantes que nenhuma regra jurídica poderá entabular. Ao não regular o amor que o direito lhe garante a sua maior potência, concluímos. O artigo foi construído a partir de uma revisão bibliográfica interdisciplinar e conduzida por recortes metodológico crítico-dialéticos, capaz de respeitar a diferença entre os períodos analisados, a clareza conceitual das categorias tratadas e sem perder a o estilo um pouco ensaístico que o tipo de análise demandava.

## **2 Amor e afeto na narrativa familiar**

Discutir sobre o afeto e como ele se constitui no seio das relações familiares não é um assunto novo, mas ganhou certo protagonismo com a modernidade e suas tendências individualistas. O amor, como afeto básico, como desejo ou como um vínculo, sempre foi colocado em questão na definição das relações familiares e conjugais, tanto que se podem vislumbrar inúmeros relatos e “teorizações” desde as

---

2 ILLOUZ, Eva. *¿Por qué duele el amor?* Una explicación sociológica. Buenos Aires: Katz, 2016.

literaturas antigas até às pós-modernas. Embora tenha modificado suas representações e institucionalidades ao longo do tempo, o amor continua perpassando e dando condições às experiências humanas. Irrompem da ideia de amor narrativas biológicas e biográficas de diferentes matizes. O amor nunca vem solto. Tem suas formas próprias de comunicar e ser comunicado. Tem linguagem e dá sentido real e simbólico a um conjunto de instituições que depositam no amor a sua legitimidade. Ele opera forte na definição da paixão, da família, do casamento, da amizade, da solidariedade e, ainda hoje (e por que não sobretudo hoje?), da sexualidade. Seu estatuto mudou muito de programação ao longo da história, mas é praticamente impossível enfrentar a história das relações interpessoais olvidando o trato dado às relações afetivas e amorosas na definição das racionalidades e normalidades de cada época.

Para May<sup>3</sup> a história do amor é marcada por quatro grandes transformações que produziram o seu itinerário conceitual na sociedade ocidental. A primeira transformação, situada, segundo o autor, entre Deuterônimo e Agostinho, refere-se ao valor do amor, transformado em uma espécie de virtude suprema. As escrituras hebraicas ordenam que Deus seja amado com toda a força, pois Deus é o amor e este amor é a fonte de toda a virtude verdadeira. O amor ao próximo também é ordenado pela lei divina. O amor assim percebido tem uma força ética, funciona como obrigação moral ao determinar que se deva amar a todos, inclusive o inimigo, o estrangeiro, o desconhecido. Por conta de uma segunda transformação, entre os séculos IV e XVI, foi atribuído ao homem um poder, literalmente divino, de amar. O homem torna-se divino pela capacidade de amar, apesar de o amor ao semelhante decorrer do amor a Deus. Uma terceira fase histórica, prossegue May<sup>4</sup>, iniciada no século XI e que atingiu seu ápice no século XVIII, humaniza o amor, depositando na experiência humana, antes reservada

---

3 MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

4 MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

a Deus, a possibilidade de amar e de ser amado. Os limites entre o divino e o mundano, entre o natural e o sobrenatural, começam a se estreitar. Por fim, a quarta transformação na história do amor, que teve seu começo no século XVIII e que segundo o autor ainda está em curso, diz respeito ao amante, que se torna sujeito, um eu que se encontra, que se torna autêntico. O amor ganha seu estatuto, seu lugar próprio e torna-se projeto por todos desejado. Nos caminhos do amor há certa continuidade do sagrado, uma potência de estabilidade, de conforto, de projeto e, especialmente, de satisfação. Eis que o amor se fez Deus e fundou sua própria religião.

O amor foi o tema central da obra “O banquete”, do filósofo grego Platão (428–347 a. C). Nesse diálogo, Fédro, Pausânias, Erixímaco, Aristófanes, Agatão, Alcebiades e Sócrates, reunidos na casa de um deles para comemorar o sucesso de Agatão num concurso de tragédias, escolheram o amor como tema de conversação. Não falaram de seus amores particulares, mas do amor em geral. Dois discursos se destacam: o do poeta Aristófanes e o de Sócrates. Num primeiro momento o poeta retrata um mito, uma história que se desenvolveu num tempo primordial. Nesta época inaugural os homens e mulheres teriam sido duplos. Tinham quatro braços, quatro pernas, dois rostos, dois sexos, e tudo o mais nessa mesma proporção. Os homens eram homens porque tinham dois sexos de homem. As mulheres eram aquelas que tinham dois sexos de mulher. Os andrógenos (que em grego é literalmente homem-mulher; sexo composto) tinham o sexo de homem e o sexo de mulher. Ocorre que esses humanos tinham uma força e uma audácia exagerada, a ponto de decidirem escalar o céu e enfrentar as divindades. Os deuses não gostaram dessa empreitada e foram falar com Zeus, o qual, após ponderar entre diferentes soluções, resolveu cindir os humanos em dois e fazê-los mais fracos e mais úteis. Isso explicaria porque temos dois braços, duas pernas, mas também sugere que fomos amputados e mutilados. Os humanos teriam perdido a sua completude e com isso ficaram fadados para sempre a sentir falta da metade que lhe fora

arrancada. Separadas as partes, cada uma delas colocou-se a procurar a outra. Morriam de fome e inanição, pois cindidas não queriam fazer mais nada. O amor, explica Aristófanes, seria capaz de reestabelecer a unidade, de garantir a completude, fundir os dois corpos, banir a solidão e garantir a felicidade. O amor reside, nesse cenário, no encontro com o outro, com a alma-gêmea, com a cara metade, com a outra metade da laranja, um desejo de “ser unido e fundado no amado! Serem apenas um!”<sup>5</sup>.

Para Sócrates, essa visão romântica do amor colocada por Platão na representação de Aristófanes, por quem nutria certo descaso pelo fato de ter debochado de seu mestre, carregava uma ponta de exagero e de ingenuidade. Sócrates, pela boca de Platão, critica a visão poética e ilusória de Aristófanes e pronuncia a sua verdade sobre o amor: o amor é amor por alguma coisa, alguma coisa que se deseja e que lhe faz falta. Amamos o que desejamos e desejamos aquilo que não temos. O desejo se constitui pela falta, pela incompletude e não pela completude. O amor é desejo e o desejo é falta. E justamente por isso o amor é

um demônio, intermediário entre os homens e os deuses; filho da pobreza – pois desejoso do que falta – e da Riqueza – pois bravo, resoluto, contente... cheio de recursos – tenta possuir o bem e a felicidade por diversos caminhos, que vão de geração carnal à atividade mais elevada do espírito. Ora a dialética ascendente nos eleva do amor dos belos corpos ao das belas almas e depois, finalmente...o da ciência. Desejoso de imortalidade e aspiração do Bem em si, o amor terrestre conduz ao amor celeste<sup>6</sup>.

Além de nos fazer completos, o amor da teoria platônica é um amor que é despertado pela beleza, não apenas da natureza física, mas pelo belo enquanto virtude do comportamento, da alma. Se pode cobiçar aquilo que não se acha belo, diz Platão, mas dificilmente não se amará esta mesma coisa. Nisso o amor permite superar a superficialidade e acessar o verdadeiramente valioso das coisas e das pessoas. Do desejo

5 PLATÃO. *Diálogos: o banquete*. Tradução de José Cavalcante de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

6 DURAZOI, Gerard; ROUSSEL, André. *Dicionário de Filosofia*. Campinas: Papirus, 1996, p. 369.

físico ao paraíso diria Platão. O amor extrai de nós o melhor como amantes. Embora se inicie como atração sexual, permite lançar luzes sobre nós mesmos. Essa é uma dimensão quase espiritual que Platão empresta ao amor. O amor é um desejo natural de acessar a bondade e a virtude, de estar unido a elas, de cultivá-las.

Em linhas bastante gerais pode-se dizer que os gregos descreveram o amor de três diferentes formas. O amor como paixão, *Eros*, é um amor doentio, que se constitui pela falta e nunca poderá ser completo. Nesse tipo de amor a felicidade é uma impossibilidade. Na leitura inicial de Sócrates, no “Banquete”, essa posição é bem evidente. Uma segunda manifestação do amor é percebida na *Philia*, na amizade, e se constitui como um afeto para o outro que está presente, que não é ausência, que se estabelece entre iguais. “*Philia* é uma forma de devoção cuja melhor tradução é ‘amor-amizade’, mas que floresce não apenas entre o que costumamos chamar de ‘amigos’, como também em todos esses outros tipos de relação em sua melhor forma”<sup>7</sup>. Aristóteles distinguiu três diferentes espécies de amizades, em número igual às coisas que merecem ser amadas: a amizade por prazer, a amizade por utilidade e a amizade segundo a virtude. Enquanto as duas primeiras são efêmeras e podem ser conquistadas até mesmo pelos homens maus, a amizade como virtude é um atributo dos homens bons, uma amizade de tipo raro. Se nas duas primeiras formas a amizade se esvai quando cessa o prazer e as vantagens delas decorrentes, constituindo-se em amizades de tipo acidental, a amizade (a verdadeira amizade) decorrente da virtude é reservada aos homens bons pelo fato de poderem ser amigos pelo que são por si mesmos. Neste cenário, a amizade e a bondade encontram-se na mesma pessoa. Neste sentido, a amizade tem uma conotação ética e é constitutiva de uma relação pública. Tem, por consequência, um significado político, conecta os cidadãos e os faz ter objetivos

---

7 MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012, p. 81.

comuns<sup>8</sup>. A lealdade e a virtude que guiam a amizade verdadeira tornam desnecessária a noção de justiça entre os amigos. Por fim, a terceira forma de amor, tal como entendida pelos gregos, encontra-se na *Ágape*, na *Caritas* dos romanos, na ideia de solidariedade. É um amor àquele que não se conhece, de quem não se é íntimo, um amor que é dedicado ao outro pela sua condição de humanidade comum.

Obviamente que estas diferentes formas de amar adquiriram ao longo dos tempos outros nomes, novas funções e conceitos, além de terem sido experimentadas concomitantemente, em intensidades diferentes e em relações distintas. Sem olvidar que a experiência afetiva, entendida aqui de modo amplo, é, ao mesmo tempo interpessoal, subjetiva e também social, uma relação e uma possibilidade individual, interessa-nos aqui é compreender como as novas configurações do amor e afeto, iniciadas sobretudo com o protagonismo do indivíduo moderno, permitiram novas narrativas e a formação de novos tipos de relações legítimas constitutivas da própria ideia de família.

A escolha do âmbito das relações familiares para tratar das novas configurações do afeto é proposital, porque é nas relações familiares, de modo amplo, que o amor e o afeto (e a falta de ambos) adquiriram representações bem vivas de suas potencialidades e debilidades. Mudanças na intimidade, na sexualidade, na relação com os filhos e com os sistemas de produção reordenaram a família como instituição social e como espaço simbólico.

A família passou por várias transformações ao longo da história. Das gigantescas famílias que reuniam sob seu signo (e sob um mesmo espaço geográfico) todos aqueles dependentes de um mesmo chefe e líder, incluindo-se entre eles os escravos, até as famílias monoparentais contemporâneas, muitas transformações afetaram a sua estrutura orgânica e funcional, bem como a definição de seu papel na constituição dos sujeitos individuais e das instituições sociais.

---

8 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Nas civilizações antigas o casamento não se apresentava como uma união afetiva, uma vez que tinha como principal função o nascimento de filhos homens, os quais iriam dar continuidade ao culto da religião doméstica. Fustel de Coulanges assim declara:

O casamento era assim obrigatório. Não tinha por fim o prazer; o seu objeto principal não estava na união de dois seres mutuamente simpatizantes um com o outro e querendo associarem-se para a felicidade e as caseiras da vida. O efeito do casamento, à face da religião e das leis, estaria na união de dois seres do mesmo culto doméstico, fazendo deles nascer um terceiro, apto para ser continuador desse culto<sup>9</sup>.

Os laços afetivos nas instituições familiares não eram vinculados ao amor ou à escolha pessoal, senão uma forma de se perpetuar os dotes, como na Idade Média, a partir do casamento arranjado. O amor entre cônjuges era, inclusive, um mal a ser evitado. Os casamentos e o sexo servem para a procriação e não para o deleite, a ponto de São Jerônimo afirmar que um homem que está ardentemente apaixonado por sua esposa é um adúltero<sup>10</sup>. O corpo é diabolizado, desvalorizado, fonte de pecado e de luxúria, prisão e veneno da alma. Por isso mesmo a prostituição sempre foi tolerada pela igreja, considerada um mal necessário para manter a sanidade moral e sexual do resto da sociedade.

No que tange à educação dos filhos, nesta mesma época, a família “não podia portanto, alimentar um sentimento existencial profundo entre pais e filhos”<sup>11</sup>, o que não significa que os pais não amassem seus filhos. Segundo Ariès, os pais “se ocupavam de suas crianças menos por elas mesmas, pelo apego que lhes tinham, do que pela contribuição que essas crianças podiam trazer à obra comum, ao estabelecimento da família. A família era uma realidade moral e social, mais do que sentimental.”<sup>12</sup>

9 COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. Ed. São Paulo: Hemus, 1975, p. 69.

10 RICHARDS, Jeffrey. *Sexo desvio e danação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

11 ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 15.

12 ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 15.

Philippe Ariès fez um extenso trabalho iconográfico em que percorreu a trajetória da família desde a Idade Média até os tempos modernos. O autor aponta para a descoberta da infância (e do sentimento que lhe é particular) como o principal agente de transformação no despertar do sentimento de família. Durante a Idade Média o sentimento de família era desconhecido, pois o que apresentava valor à época era a linhagem que ia além dos laços de sangue, abrangendo a todos os descendentes de um mesmo ancestral, não importando se essas pessoas coabitavam e se tinham intimidade. Nesta perspectiva, a família se restringia ao grupo de pessoas que residiam juntas, às vezes correspondendo a mais de um casal com seus filhos que moravam na mesma residência. A intimidade, tão característica da família moderna, era desconhecida nessa época. Ela não constituía, era um ainda-não. Não tinha seu estatuto, uma ontologia.

Como a Idade Média foi um período muito marcado por valores ligados à religião, era muito comum que as pessoas se dedicassem às vocações religiosas como forma de santificação. O casamento era, nas palavras de Ariès, uma questão de último caso, uma concessão à fraqueza da carne. Somente a partir dos finais do século XVI e início do XVII que passou a ser admitida “a possibilidade de santificação fora da vocação religiosa, na prática dos deveres civis.”<sup>13</sup>

Na Idade Média o pai tinha sobre os filhos e a esposa, segundo Badinter<sup>14</sup>, o direito de vida e de morte, o direito de castigá-los a seu bel prazer, de até mesmo excluí-los da família. Nesse modelo de relações patriarcais, refere Roudinesco<sup>15</sup>, interessa a transmissão do patrimônio e os casamentos arranjados são a tônica das uniões, sem que os desejos e o amor dos futuros cônjuges fossem levados em consideração. Porém,

---

13 ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 146.

14 BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

15 ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

aos poucos, passa-se a considerar a mãe-esposa não uma escrava, mas uma companheira. Como um reflexo do preceito segundo o qual é preciso “amar ao próximo como a si mesmo”, ocorreu um freio ao autoritarismo dos pais, instituindo-se o casamento como uma instituição divina.

Essas transformações no seio familiar não tardaram a alcançar também o casamento, como instituto. Até a metade do século XVIII, Badinter<sup>16</sup> afirma que o amor não era considerado um valor familiar e social, o que não quer dizer que não existisse, mas não ocupava um lugar, nem tinha a importância que adquiriu na Modernidade. A família residia seu tempo e seu posto no silêncio e não portava sentimentos suficientes para fomentar a inspiração de escritores, artistas e poetas.

Devemos atribuir a esse longo silêncio uma significação importante: não se conferia um valor suficiente à família. Da mesma forma, devemos reconhecer a importância do florescimento iconográfico que a partir do século XV, e sobretudo XVI, sucedeu a esse longo período de obscuridade: o nascimento e o desenvolvimento do sentimento de família. Daí em diante, a família não é apenas vivida discretamente, mas é reconhecida como um valor e exaltada por todas as forças da emoção<sup>17</sup>.

Um marco decisivo para o surgimento de um novo paradigma fundante da família, em termos materiais e simbólicos, está diretamente relacionado ao desenvolvimento industrial<sup>18</sup>. Transformações ocorridas entre os séculos XVI e XVII marcaram o rompimento com o modelo de família da Idade Média, engendrando o início da família moderna e conseqüentemente um novo sentimento: o sentimento de família e o sentimento de amor romântico.

A partir da segunda metade do século XVIII, as esposas passaram, lentamente, a ocupar o lugar de companheiras e o casamento

---

16 BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

17 ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981, p. 152.

18 HORKHEIMER, Max. *Autoridade e família*. Lisboa: Apaginastantas, 1983.

o lugar privilegiado da felicidade, da alegria e da ternura. Essa nova família passa a ser considerada, nos dizeres de Badinter, “uma unidade sentimental que engloba marido, esposa e filhos. É o nascimento da moderna família nuclear, que constrói pouco a pouco o muro de sua vida privada para se proteger contra toda intrusão possível da grande sociedade”<sup>19</sup>. O amor, aos poucos, vai ocupando o vácuo deixado pelo cristianismo. No lugar de “Deus é amor”, exsurge o “amor é Deus”, de modo que ele se torna a religião não declarada do ocidente. Em certa medida, pode se dizer que nas culturas forjadas pelo cristianismo, o amor genuíno se molda a partir de uma imagem do amor divino<sup>20</sup>.

Mas isso não quer dizer que o amor tenha se instalado, definitivamente, como um acontecimento ontológico já no início da idade moderna, nem mesmo na filosofia. Depreende-se da leitura contratualista e naturalista de Rousseau, por exemplo, que “a mulher é feita especialmente para agradar o homem [...]. Não se trata da lei do amor, concordo; mas é a da natureza anterior ao próprio amor.” A diferença natural que é evidente entre eles, marca também suas atribuições morais. Um, por isso, é forte e ativo e outro, fraco e passivo<sup>21</sup>. Kant<sup>22</sup> também atribuiu às mulheres uma posição de inferioridade em relação aos homens. Apesar de não negar sua inteligência, em igualdade de condições, insiste de que se trata de uma inteligência bela, tomada de ingenuidade, sem profundidade. Sua autonomia não é plena e por isso seus papéis sociais são essencializados como menores, como passivos. Tais premissas, evidentemente, não permitem que se viva o amor, o poder e o direito em igualdade de condições e como expressão de liberdade e autonomia.

---

19 BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: O Mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p. 179.

20 MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

21 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio*: ou, Da Educação. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995, p. 424.

22 KANT, Immanuel. *Observações sobre o belo e o sublime*. Campinas: Papirus, 2000.

Nem mesmo as revoluções liberais do século XVIII, como a francesa, alterou profundamente a situação do protagonismo masculino. De fato consagraram princípios de liberdade e igualdade, mas influenciadas e direcionadas por uma visão masculina e heteronormativa de sociedade. Liberto da religião, o amor ainda estava prisioneiro das formas repressoras de separação e segregação de gênero que somente nas décadas de 60 e 70 do século XX seriam denunciadas de modo mais contundente.

Somente aos poucos, portanto, a intimidade se instala nas relações familiares. Afeta os corpos e aproxima mães de filhos e mulheres de seus próprios corpos, e a sexualidade começa a construir um itinerário separado e independentemente da reprodução. Inicia-se um caminho, trilhado ao longo dos últimos séculos, da sexualidade como possibilidade instalada nos corpos, como algo apartado da biologia que identifica o sexo com a reprodução indispensável à continuidade familiar. Segundo Giddens, “a intimidade implica uma total democratização do domínio interpessoal, de uma maneira plenamente compatível com a democracia na esfera pública.”<sup>23</sup>

Para Luhmann<sup>24</sup>, na medida em que a sociedade moderna tornou-se mais complexa, mais individualizada, o amor como paixão, distinto do amor cortês medieval, aparece como um código de comunicação simbolicamente generalizado das individualidades. A literatura romancista teria contribuído com a proliferação deste código na medida em que propagava um tipo ideal de relação amorosa e descrevia os comportamentos adequados a serem esperados dos amantes. No século XVII o amor como paixão surge como código distinto daquele amor vinculado a ideia de serviço e de veneração à amada, típico de uma sociedade estratificada. O amor paixão instala a possibilidade de escolha

---

23 GIDDENS, Anthony. *As transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 11.

24 LUHMANN, Niklas. *O amor como paixão: para a codificação da intimidade*. Lisboa, Difel, 1991.

do parceiro e livra-se, até certo ponto, do controle social externo. Passa a ser uma questão de decisão do amante em amar e ser amado, mas que também envolve um sofrimento involuntário, sem regras e sem controle. Ama-se por que se ama. O amor torna-se conquista, excesso, ilimitado, esquizofrênico, e por isso paradoxal. Deseja comunicar a paixão ao amante sem ter como fazê-lo de modo pleno.

Porém, somente a partir do século XVIII, prossegue Luhmann<sup>25</sup>, o amor paixão vai sendo suavizado, civilizado, estabilizado e ganha contornos de um amor romântico que consegue ser mais eficiente na comunicação e garantidor das individualidades a ponto de se constituir numa condição desejável inclusive para o casamento. Nesse momento o amor romântico transforma-se num código generalizado de comunicação das individualidades e da intimidade, distinto dos demais tipos de códigos de comunicação social. O amor é descaracterizado como paixão sem limites e passa a ser regrado e estável como um valor em si mesmo que não precisa de justificação. A partir do século XX, ainda segundo o autor alemão, o amor estaria perdendo a sua capacidade de comunicação de individualidades diferenciadas, pois se tornou condição não apenas para o casamento, como também para a proliferação dos encontros casuais. Esta constatação do amor como modelo contemporâneo para encontros casuais parece-nos exagerada e induz a uma confusão entre desejo puramente sexual ou biológico e amor que não permite uma conceituação segura da infinidade de tipos de relações possíveis entre parceiros eventuais.

A Modernidade funda um império da intimidade e potencializa suas formas de representação. O amor romântico, como uma possibilidade da individualidade livre e autônoma, numa sociedade em que se esvanecem as formas tradicionais de pertença e identidade, transforma-se em um veículo de esperança para a felicidade e para a auto-realização, uma espécie de religião depois da religião, diriam Beck

---

25 LUHMANN, Niklas. *O amor como paixão*: para a codificação da intimidade. Lisboa, Difel, 1991.

e Beck-Gernsheim<sup>26</sup>. Isto é, o amor como forma de religião terrena, pois o centro da vida hoje está ocupado não mais pela religião, pela luta pela sobrevivência ou pelos papéis tradicionais de gênero, mas pelas exigências de autodesenvolvimento, o que implica novas formas de vida, de amor e de exercício da sexualidade. Nesta religião, entretanto, os próprios amantes assumem a totalidade das regras e dos acordos. Nada que é exterior tem a potência de colocar regras e fazer juízos de justiça. Só os amantes e ninguém mais sabem do seu amor.

En la sociedad occidental de los últimos siglos se ha ido fraguando una forma absolutamente dominante de concebir lo humano y de representar los vínculos entre las personas, que denominaré *Pensamiento Amoroso*: un conjunto articulado de símbolos, nociones y teorías en torno al amor, que permea todos los espacios sociales, también los institucionales, e influye directamente en las prácticas de la gente, estructurando unas relaciones desiguales de género, clase y etnia, y un modo concreto y heterosexual de entender el deseo, la identidad y, en definitiva, el sujeto<sup>27</sup>.

O amor romântico inaugura, portanto, uma nova relação com o afeto. Ele é constituído de afeto, de existencialidade no lugar de funcionalidade. Poder escolher o próprio marido, apaixonar-se por ele e sonhar com a felicidade no casamento é uma grande mudança de paradigma que auxilia na elaboração da ideia de autonomia e consciência de si. Isto é,

o surgimento da ideia de amor romântico tem de ser compreendido em relação a vários conjuntos de influências que afetam as mulheres a partir do final do século XVIII. Um deles foi a criação do lar. Um segundo foi a modificação nas relações entre pais e filhos; um terceiro, o que alguns chamam de “invenção da maternidade”. No que dizia respeito à situação das mulheres, todos eles estavam intimamente ligados<sup>28</sup>.

26 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001.

27 ESTEBAN, Mari Luz. *Crítica del pensamiento amoroso: temas contemporáneos*. Barcelona: Bellaterra, 2011, p. 23.

28 GIDDENS, Anthony. *As transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 53.

Com a prática de casamento arranjado sendo deixada de lado em nome do amor e de um novo conceito de família como refúgio, a promessa era a de que essa moderna família encontrasse alívio, felicidade e ternura diante de um mundo que começava a se delinear de competitividade e brutalidade. Segundo Christopher Lasch<sup>29</sup>, a criação dos filhos se converteu em algo mais exigente e os laços entre pais e filhos se intensificaram, sendo uma fonte de tensão na família, dada a sobrecarga emocional na relação entre pais e filhos. Ainda de acordo com Lasch, é nas relações com entes queridos e suas figuras de autoridades que a criança tem suas primeiras experiências. “A socialização faz com que o indivíduo queira fazer o que deve fazer e a família é o agente ao qual a sociedade confia essa tarefa complexa e delicada.”<sup>30</sup>

Pensando de acordo com Simmel<sup>31</sup> ou Goode<sup>32</sup>, o amor passou a se destacar com maior relevância desde as primeiras décadas do século XX. Primeiramente, se fixou como centro na reconfiguração histórica da vida privada, desde Ariès, que escolheu a sentimentalização das relações familiares como uma das linhas de força da Modernidade, frisando a importância do romantismo que, florescente no século XIX, concedeu destaque aos afetos – entre cônjuges, entre pais e filhos –, legitimando um ideal de família refúgio, íntima e livremente escolhida<sup>33</sup>.

Além das alterações já mencionadas, a Modernidade trouxe consigo um forte apelo à individualidade e a novas formas de viver “plenamente” a sexualidade, o corpo, o trabalho, o casamento, o amor e sobretudo as relações que se estabelecem nesse ínterim. O sentimento

---

29 LASCH, Christopher. *Refúgio num Mundo sem Coração: A Família: Santuário ou Instituição sitiada?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

30 LASCH, Christopher. *Refúgio num Mundo sem Coração: A Família: Santuário ou Instituição sitiada?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 26.

31 SIMMEL, Georg. On the sociology of the family. *Theory, Culture and Society*, 15 (3-4): 283-293, 1998 [1895].

32 GOODE, Willian J. The theoretical importance of love. *American Sociological Review*, 24: 38-47, 1959.

33 COSTA, Sergio. Amores fáceis: romantismo e consumo na modernidade tardia. *Novos Estudos*, 2005, v. 73, p.111-124.

amoroso é, assim, um dos pilares da individualização, pois desafiou a instituição, constituindo uma força subversiva e ameaçadora da fundação matrimonial, subordinada aos interesses da reprodução familiar e social.

Anthony Giddens trabalha essa mudança de paradigma, situando as transformações da intimidade como novas formas de se relacionar com o mundo e com a autonomia. Referindo-se às mudanças ocorridas no laço amoroso, refere que o

[...] lar passou a ser considerado um ambiente distinto, separado do trabalho, e, pelo menos em princípio, converteu-se em um local onde os indivíduos poderiam esperar apoio emocional, em contraste com o caráter instrumental do local de trabalho. Particularmente importantes em relação a sexualidade, as pressões para se constituírem famílias grandes, características virtuais de todas as culturas pré-modernas, deram lugar a uma tendência a se limitar de forma rigorosa o tamanho da família. Tal prática, aparentemente uma estatística demográfica inocente, colocou um dedo no gatilho histórico, no que dizia respeito à sexualidade. Pela primeira vez, para uma população maciça de mulheres, a sexualidade se aparta de um círculo crônico de gravidez e parto.<sup>34</sup>

Além das mudanças ocorridas na esfera privada, algumas foram, inclusive, decorrentes dela. Para Foucault<sup>35</sup>, por exemplo, a invenção da sexualidade foi um processo de formação das instituições sociais modernas. Invenção porque daí para frente o sexo adquire um conteúdo próprio que diz do sujeito, enunciando a sua verdade interna. Os estados Modernos, para ele, assim como as organizações modernas dependem do controle meticuloso das populações através do tempo e do espaço. Tal controle foi gerado pelo desenvolvimento de uma anatomia-política do corpo humano – tecnologias de controle corporal que visam ao ajuste, mas também a otimização, das aptidões do corpo<sup>36</sup>.

---

34 GIDDENS, Anthony. *As transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 36-37.

35 FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 22. impr. Rio de Janeiro: Graal, 2012.

36 GIDDENS, Anthony. *As transformações da intimidade: sexualidade, amor e*

Mais e mais transformações do encontro amoroso se fazem presente. Bauman<sup>37</sup> refere-se às sociedades Modernas e pós-modernas como produtoras de liquidez. Isso significa dizer que o mundo anterior, cheio de verdades absolutas, dogmas consolidados e, por natural, minados de certezas e seguranças, hoje se perdeu. A certeza que vigorava em épocas passadas não se faz presente nesta. A realidade que nos é imposta contribui para que valores, costumes e hábitos estejam em constante mudança onde o novo é efêmero, ou como diriam Marx e Engels, “tudo que é sólido desmancha no ar.”

Essa liquidez abrange todas as dimensões do indivíduo. Os relacionamentos são mais virtualizados, portanto menos simbolizados, até mesmo porque as possibilidades são inúmeras. Qualquer um sabe que “estar num relacionamento” significa muita “dor de cabeça”, mas sobretudo uma incerteza permanente. Você nunca poderá estar plena e verdadeiramente seguro daquilo que faz – ou de ter feito a coisa certa ou no momento preciso.”<sup>38</sup>

Bauman<sup>39</sup> ainda menciona que “onde há dois não há certeza”, e que hoje vivemos “uma relação de bolso”, e o que revela essa analogia é a “encarnação da instantaneidade e da disponibilidade”<sup>40</sup>. A tirania da intimidade promove a substituição do erotismo pela sexualidade como satisfação individual. Sexo torna-se um ato de prazer individual e não uma ação, e a sexualidade é desconectada da ideia de uma construção relacional, feita a dois e compromissada. Nesse sentido muitas formas de relação são constituídas e alimentadas pelo interesse dos parceiros. O consentimento é a única coisa que não permite, nesse tipo de relação, ser questionado.

---

erotismo nas sociedades modernas. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993, p. 31.

37 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

38 BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 29.

39 BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 35.

40 BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 36.

O fato é que a introdução da ideia de amor e afeto no seio familiar fez com que a família passasse “a desempenhar um papel ainda mais crucial para a constituição de novas narrativas da identidade, por estar na própria origem do eu e por ser aquilo de que ele precisava se libertar.”<sup>41</sup> As expectativas hoje são outras e, se há lugar para o amor, temos de admitir que há lugar também para a agressão e para a indiferença. É que esse amor moderno não se pode alcançar sem algumas contrapartidas amargas: decepção, ódio, rancor, amargura, tristeza. O fato de que os pais voltem todas as suas atenções para o filho constitui também uma exigência permanente para a criança. Ou seja, se antes o filho devia aos pais respeito e obediência, hoje a súplica é por amor e, em contrapartida, os pequenos fornecem suporte emocional aos pais em meio ao mundo caótico e conturbado no qual vivem. O filho confronta o pai e a mãe com sua própria história de vida<sup>42</sup>.

Mas se o amor moderno é um sentimento que se fundamenta em si mesmo, ou seja, somente nos sujeitos que o vivenciam, então talvez “el no amar no es una infracción de las leyes, no es un acto criminal, aunque con ello se hiera la vida de otros más profundamente que con un robó o una lesión.”<sup>43</sup> Logo, quem sacrifica o matrimônio, a família, a paternidade e, ao fim e ao cabo, o bem-estar “dos seus”, talvez não esteja cometendo crime ou pecado, pois está cumprindo a lei da autorrealização, mandamento primeiro da sociedade moderna. “El amor no se puede forzar”, dirão Beck e Beck-Gernsheim<sup>44</sup>.

Então, em decorrência desses novos rearranjos e dessas novas possibilidades do encontro, a partir de 1960 a família tem

41 ILLOUZ, Eva. *O amor nos tempos do capitalismo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 16.

42 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001.

43 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001, p. 302.

44 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001, p. 302.

como particularidade dois indivíduos que se juntam através de uma durabilidade relativa em busca de relações íntimas ou realização sexual, de modo que a transmissão da autoridade vai se tornando mais difícil e questionada à medida que os divórcios, a fragmentação e as reorganizações conjugais aumentam, no qual a família não é mais garantida pela presença indesejável do divino através da convenção do casamento, tornando-se cada vez mais um acordo livre e outorgado entre os indivíduos enquanto o amor resistir<sup>45</sup>.

### **3 Os desafios do direito em normatizar e “normalizar” as narrativas afetivas, amorosas e familiares**

Por mais que a Modernidade tenha inaugurado um novo estado de coisas no campo político e jurídico que melhorou as condições de sociabilidade do mundo ocidental, é também verdadeiro que este mesmo período não atendeu às exigências de acesso à complexidade. A sua potência igualizadora e homogeneizadora consagrou narrativas racionalistas e instituições totalizantes, reduzindo o plural, as formas autênticas marcadas pela diferença. A igualdade abstrata é a grande chave para acessar a modernidade jurídica.

Com o direito não foi diferente. Sua expressão moderna normatizou a normalidade e criminalizou a “anormalidade”<sup>46</sup>. No contexto de governamentalidade neoliberal o direito reduziu sua carga de interdições e repressões, e passou a controlar pela definição das subjetividades normais e anormais que pretende normalizar. No campo da regulação sexual e de tudo o que ele envolve, a normalidade visada pelo direito, signatário dos valores do seu tempo, era a manutenção das uniões familiares de tipo heterossexual e com finalidade reprodutiva. Havia uma sexualidade e um tipo de desejo tido com impróprio e,

---

45 ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

46 FOUCAULT, Michel. *Os anormais*: curso no Collège de France. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

portanto, alvo de denúncia e expurgo pelos sistemas sociais. A família tinha um estatuto definido e sua forma de representação um conteúdo claro, uma sexualidade clara, funções claras, sujeitos com papéis definidos. Um tipo de direito de amar que portava vantagens apenas ao homem, ao marido<sup>47</sup>.

As ondas liberalizantes, o afrouxamento religioso e moral e a hiperindividualização da vida colocaram o direito numa nova direção. Hoje, o direito normaliza a descontinuidade dos casamentos, a possibilidade da ruptura permanente. Normaliza os diversos tipos de encontros amorosos que tornam a regulação por oposição uma alternativa obsoleta. Não tem sentido regular, no caso amoroso, quando praticamente tudo é possível. Não tem sentido a norma reprimir quando não existem, no campo do desejo, ilícitos e anormalidades a serem “combatidos” e evitados.

O amor romântico, em sua origem, é uma espécie de conspiração contra a sociedade. Não conhece limites. Nem os limites dos estamentos e das classes, nem os limites da lei e da moral<sup>48</sup>. Aos poucos ele é aprisionado como um projeto e passa a fazer eco das normas e da própria comunidade. Sendo o amor romântico uma utopia da felicidade individual, transforma-se num projeto totalizante e por isso numa impossibilidade. Ele perde sua capacidade de gerar segurança e é facilmente dissolvido na paternidade, sexo, erotismo, convivência, flertes, relação amorosa, união familiar etc. Beck e Beck-Gernsheim chegam a falar da morte do amor, de sua incapacidade de comunicar para além dos próprios sujeitos da relação. Atualmente, com a liberalização da vida pelo afrouxamento das barreiras estamentais e familiares, o amor perde sua capacidade de comunicar e estabelecer laços duradouros, mas abre-se como possibilidade, como aventura, como projeto de hipóteses imprevisíveis.

---

47 RODOTÀ, Stefano. *Diritto d'amore*. Bari: Laterza, 2015.

48 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2001.

Desse modo, ainda com Beck e Beck-Gernsheim, com a liberação da moral e do direito, o amor se converte num assunto exclusivo dos indivíduos que se amam, num modelo de salvação individual que se prometem sujeitos isolados. É uma resposta contra a individualização, uma aposta na formação de um sentido de pertença a dois. Por isso a individualização da vida ter produzido o ideal de matrimônio por amor.

O amor se justifica de modo individual e emocional e não de modo tradicional. Só os amantes podem falar do seu amor. São titulares daquilo que sentem e os únicos que dispõem da verdade e do direito de seu amor. Por isso estabelecem papéis entre si, como atores que devem representar um personagem prefigurado. O direito externo não possui alcance sobre eles, os quais são os únicos a fazerem a justiça e justificarem-se. “El amor no se puede reclamar ante los tribunales, no hay posibilidad de revisión. El amor y la justicia son palabras que pertenecen a idiomas totalmente distintos.”<sup>49</sup>

O amor se auto fundamenta, apresentando-se como um local de segurança para os amantes. Numa sociedade líquida, transforma-se numa espécie de refúgio. Mas é, por outro lado, uma fórmula vazia que exige uma complementação geralmente alcançada pelo consenso daqueles que amam. Apresenta-se diverso, distinto, em se tratando dos conteúdos que lhe dão sentido. Por isso, o consenso é a única coisa que está aberta para a validação pública, não os conteúdos acordados. Nesse sentido o direito estatal reduz a sua capacidade de intervenção substancial, limitando-se a garantir a legitimidade dos procedimentos de acordos. O direito é chamado apenas para reestabelecer as regras do jogo democrático a dois<sup>50</sup>.

Esse movimento de liberalização regulatória desempenhou um papel simbólico e institucional importante, especialmente no tocante

---

49 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001, p. 340-341.

50 BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001.

ao reconhecimento de famílias até então desprezadas pelo direito. O casamento homossexual e outras formas de união ganharam sentido e proteção justamente por conta da proibição de se regular os corpos e o amor. A proteção jurídica, nesse caso, é o resultado de um evento paradoxal: justamente por não poder regular mais o amor, o sexo, é que a liberdade dos amantes se tornou condição para todo e qualquer tipo de proteção. A proteção dos homossexuais está mais centrada na impossibilidade de se regular, na liberdade dos sujeitos, no que na possibilidade de se regular. A proteção jurídica lhes dá garantias objetivas e um reconhecimento inegavelmente importante, mas é na condição de amor libertado do direito que as uniões se fundem e ganham vida.

Libertado do direito, os sujeitos, contudo, não libertaram o amor, no sentido de construir novas concepções sobre ele. É interessante notar que a liberdade sexual não fundou um amor livre. A busca pelo amor, pela pessoa certa, parece ser o objetivo de todas as relações afetivas. Como efeito de um eu narcísico-depressivo típico da sociedade ocidental, o outro é (ou deveria ser) mero prolongamento do eu, de modo que nas relações afetivas também as expectativas giram em torno de um amor, no mínimo, agradável, em meio ao que Han denomina de um “inferno do igual”<sup>51</sup>.

Nessa utopia do amor sem limites, da possibilidade do amor com esperança pessoal, o direito, quando requisitado, continua avançando declaradamente o sinal. Parece que a liberdade do amor incomoda o direito, e um avanço estrutural e epistemológico é notório quanto o tema é o amor, o afeto, pois o direito e os Tribunais, geralmente, têm dito mais do que poderiam dizer. Juridicizou o que não era possível fazê-lo. Streck<sup>52</sup> tem apontado, com propriedade, sobre a indevida e excessiva

51 HAN, Byung-Chul. *A agonia de Eros*. Lisboa: Relógio D'Água Ed., 2014.

52 STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 194, p. 07-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jan. 2017.

utilização dos princípios como forma de o direito colonizar aquilo que lhe é estranho. Denuncia a confusão, tão difundida na teoria e prática jurídicas nacionais, entre valores e direito, entre afetos e direito, entre política e direito, como se tudo pudesse, de alguma forma, apresentar-se no direito sob a roupagem de princípios.

Tornou-se comum, por exemplo, a utilização da afetividade como princípio do direito de família, a ponto de um grande número de decisões judiciais e a doutrina dedicada ao tema terem reservado um capítulo especial sobre o assunto. É igualmente habitual a defesa da afetividade como uma categoria jurídica capaz de instituir e destituir tutelas e garantias jurídicas.

É evidente o exagero. Sentimento pode ser direito? Qual o limite para essa eleição? Quais os sentimentos merecem proteção? Quem escolhe esses sentimentos? A doutrina, os Tribunais? Ora, pode-se até querer (e isso querem os mais variados sistemas sociais) que as famílias se constituam e preservem seus laços afetivos da melhor forma possível, mas o afeto como tal não é algo que possa ser codificado pelo sistema jurídico como uma condição de possibilidade de um direito. Da mesma forma que se fala do amor, a afetividade é encruada na relação subjetiva que invariavelmente não requer elementos externos de confirmação. São os envolvidos na relação afetiva os únicos donos e juízes de seu afeto. Ao colocar a noção de afetividade como contraposta a de parentalidade biológica, os Tribunais indicam uma preferência pelas escolhas dos indivíduos, pelos seus acordos, pela segurança que o afeto representa numa sociedade em que os laços forjados pela tradição diminuiriam. O problema é que o afeto, tal qual o amor, ao ser transformado pelo direito em norma ou princípio, passa a indicar uma posição de correto e de necessário, de obrigação, impondo sanções no caso de afetos não correspondidos. Certamente aqui estamos, como dito antes, diante de um excesso e o direito passa a dizer mais do que poderia e consegue dizer.

É legítimo que um pai ou um filho queiram o amor um do outro até o fim de seus dias, mas certamente não será o direito que garantirá que isso aconteça. Do amante, do pai, do filho, da mãe, daqueles que esperamos amor, só nos resta uma correspondência, uma palavra que se torne ato e acolhimento, um beijo que não seja por obrigação e um cuidado que não esteja codificado na lei. Relações psicanalíticas de toda ordem conformam uma relação de afeto. Pais amam filhos que não os amam (e vice-versa) por diversas razões. Sujeitos amam de modo diferente por conta de sua historicidade. Se é possível falar num amor e num afeto por obrigação, é plausível que se exija do direito que conceitue um afeto adequado, um bom afeto, um afeto que o direito considere suficiente. Ou como saberemos estar amando de modo adequado juridicamente? Os pais e as famílias deixam de existir quando não amam na medida em que se espera deles?

Definitivamente não se poder normatizar o desejo e o amor. O direito, ao menos nas suas facetas mais liberalizantes, já não pode dizer mais nada sobre licitudes e ilicitudes do amor, que se abre como possibilidade, como substância e existencialidade do sujeito enquanto tal e apenas isso. Justamente ao libertar-se do direito e de seus códigos castradores é que o amor tornou-se livre e capaz de ser plenamente o que é. O amor não necessita de legitimação jurídica, mas, paradoxalmente, quer tornar-se direito para realizar-se plenamente. O direito ao amor é um apelo a não intervenção, a não expropriação, a não castração, a possibilidade de libertação que encontra seu amparo no desejo que institui democraticamente e autonomamente cada sujeito. No lugar das subjetividades construídas pelo saber dominante, que destrói o sujeito, aposta-se na autenticidade de cada um como elemento emancipatório que plenifica a ideia de liberdade em condições de paridade entre os diversos sujeitos. Definitivamente, o “amor, como a democracia, demanda sempre a presença de um sentido inesperado.”<sup>53</sup>

---

53 WARAT, Luis Alberto. O amor tomado pelo amor. Crônica de uma paixão desmedida. In: *Territórios desconhecidos*. V.1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

#### 4 Considerações finais

No momento em que o direito libertou o amor de seus códigos de licitude e de ilicitude, de sua dimensão castradora e reguladora, é que sua potência mais intensa se tornou possível. O direito pleno ao amor surge quando o próprio amor se liberta dos sistemas de regulação social tradicionais e se instala como direito de pura liberdade, como um acontecimento autêntico.

Apesar de o direito e os tribunais propagarem uma função constitutiva normativa da dimensão afetiva, é evidente que o amor ou a falta dele é um assunto exclusivo daqueles que amam e o direito, por melhores intenções que tenha, não é capaz de acessar o seu estatuto. As novas famílias, as novas formas de amar, resultam da defesa da democracia como lugar da autonomia, como espaço simbólico e histórico de manifestação das diferenças que constituem o desejo de cada sujeito. Amar é um direito, mas um direito de se amar a seu modo e não ao modo de um direito que impõe restrições e obrigações, como de regra sempre fora o direito balizado por padrões heteronormativos.

O amor como experiência plena é fundamental para a construção de espaços democráticos que dependem da autenticidade, da alteridade e do reconhecimento da diferença do outro. Tem um apelo ético, uma carga de sentido nunca completa que se alimenta da constante incerteza e insegurança que funda os desejos e os interesses de cada cidadão. Nessa direção, o amor, em seus diversos formatos e modos de representar, é importante para a justiça, para a formatação de uma sociedade de acontecimentos livres, autônomos e em igualdade de condições. Trata-se de uma função pública do amor, da possibilidade de ele conduzir todos os tipos de narrativas, de desejos, de gozos, de entendimentos compartilhados e abertamente vividos por todos os sujeitos como um direito de verdade. Se o amor é importante para a construção dos destinos e para a qualidade moral de cada ser individualmente, seguramente vai influenciar na reforma estrutural e na formação dos

novos arranjos familiares. Cada pessoa individualmente considerada é a unidade da distribuição política e os direitos em igualdade de condições são a condição de possibilidade para que cada sujeito se realize como um projeto independente<sup>54</sup>. Por isso, entendemos que o STF decidiu adequadamente quando reconheceu o mesmo direito das uniões heterossexuais para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, pois potencializou a vida, a liberdade, a autonomia, valores e direitos fundamentais importantes em qualquer democracia.

O direito pode impor o dever de cuidado, de zelo, respeito e proteção. Isso, além de desejável em qualquer relação, pode ser cobrado de quem quer que seja. É uma ação objetiva que se pode determinar, inclusive de modo financeiro. Contudo, não se pode cobrar amor de quem não tem para dar, simplesmente, pois amar não é uma obrigação, amar não é um acontecimento objetivo que possa ser encapsulado e exigido de modo material. Do mesmo modo não se pode castrar o desejo e o amor de quem o possui. Assim como não se pode obrigar alguém a apaixonar-se, o direito é incapaz de impedir que alguém ame ou deixe de amar. Todos podem amar e podem amar a seu modo, sem regulamentos, sem etiquetamentos e sem restrições. Os novos nomes do amor se abrem como possibilidade e como liberdade. O Amor é, definitivamente, um evento a dois, uma democracia a dois. Exige um itinerário seu, sem restrições, proibições, imposições e obrigações. Afinal, como diz Caetano Veloso, em sua música Paula e Bebeto, “qualquer maneira de amor vale a pena, qualquer maneira de amor vale amar”.

## Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

---

54 NUSSBAUM, Martha. *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder, 2002.

- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1981.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BECK, Ulrich; BECK-GERNSHEIN, Elisabeth. *El normal caos del amor: las nuevas formas de la relación amorosa*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2001.
- BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.
- COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1975.
- COSTA, Sergio. Amores fáceis: romantismo e consumo na modernidade tardia. *Novos Estudos*, v. 73, p.111-124, 2005.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DURAZOI, Gerard; ROUSSEL, André. *Dicionário de filosofia*. Campinas: Papirus, 1996.
- ESTEBAN, Mari Luz. *Crítica del pensamiento amoroso: temas contemporáneos*. Barcelona: Bellaterra, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 2012.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- GIDDENS, Anthony. *As transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1993.
- GOODE, Willian J. The theoretical importance of love. *American Sociological Review*, 24: 38-47, 1959.

HAN, Byung-Chul. *A agonia de Eros*. Lisboa: Relógio D’Água Ed., 2014.

HORKHEIMER, Max. *Autoridade e família*. Lisboa: Apaginastantas, 1983.

ILLOUZ, Eva. *O amor nos tempos do capitalismo*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ILLOUZ, Eva. *¿Por qué duele el amor? Una explicación sociológica*. Buenos Aires: Katz, 2016.

KANT, Immanuel. *Observações sobre o belo e o sublime*. Campinas: Papirus, 2000.

LASCH, Christopher. *Refúgio num mundo sem coração: a família: santuário ou instituição sitiada?* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

LUCAS, Doglas Cesar; GHISLENI, Pâmela Copetti. O amor e o direito pertencem a “ídiomas” distintos: uma crítica à juridicização do afeto. *RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 4, n. 3, p. 106-131, set./dez. 2017. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/ojs/index.php/rbsd/article/view/155/127>. Acesso em: 7 set. 2017.

LUHMANN, Niklas. *O amor como paixão: para a codificação da intimidade*. Lisboa, Difel, 1991.

MAY, Simon. *Amor: uma história*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012.

NUSSBAUM, Martha. *Emociones políticas. Porque el amor es importante para la justicia?* Barcelona: Paidós, 2014.

NUSSBAUM, Martha. *Las mujeres y el desarrollo humano*. Barcelona: Herder, 2002.

PLATÃO. *Diálogos: o banquete*. Tradução de José Cavalcante de Souza. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

RICHARDS, Jeffrey. *Sexo desvio e danação*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

RODOTÀ, Stefano. *Diritto d’amore*. Bari: Laterza, 2015.

ROUDINESCO, Elisabeth. *A família em desordem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emílio: ou, da educação*. Tradução de Sérgio Milliet. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995.

SIMMEL, Georg. On the sociology of the family. *Theory, Culture and Society*, 15 (3-4): 283-293, 1998[1895].

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio: dilemas da crise do direito. *Revista de Informação Legislativa*, a. 24, n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496574/000952675.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 jan. 2017.

WARAT, Luis Alberto. O amor tomado pelo amor. Crônica de uma paixão desmedida. In: *Territórios desconhecidos*. V.1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

# PÓS-ESTRUTURALISMO E TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL: OS DESAFIOS METÓDICOS DO PENSAMENTO DESCONSTRUTIVISTA NA PERSPECTIVA DE BALKIN

*POST STRUCTURALISM AND DECISION THEORY: METHODOICAL CHALLENGES OF DECONSTRUCTION THINKING IN BALKIN PERSPECTIVE*

Emanuel José Lopes Pepino<sup>I</sup>   
Elda Coelho de Azevedo Bussinguer<sup>II</sup> 

<sup>I</sup>Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: e\_pepino@hotmail.com

<sup>II</sup>Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Vitória, ES, Brasil. Doutora em Bioética. E-mail: ppgd@fdv.br

**Resumo:** O trabalho objetiva discutir a proposta de desconstrução transcendental elaborada por Jack Balkin como uma teoria da decisão judicial. Para tanto, analisa a forma de pensar desconstrutivista criada por Derrida com os aportes teóricos feitos por Balkin. Exemplifica como o desconstrutivismo pode ser usado no Direito. Finalmente, analisa os pressupostos da desconstrução transcendental, comparando-os com o direito como integridade usando como exemplo privilegiado a discussão da idade mínima para votar. Concluindo pela ineficácia da teoria de Balkin como uma teoria da decisão judicial.

**Palavras-chave:** Desconstrutivismo. Pos estruturalismo. Teoria da decisão judicial. Dworkin. Balkin.

**Abstract:** The main objective of this article is to discuss the proposal of transcendental deconstruction, as propose by Jack Balkin, in the realization of the law. It analyzes Derrida's deconstruction with the theoretical contribution of Balkin. Give some examples of how deconstruction thinking and Law can interact. Finally, it compares the transcendental deconstruction assumptions with Dworkin's law as integrity as is analyzes a minimal voting age case to conclude that Balkin's contribution to law are great, but cannot be used as a theory of judicial decision.

**Keywords:** Deconstruction. Post structuralism. Theory of judicial decision. Dworkin. Balkin.



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3350

Autores convidados



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

## 1 Introdução

Os movimentos pós-estruturalistas ganham espaço nas discussões jurídicas da atualidade, particularmente quando se discutem os movimentos feministas e nas discussões correlacionadas com a influência da ideologia no Direito. Nessa linha, a intenção deste trabalho é, considerando a necessidade de legitimação e controle da decisão judicial, questionar se a perspectiva pós-estruturalista desconstrutivista, proposta por Derrida e ampliada por Balkin, pode constituir-se como abordagem metódica no estabelecimento de uma teoria da decisão judicial.

Em primeiro lugar busca compreender o que é a desconstrução proposta por Derrida, com os aportes teóricos feitos por Balkin ao trazer a questão para o Direito, tratando de alguns conceitos básicos para a compreensão do tema, como a desconstrução, a alteridade e a inversão de hierarquias. Nessa explicação, aproveitando premissas do movimento Direito e Cinema, utiliza uma cena do filme “Obrigado por Fumar” como um exemplo privilegiado de um discurso desconstrutivista.

Em um segundo momento, trata de algumas possibilidades de utilização do pensamento desconstrutivista na análise jurídica, em particular a possibilidade de usar a desconstrução para apontar contradições dentro de decisões judiciais ou posicionamentos doutrinários.

Por último, a terceira parte do trabalho analisa a proposta da desconstrução transcendental, elaborada por Balkin, enquanto uma proposta de teoria da decisão judicial, fazendo uma comparação entre a teoria do direito como integridade de Dworkin e a teoria de Balkin para verificar se os elementos essenciais de uma teoria da decisão podem ser encontrados na desconstrução transcendental. Nesse caminho, faz uso da série de televisão Boston Legal, mais uma vez sob inspiração retirada do movimento de Direito e Cultura, particularmente do Direito e Televisão, onde se discute a questão da idade mínima para votar para

se concluir a ineficácia da teoria desconstrutivista como uma teoria da decisão judicial.

## 2 Pós-estruturalismo e desconstrução: Derrida e Balkin

O que justifica colocar uma caveira com ossos cruzados em um maço de cigarros? No filme “Obrigado por Fumar”, em sua parte final, ocorre uma audiência pública no Senado Americano para discutir a questão, apresentando a seguinte explicação: o cigarro é um veneno, cujo consumo sempre causa mal. Nesse contexto, se vincula o produto – cigarro – a um veneno, o que justifica que o símbolo da caveira e ossos (associado a veneno) seja colocado, para associar o cigarro a outros produtos venenosos – ou seja, cujo consumo é igual e inevitavelmente danoso. Há inclusive um questionamento sobre a necessidade de usar a caveira e ossos e não meramente transcrever os riscos correlacionados com o cigarro, onde um dos entrevistados justifica que parte da população americana não fala inglês, mas a caveira e ossos funciona como um símbolo universal para veneno.

Esse é um bom exemplo de uma das características essenciais da linguagem segundo Ferdinand de Saussure, para o qual: “Entre todos os indivíduos, assim unidos pela linguagem, estabelecer-se-á uma espécie de meio-termo. Todos reproduzirão – não exatamente, sem dúvida, mas aproximadamente – os mesmos signos unidos aos mesmos conceitos”<sup>1</sup>.

Conforme Saussure, a língua funciona com um conjunto de significados socialmente compartilhados, mas que se correlacionam de maneira independente da vontade individual dos membros dessa comunidade. No exemplo, ver a caveira e ossos faz pensar em veneno que, por sua vez, se liga diretamente com o consumo danoso para a vida humana.

A relação entre os termos presentes funciona de maneira semelhante a uma estrutura, onde a língua é um sistema em que cada

---

1 SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de Lingüística geral*. Trad.: Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 3 ed. São Paulo, Editora Cultrix, 1999, p. 21.

um de seus elementos é definido pelas relações (de equivalência ou oposição) que possuem entre si.

Essa estrutura tem suas características destacadas da seguinte maneira:

[...] Contudo, até ao acontecimento que eu gostaria de apreender, a estrutura, ou melhor a estruturalidade da estrutura, embora tenha sempre estado em ação, sempre se viu neutralizada, reduzida: por um gesto que consistia em dar-lhe um centro, em relacioná-la a um ponto de presença, a uma origem fixa. Esse centro tinha como função não apenas orientar e equilibrar, organizar a estrutura - não podemos efetivamente pensar uma estrutura inorganizada - mas sobretudo levar o princípio de organização da estrutura a limitar o que poderíamos denominar jogo da estrutura. É certo que o centro de uma estrutura, orientando e organizando a coerência do sistema, permite o jogo dos elementos no interior da forma total. E ainda hoje uma estrutura privada de centro representa o próprio impensável<sup>2</sup>.

Essa é a base de uma corrente de pensamento que ficou conhecida como estruturalista: a defesa que o pensamento individual foi organizado por estruturas linguísticas que retiram a ênfase da autonomia do sujeito em determinar o significado cultural de um símbolo.

Para o estruturalismo, o conhecimento deve ser tratado um sistema estrutural com leis internas – estáticas ou dinâmicas – e a função da ciência é revelar essas leis, mais do que uma visão mecânica dos processos se discute sobre suas funções<sup>3</sup>. A importância da compreensão enquanto sistema, e não enquanto uma coleção de elementos e suas propriedades, é que as leis internas desse sistema o preservam e enriquecem, sem a necessidade de elementos externos ao sistema<sup>4</sup>.

Dentro do estudo da linguagem, o estruturalismo passa do estudo de fenômenos linguísticos conscientes para o estudo da infraestrutura

2 DERRIDA, Jacques. A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas. *A escritura e a diferença*. v. 2, p. 229-249, 1971, p. 230.

3 PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 22.

4 *Ibid.*, p. 24 e 25.

inconsciente, analisando os termos linguísticos por meio das relações estabelecidas entre eles, não mais de seus significados isolados.

Feita essa breve explicação sobre o estruturalismo, retorna-se ao final do filme “Obrigado por Fumar”, ao momento em que Nick Naylor, ex-vice-presidente da Academia Americana para os Estudos do Tabaco e personagem principal do filme, foi convidado a se apresentar na audiência pública do Senado e em seu depoimento encontra-se a seguinte passagem:

*Senador Lothridge:* Senhor Naylor não está aqui para testemunhar sobre os estudos da Academia Americana para os Estudos do Tabaco. Estamos aqui para discutir a possibilidade de colocar um aviso sobre os riscos do cigarro. Agora, senhor Naylor, sou obrigado a perguntar, por formalidade, você acredita que fumar cigarros, com o tempo, pode causar câncer do pulmão e outras doenças respiratórias como a enfisema

*Nick Naylor:* Sim. De fato, acho que você teria dificuldade em encontrar alguém que realmente acredita que os cigarros não são potencialmente perigosos. Quer dizer – levantem as mãos – quem aqui dentro acredita que os cigarros não são perigosos?

*Senador Dupree:* Senhor Naylor, não há necessidade de teatro

*Nick Naylor:* Desculpe. É que simplesmente não vejo razão para colocar um símbolo de aviso sobre o que as pessoas já sabem.

*Senador Dupree:* O símbolo é um lembrete, um lembrete dos perigos de fumar cigarro.

*Nick Naylor:* Bem, se vamos lembrar as pessoas do perigo, porque não colocar a caveira e ossos em todos os aviões da Boeing, Senador Lothridge. E em todos os Fords, Senador Dupree.

*Senador Ortolan Finistirre:* Isso é ridículo. O número de mortes por acidentes de aviões e automóveis é ínfimo se comparado com os números do cigarro. Essa comparação nem sequer é possível.

*Nick Naylor:* Ah, isso vindo de um Senador que chama Vermont de lar.

*Senador Ortolan Finistirre:* Não consegui acompanhá-lo, senhor Naylor.

*Nick Naylor*: Bem, já foi demonstrado que o assassino número um da América é o colesterol. E aqui temos o senador Finistirre, cujo estado está, sinto pesar em dizer, entupindo as artérias da nação com o queijo cheddar de Vermont. Se queremos falar de números, que tal os milhões de pessoas morrendo de ataques do coração? Talvez o cheddar de Vermont devesse vir com a caveira e ossos (tradução livre)<sup>5</sup>.

O diálogo serve para destacar como, sutilmente, ocorreu uma mudança clara no significado da caveira e ossos enquanto símbolo: saiu-se da ligação com o veneno e o problema de o consumo fazer mal para a vida humana, passou-se à correlação com o risco no consumo. Não se discute mais a morte certa (como no consumo de veneno), mas a possibilidade e o risco de morte (que também ocorre na viagem de carro, de avião ou com o consumo de queijo). A justificativa para a caveira e ossos deixou de ser o dano inevitável relacionado com o consumo do produto, mas sim o risco de morte pela utilização – risco esse que se correlaciona com o número de mortes do país. Essa mudança de compreensão é fundamental para o cigarro deixar de ser o principal produto que merece receber a caveira e ossos.

É interessante dissecar a atividade realizada por Nick no diálogo. Ele reconhece que há uma correlação entre a caveira e ossos e o veneno e, por consequência, que o significado da caveira e ossos está ligado ao significado de veneno, mas que, apesar dessa correlação existir, não se trata de uma identidade exata. Ao visualizar essa correlação, ele reparou que o veneno é o elemento que mais se destaca na relação, mas não é o único, e que essa tensão pode ser pensada de maneira diferente da ponderada em um primeiro momento.

Em outras palavras, o que Nick percebeu foi que: “[...] em uma oposição filosófica clássica, nós não estamos lidando com uma coexistência pacífica de um face a face, mas com uma hierarquia

---

5 THANK YOU FOR SMOKING. Escrito por: Christopher Buckley e Jason Reitman. Dirigido por: Jason Reitman. Produção: David O. Sacks e Edward R. Pressman. 2006, 1 DVD video, stereo, color, full frame.

violenta. Um dos dois termos comanda (axiologicamente, logicamente etc.), ocupa o lugar mais alto”<sup>6</sup>.

Essa é a “metafísica da presença”, ou seja, que as ideias podem ser entendidas através da dicotomia “presente” e “ausente” e que os filósofos ocidentais partem da premissa oculta de que aquilo que é mais “presente” para a nossa consciência – o que é mais simples, básico ou imediato – é mais real, verdadeiro, fundamental ou importante<sup>7</sup>.

Com isso Nick passa a ignorar a correlação hierárquica tradicional entre os termos e resolve reordenar essa hierarquia. Verdadeiramente invertê-la. Que fique claro, ele não passa a tratar como se a “caveira e ossos” e o “veneno” não se relacionassem, apenas reconhece que os termos da oposição de ideias são diferentes uns dos outros – diferença que os determina; que os termos dependem um do outro para ter sentido; e que não há uma relação hierárquica entre os termos. A forma de relacionar os símbolos não hierarquizados, Derrida chama de *différance*.

Além do termo *différance*, é preciso explicar também o sentido de *trace*. Como dito no parágrafo anterior, “caveira e ossos” e “veneno” possuem uma relação de *différance* entre si. Essa relação também pode ser explicada com a ideia de que “caveira e ossos” possui *trace* de “veneno”; da mesma forma que “veneno” possui *trace* de “caveira e ossos”.

O conjunto de termos em oposição que possui uma relação estabelecida de semelhanças e diferenças – *différance* e *trace* – recebe o nome de *nested opposition*<sup>8</sup>. É importante destacar que é essa correlação de *nested opposition* entre dois termos que autoriza uma ampliação do conjunto possível de significados, mas também que limita esse conjunto.

---

6 DERRIDA, Jacques. *Mal de Arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001, p. 48.

7 BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987, p. 747 e 748.

8 BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990, p. 1676.

No exemplo do filme, o signo “caveira e ossos” é claramente diferente do signo “veneno”, mas eles possuem *trace* que liga a ambos: o risco à vida patente pelo consumo de cigarros. Uma vez estabelecida e reconhecida essa relação, o que se faz é ampliar a quantidade de significados possíveis para os signos, como Nick faz para justificar que o cheddar deveria receber o signo no lugar do cigarro. Apesar dessa amplitude que é autorizada pela *nested oposition*, não se pode afirmar que a “caveira e ossos” enquanto signo pode significar boa saúde, ou riqueza. Ao mesmo tempo que amplia o conjunto de significado, essa relação também limita esses resultados. Esse conjunto de ponderações serve para afirmar que a fala de Nick Naylor, em “Obrigado por Fumar”, é um exemplo primordial de utilização do pensamento desconstrutivista.

O termo desconstrução foi cunhado por Jacques Derrida e serve como um exemplo do pensamento pós-estruturalista, que é uma crítica ao estruturalismo a partir de seu interior, apontando inconsistências fundamentais que os estruturalistas ignoram<sup>9</sup>. Nesse aspecto, o reconhecimento da relação entre ternos que possibilita a inversão de hierarquias que acaba de se verificar torna a desconstrução um dos principais modelos pós-estruturalistas. Derrida foi um filólogo franco-magrebino, deu aulas em Harvard, Yale, e na Universidade de Paris, que com suas obras influenciou várias áreas das ciências humanas, como Direito, Antropologia, História, Sociologia, Teoria Política e estudos de gênero.

Um elemento essencial para a compreensão do pensamento desconstrutivista é a alteridade, uma característica essencial de todo signo. Derrida explica que “[...] Um signo que só ocorre “uma vez” não seria um signo. Um signo puramente idiomático não seria um signo. Um significante (em geral) deve ser reconhecível em sua forma, apesar e através da diversidade dos caracteres empíricos que podem modificá-

---

9 PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000, p. 28 e 29.

lo”<sup>10</sup>. É a alteridade que permite estabelecer a relação em *nested opposition* e a subsequente inversão de hierarquia, que é o exercício de desconstrução mais essencial.

Pode-se pensar que os números são uma exceção à alteridade dos signos, uma vez que as quantidades representadas pelos números são sempre constantes. É verdade que as quantidades numéricas variam muito pouco, mas os números podem significar outras coisas que não meras quantidades numéricas. Usando os números 13, 24 e 42 como exemplo de números que significam mais do que quantidades numéricas, o número 13 é ligado à má sorte, bruxarias e artes obscuras por todo mundo; no Brasil, o número 24 é facilmente ligado à homossexualidade; na coleção de livros *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy* o número 42 é a resposta para a pergunta fundamental sobre a vida, o universo e tudo mais. Aliás, explorando ainda mais as excentricidades do *The Hitchhiker's Guide to the Galaxy*, tem-se uma trilogia composta por seis livros – onde o próprio valor número da trilogia é questionado.

A importância da alteridade enquanto marca de um signo é explorada por Derrida na própria escolha dos termos para organizar sua teoria: inicialmente ele se apropriou do termo *différence* devido ao significado específico (que envolve tanto diferir, quanto deferir) e substituiu uma de suas letras para criar o termo *différance*, uma vez que em francês ambas as palavras possuem a mesma pronúncia, o que permite sua distinção apenas na forma escrita<sup>11</sup>.

Por sua vez, Jack Balkin, outro autor fundamental para este trabalho, professor de Direito Constitucional na Universidade de Yale, é um dos membros fundadores da corrente de pensamento norte americano conhecida como *Critical Legal Studies* (CLS), primeiro movimento declaradamente de esquerda a usar a teoria crítica para pensar o Direito

---

10 DERRIDA, Jacques. *A voz e o fenômeno*: introdução ao problema do signo na fenomenologia de Husserl. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994, p. 59.

11 DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Tradução: Joaquim Torres Costa, António M. Magalhães. Campinas: Papirus, 1991, p. 34 a 36.

nos Estados Unidos da América. O CLS possui outros nomes de peso, com autores como Roberto Mangabera Unger, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro e da Harvard Law School, e Alan Hunt, professor da Carleton University.

O CLS é um movimento difícil de ser definido por seus diversos ramos de atuação, entretanto um ponto comum ao movimento é a crítica feita à tradição americana de estudar o direito limitando a compreensão do Direito, Estado e Sociedade à compreensão burguesa que remonta diretamente a Hobbes e Locke, uma indicação da pluralidade temática do movimento é justamente a presença de Roberto Unger entre seus teóricos, uma vez que as críticas que o autor brasileiro faz ao liberalismo é mais influente do que sua proposta de formação de um superliberalismo de alcance global<sup>12</sup>.

Balkin tem como base de sua análise o pensamento desconstrutivista iniciado por Derrida, porém, há uma divergência entre os dois autores que precisa ser esclarecida: Derrida não reconhece a desconstrução como uma posição filosófica, mas sim como uma prática. Balkin, por outro lado, entende que para a desconstrução ser utilizada no Direito, seus pressupostos apresentados sobre linguagem, pensamento e o mundo devem ser encarados como um método de estudos<sup>13</sup>. Derrida rejeita a compreensão da desconstrução como método justamente porque essa forma de pensar subordina a desconstrução a uma estrutura logocêntrica<sup>14</sup>. Balkin, contudo, entende o desconstrutivismo não apenas como um método de estudo do Direito, mas também como uma teoria legitimadora da decisão judicial, o que será abordado no ponto 3 deste trabalho.

---

12 HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986, p. 4 et seq.

13 BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987, p. 746.

14 SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005, p. 747.

### **3 Possíveis comunicações entre o desconstrutivismo e o direito: o revelar de contradições e o movimento feminista**

O CLS desempenhou um papel de fundamental importância ao introduzir o pensamento desconstrutivista no Direito, uma vez que muitos dos autores pertencentes ao CLS propositalmente se debruçaram sobre o espaço retórico da análise doutrinal, destacando conceitos doutrinários, revelando termos suprimidos no discurso legal, ressignificando a correlação entre termos e apresentando incoerências teóricas<sup>15</sup>.

Nesse contexto, uma preocupação comum ao CLS enquanto movimento é a correlação entre legitimidade, dominação, hegemonia e consciência, usualmente correlacionando o Direito com outras vertentes do conhecimento (como a Sociologia, a Literatura e a Psicologia), muitas vezes fazendo uma análise marxista da legitimidade (que possui uma influência maior do que a análise econômica marxista)<sup>16</sup>. A desconstrução apresenta um papel predominante nesse tipo de análise, demonstrando as ideologias ocultas na formação de normas jurídicas<sup>17</sup>.

Foi exatamente essa a desconstrução feita por Nick Naylor e destacada no ponto anterior deste texto: ao trabalhar a relação entre a “caveira e ossos” e “veneno”, Nick demonstra que a intenção da Comissão do Senado Americano é mais ganhar apoio político a nível pessoal do que efetivamente lembrar/informar ao público americano do risco correlacionado com o consumo de determinados produtos.

Um exemplo de análise desconstrutivista que pode ser feita na ordem jurídica brasileira se encontra na justificativa para o ativismo judicial. Uma justificativa padrão para legitimar uma posição ativista do

---

15 Ibid., p. 744.

16 HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986, p. 8 a 10.

17 BALKIN, Jack M. Deconstruction. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Dennis Patterson (ed.). 2. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 1996, p. 361 e 362.

Judiciário é a necessidade da concessão de maiores poderes de atuação que permitam a efetivação dos direitos fundamentais<sup>18</sup>.

Entretanto, ao decidir que dentro do ordenamento jurídico brasileiro os tratados internacionais que tratam sobre direitos humanos ratificados antes da EC 45/2004<sup>19</sup> possuem status supralegal e não de norma constitucional<sup>20</sup>, o STF apresentou um posicionamento que “[...] acaba por obnubilizar as possibilidades de resistência dos direitos humanos frente ao arrasador processo de globalização neoliberal [...]”<sup>21</sup>.

A postura conservadora do STF é contrária à efetivação dos direitos humanos. Não é possível identificar uma postura contrária à efetivação dos direitos humanos no Judiciário brasileiro e ao mesmo tempo afirmar que o ativismo se faz necessário para esse mesmo Judiciário efetivar direitos humanos. Há uma contradição patente nessa argumentação, que o raciocínio desconstrutivista permite ressaltar.

Por outro lado, feita esta desconstrução é possível estabelecer uma nova relação entre as informações apresentadas: é plenamente possível justificar que as poucas decisões ativistas assumidas pelo STF que efetivamente ampliam a proteção de direitos fundamentais servem apenas para conceder algumas vitórias menores para indivíduos, sem alterar o *status quo* de dominação política e econômica da sociedade.

Não por acaso, a perspectiva tradicional do CLS quanto à atuação do Judiciário é que a garantia de direitos fundamentais não é um mecanismo emancipador, apenas outra forma de manutenção do *status quo*<sup>22</sup>.

18 FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41.

19 Foi a EC 45 que, entre outras alterações, incluiu os §§3º e 4º no art. 5º da CRFB/88, pondo fim à dúvida de qual é o status dos tratados internacionais no Brasil.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.858/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, 03.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 13 dez. 2019.

21 MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacional de direitos humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 165.

22 SPANN, Girardeau A. *A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and*

Quando percebido em sua vertente ética, o desconstrutivismo se torna um poderoso caminho para a transformação jurídica radical, calcada na superação de privilégios presentes e apresentando um horizonte políticos de possibilidades utópicas que visa encontrar a justiça como elemento central do ordenamento jurídico<sup>23</sup>.

Um exemplo da transformação calcada na justiça que pode ser alcançada através da desconstrução ganha destaque nas reivindicações do movimento feminista, especificamente das leituras feministas que usam Judith Butler como base teórica. A autora americana rejeita a premissa de que possa ser encontrada uma versão única do feminismo, uma vez que essa visão única está limitada pelo discurso que o justifica, excluindo outras formas de representação de mulheres<sup>24</sup>.

Nessa linha, a autora faz uma análise da *nested opposition sexo/gênero* para reconhecer que tanto gênero quanto sexo são representações culturais, onde mais do que mera formulação jurídica, o gênero é compreendido como toda a construção cultural que estabelece a própria compreensão de sexo.

A afirmação de um “sexo natural” já é uma construção pré-discursiva que estabelece e vincula a discussão<sup>25</sup>. Butler reconhece que há uma conversão de estratégias de atuação entre movimentos feministas e antifeministas que sempre tratam da relação entre sexo/gênero como uma correlação de dependência necessária, uma vez que se oferece um conjunto de termos diferenciados que permite repensar essa relação<sup>26</sup>.

O problema dessa percepção é que tanto os participantes da sociedade cujo gênero não segue o sexo quanto os participantes cujas

---

Practice. *Ann. Surv. Am. L.*, p. 223-257, 1988, p. 229 *et seq.*

23 CORNELL, Drucilla. *The philosophy of the limit*. Nova York: Routledge, 1992, p. 156.

24 BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990, p. 3 *et seq.*

25 *Ibid.*, p. 6 e 7.

26 *Ibid.*, p. 13.

práticas de desejo não seguem a lógica de sexo/gênero acabam por ter seus direitos reduzidos, simplesmente por não se comportarem da maneira preestabelecida por uma conformidade cultural<sup>27</sup>, logo a repetição da relação sexo/gênero reforça a percepção heterossexual, culturalmente dominante, que estabelece a essência de mulher correlacionando-a com os aspectos físicos de seus corpos que agradam aos homens, retirando a liberdade e autonomia das mulheres<sup>28</sup>.

Toda a análise proposta e realizada por Butler tem um caráter desconstrutivista que serve para denunciar a formação de uma identidade de um gênero verdade estável.

Entretanto, como indica o título deste trabalho, o ponto central deste estudo é a proposta desconstrutivista na perspectiva de Balkin, especificamente enquanto uma teoria da decisão, o que será analisado a seguir.

#### **4 Desconstrução niilista e transcendental: desafios para a construção de uma teoria da decisão judicial pós-estruturalista**

Conforme apresentado na introdução, este trabalho possui inspiração no movimento Direito e Literatura, especialmente em trabalhos de Direito na Literatura que objetivam aproximar a pesquisa às formas narrativas que são mais próximas das conhecidas pelos estudantes, para facilitar o ensino jurídico ou a discussão de temas complexos<sup>29</sup> - exatamente como realizado na primeira parte do trabalho em que utilizamos o depoimento presente no filme Obrigado por Fumar para exemplificar o processo de desconstrução. Com inspiração em Michael Asimow e Shannon Mader, utilizar-se-á uma série de

---

27 BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990, p. 17.

28 Ibid., p. 19 *et seq.*

29 FRIEDRICH, David O. Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin. *Journal of Legal Education*, Durham, v. 40, mar. 1990, Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1290644207/fulltextPDF/ED05914AD34B4EFDQP/1?accountid=39703> . Acesso: 13 dez. 2019, p. 11.

televisão para comparar a utilização da teoria desconstrutivista de Balkin com o Direito como Integridade de Dworkin, uma vez que “(...) espectadores são convidados a tirarem conclusões sobre se a lei que eles experimentaram no filme ou na televisão ajuda ou atrapalha na busca por justiça” (tradução livre)<sup>30</sup>.

Em última instância, o que reconhece aqui é a possibilidade do processo de conhecimento começar com o deparar do desconhecido, onde o ser humano usa seus conhecimentos acumulados para compreender o desconhecido e ampliar seus conhecimentos<sup>31</sup> – o desconhecido passa a ser conhecido. A utilização de uma série de televisão ou de um filme no presente trabalho, apenas reconhece que o desconhecido que inicia o processo de conhecimento pode vir da Cultura Popular.

No episódio *Guardians and Gatekeepers* da série de televisão Boston Legal, se apresenta a seguinte situação: Marlena Schmidt, de 17 anos, votou com um documento falso nas primárias americanas, burlando a proibição de eleitores menores de 18 anos. O Ministério Público quer tornar esse caso um exemplo pois a garota, além de votar, postou na internet um tutorial para ensinar aos jovens como falsificar documentos que permitam burlar a fiscalização e autorizem a votação, potencialmente criando uma fraude eleitoral em massa. O depoimento da acusada prossegue da seguinte maneira:

Advogado de Defesa: Você não pode negar que quebrou a lei aqui.

Marlena Schmidt (MS): Desobediência civil, pura e simplesmente. Foi o que começou esse país e poderiam olhar para mim como uma heroína.

---

30 ASIMOW, Michael. MADER, Shannon. *Law and Popular Culture A Course Book*. 2. ed. New York: Peter Lang Publishing, 2013, p. 7.

31 BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. Ensino Jurídico e Aprendizagem significativa: uma tentativa de compreensão da Tragédia, do Direito e da Justiça a partir de uma abordagem fenomenológica. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Estratégias Pedagógicas Inovadoras no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 2, p. 55-84, p. 59.

Juiz de Direito: Ou poderiam olhar para você como alguém que cometeu um crime, punível com até cinco anos de prisão.

MS: Então eu não posso votar, mas para o propósito de me prender de repente eu sou uma adulta, como isso é conveniente! Como pode ser justo que eu seja excluída do processo democrático quando não se faz essa exclusão para viciados em drogas, pessoas com deficiência mental ou cidadãos mais velhos que acidentalmente votaram em Buchanan?

Promotor de Justiça (PJ): Você acha que entende a complexidade da imigração? Da recessão econômica? Do equilíbrio de poder no Oriente Médio?

MS: Eu acho que entendo um pouco. Você acha que a maioria dos eleitores americanos entende? Você não está cansado de pessoas que não votam em um candidato porque não acham que podem tomar uma cerveja com ele ou porque ele joga boliche mal ou porque suas calças não lhe caem bem? Eu sou muito mais informada do que...

PJ (interrompendo MS): Talvez você seja uma exceção. A maioria dos adolescentes de 17 anos de idade são...

MS (interrompendo o PJ): São o que? Como você termina essa sentença sem usar alguma pérola de preconceito por idade? Eu sou velha o bastante para ser mãe ou para realizar um aborto e essa é uma decisão bem mais complicada e difícil do que marcar uma célula eleitoral baseado somente em se há um D ou um R ao lado do nome de um candidato, que é o que a maioria das pessoas faz. Quer dizer, você quer me dar um teste? Me fazer ter aulas? Me fazer ganhar meu direito para votar? Tudo bem, eu faço! Mas não diga apenas “não pode porque você tem 17 anos”. Joana D’Arc liderou um exército aos 17 anos de idade e eu sou mais bonita, bem mais bonita, que ela (tradução livre)<sup>32</sup>.

A acusação fez alegações finais ressaltando a necessidade de punição da jovem, em particular destacando que a lei se justifica pela impulsividade juvenil, uma vez o próprio ato de Marlena destaca essa impulsividade já que ela não pode esperar apenas mais um ano para votar. A defesa fez eco das palavras da jovem, afirmando que o fundamento da

---

32 BOSTON LEGAL. Escrito por: Corinne Brinkerhoff, Sanford Golden, Karen Wycarver e David E. Kelley Produção: 20th Century Fox Television e David E. Kelley Productions. 5ª temporada, episódio 02, 2008, 6 DVD video, stereo, color, full frame.

lei não se justifica perante uma juventude com o acesso à informação como a atual possui. Cabe ao juiz resolver a questão. Como resolvê-la? Como resolver este caso está diretamente correlacionado com a teoria da decisão a ser utilizada.

#### 4.1 O Direito como integridade de Dworkin

Na solução do caso, seguindo a teoria do direito como integridade de Dworkin, primeiro é **preciso** considerar quais são os argumentos de princípio que envolvem a questão. Para Dworkin toda a decisão judicial precisa ser amparada por princípios<sup>33</sup>, padrões de comportamento que devem ser observados por representarem alguma dimensão da moralidade, da justiça ou da equidade, sem ser relevante o impacto econômico, político ou social de sua realização, ao contrário de políticas, que são padrões a serem observados para alcançar uma melhoria na área econômica, política ou social de uma comunidade<sup>34</sup>.

Reconhecer que o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, permite a Dworkin defender que compete ao juiz “[...] descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente [...]”<sup>35</sup> e afastar a discricionariedade judicial em sentido forte, superando o modelo positivista tradicional defendido por Hart, que é o maior representante da compreensão tradicional do positivo, um dos principais alvos de crítica de Dworkin<sup>36</sup>. Essencialmente, a função de uma teoria da decisão judicial é “(...) estipular limites para a atuação do Judiciário, sob o risco de se viver em uma ditadura do Judiciário, que

33 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 419-424.

34 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

35 *Ibid.*, p. 127.

36 MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Henning. A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: a teoria de Hart e as críticas apontadas por Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 4, jan./abr. 2019, p. 49-69. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v20i1.1349>, p. 50.

acaba tomando decisões centrais para o governo do país sem possuir uma legitimidade democrática para tanto”<sup>37</sup>.

Para Dworkin não basta reconhecer que argumentos de princípios devem prevalecer em todas as decisões judiciais, também é necessário que a integridade seja percebida como uma das grandes virtudes que permeiam a construção de uma sociedade política, ao lado da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo.

Ao materializar a integridade na decisão judicial, nasce a garantia dos litigantes “[...] de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos [...]”<sup>38</sup>. Para que tal proposição se compreenda, o juiz deve atuar como o escritor de um romance em cadeia ao reconhecer que tem a obrigação de criar em conjunto um romance único da melhor qualidade possível<sup>39</sup>.

Feita essa breve explanação do direito como integridade, volta-se à análise do caso: uma menor de idade falsifica um documento para poder votar e coloca na internet um vídeo ensinando outros menores a fazer o mesmo. Duas questões emergem: 1) a menor tem direito ao voto?; 2) pressupondo que não pode votar, a menor deve ser punida pelo que fez?

Na perspectiva de Dworkin, para responder a essas questões é fundamental compreender se há algum princípio que é importante para a decisão. Claramente há: o pressuposto democrático é fundamental na questão. O direito de participação democrática é um princípio essencial para a compreensão do direito como integridade.

37 PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O Casamento Homoafetivo no Brasil: as visões Procedimentalista e Substancialista. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 23, p. 1155-1190, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n3.p1155-1190>, p. 1157.

38 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 263.

39 *Ibid.*, p. 276.

Quando define as condições para uma democracia constitucional, Dworkin faz a distinção entre condições estruturais e condições relacionais<sup>40</sup>. O caso fictício se passa nos Estados Unidos, onde as condições estruturais são preenchidas (há um processo histórico que produz um território que é estável e reconhecido como tal pela comunidade). Ao analisar as condições relacionais, Dworkin defende a existência de três<sup>41</sup>: (1) que estabeleça condições para que os membros da comunidade possam tomar a decisão, o que é resolvido com o sufrágio universal e eleições efetivas, com a garantia da liberdade de expressão e opinião, o que ocorre; (2) que seja compartilhado pelos membros da comunidade uma preocupação com os interesses de todos os membros da comunidade, permitindo a proteção dos direitos de minorias contra eventuais maiorias eleitorais, requisito que também é preenchido; e (3) a necessidade de uma independência moral, onde indivíduos da comunidade possam se perceber como parceiros de uma empreitada coletiva.

O último é o aspecto fundamental para a questão em análise: ao se questionar se a idade mínima de 18 anos viola o princípio democrático, o que se pergunta é se uma pessoa com idade inferior a 18 anos tem independência moral que permita a ela se perceber como membro responsável da comunidade.

Identificada a questão de princípio que define o problema, impõe-se analisar a questão da integridade. Pressupondo que o juiz não encontra nenhum outro caso semelhante ou outra regra específica para a questão e que o parâmetro jurídico mais próximo é a maioria civil e penal também atingida aos 18 anos.

Há uma divergência clara de opiniões quanto a qual é a idade mínima para votar, o juiz sabe disso. Entretanto, a idade de 18 anos não é desarrazoada, nem é contraditória com o resto do ordenamento

---

40 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 24.

41 *Ibid.*, p. 24 e 25.

jurídico analisado. Além disso, apesar de ambos serem autores do romance em cadeia, o Judiciário e o Legislativo atuam com poderes e responsabilidades diferentes<sup>42</sup>. O juiz, por não possuir responsabilidade direta perante os eleitores, deve dar “(...) maior reverência às decisões políticas pretéritas tomadas no nível de outros poderes, sujeitos a maior grau de responsabilização”<sup>43</sup>. Com essas considerações, o juiz não estaria autorizado a reconhecer como preexistente o direito de Marlena a votar aos 17 anos.

Isso conduz à segunda questão, a garota deve ser punida pelo que fez? A questão da punição exige um pouco mais de trabalho para ser analisada: é necessário verificar outras situações de desobediência civil e todo o ordenamento jurídico relativo ao tratamento dessas situações. Essa análise extrapola o escopo deste trabalho, mas ao considerar o princípio que norteou as atitudes da jovem, o fato de ela ser ré primária e ter bons antecedentes permitiriam que ela ou não fosse punida ou sofresse uma punição relativamente leve para o ato (a depender dos precedentes presentes no ordenamento em questão). Uma punição severa também violaria o direito como integridade.

O direito como integridade impõe fronteiras claras sobre o que o juiz não pode decidir (como reconhecer o direito de voto a menores de 18 anos), mas não engessa a decisão a um processo interpretativo meramente subsuntivo. Este posicionamento serve como um parâmetro de comparação com a proposta de desconstrução transcendental elaborada pelo fundador dos CLS.

---

42 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 377.

43 MACHADO, Igor Suzano. Dworkin e os desafios contemporâneos à Epistemologia do Direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 4, 2008, p. 147-167. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/11>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i4>, p. 161.

#### 4.2 A desconstrução transcendental de Balkin

Para analisar a proposta de Balkin, é imperioso compreender que a principal dificuldade em utilizar a desconstrução como um elemento de justificação da tomada de decisão judicial é que o resultado final do processo de desconstrução é a criação de uma nova correlação entre os elementos compostos na *nested opposition*. E não há como impedir que essa nova relação também possa ser desconstruída. O processo desconstrutivista pode continuar *ad infinitum*. A questão então é: quais os limites? Quando a desconstrução deve parar?

Para Balkin, a desconstrução transcendental rejeita a ideia de que as palavras, enquanto signos, possam ter qualquer significado. O espectro de significados das palavras é indefinido, não infinito. Como já se viu no primeiro tópico deste trabalho, ao analisar a *nested opposition* criada pelos signos “caveira e ossos” e “veneno”, a desconstrução permite uma ampliação do conjunto de significados, mas também os limita. A “caveira e ossos” pode representar risco de morte, estabelecido pela quantidade de pessoas que acabam mortas, ou o inevitável risco de morte decorrente do consumo, mas não serve como signo de boa saúde, por exemplo.

Ao se reconhecer um número limitado de significados possíveis, faz-se necessário estabelecer um padrão para definir qual significado deve ser escolhido. É exatamente isso que Dworkin faz ao criar a necessidade de fundamentação com base em princípios e não em políticas; e ao compreender a integridade como um valor político que deve ser respeitado.

Para Balkin a questão central que guia a desconstrução transcendental é um sentido de justiça transcendental. Esse conceito de transcendental não advém da divisão de mundo das ideias e do mundo das coisas típico do pensamento platônico. Transcendental deve ser compreendido como os valores ou necessidades que a alma humana

busca ao articular a positivação moral e as convenções culturais, mesmo reconhecendo que tais valores sempre escapam a essa articulação.

Um exemplo bastante útil para explicar a diferença é a questão da régua e do projeto de arquitetura. Quando se imaginam os valores em um pensamento platônico, esses valores são uniformes, imutáveis e se aplicados a um caso concreto, poder-se-ia fazer uma medição com uma régua imaginária do que extrapolou ou faltou conforme o conceito platônico de justiça<sup>44</sup>.

A compreensão de Balkin é que os valores não existem fixos, ao contrário eles devem ser compreendidos como a constante necessidade de avaliar. Os valores não são, eles vão, constante e ininterruptamente, sendo reestudados, reavaliados e remodelados. Em um caso concreto, não se pode medir os valores e a sua compreensão, a resolução de um caso deve ser entendida como um projeto de arquitetura: pode oferecer bases para o futuro, com constantes necessidades de pequenas mudanças e eventuais necessidades de deitar tudo abaixo e recomeçar do zero<sup>45</sup>.

Essa nova compreensão difere da platônica basicamente em dois pontos. Primeiro, abre a possibilidade para um número indeterminado (ainda que finito) de interpretações acerca de um valor, ao contrário da única interpretação possível no caso platônico. Segundo é que todas as tentativas concretas de articular um valor iram necessariamente falhar, não por se tratar da cópia imperfeita de um modelo existente em outro mundo (justificativa platônica para a falha), mas porque a alma humana constantemente busca por novos significados (daí a origem imanente, emana de dentro do homem para fora), o que torna impossível uma articulação definida suprir uma demanda infinita (o que

---

44 BALKIN, Jack M. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. Faculty Scholarship Series. Paper 272.* 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272). Acesso em: 13 dez. 19, p. 12.

45 *Ibid.*, p. 12 e 13.

torna transcendente, já que para entender o valor é preciso transcender o conceito articulado no caso concreto)<sup>46</sup>.

Na desconstrução transcendental, a desconstrução dos significados é feita com um objetivo claro: não a destruição de qualquer conceito, mas sim a destruição de determinados conceitos e hierarquias na busca de uma melhor ordem dentro de uma compreensão de justiça transcendental<sup>47</sup>. E é esse o limite da desconstrução, é aqui que a desconstrução deve parar: quando reconstrói a compreensão de maneira melhor – segundo a opinião do autor da desconstrução, que escolhe o momento da paragem<sup>48</sup>.

Balkin reconhece que a desconstrução pode ser usada para outros fins que não a melhoria da ordem existente – como a limitação de direitos e a criação de discriminações injustas – mas essa é a desconstrução niilista, que assume os textos como possuindo infinitos significados e não tem o objetivo de tornar um conceito mais justo<sup>49</sup>. Por muito que isso possa parecer uma falha da teoria, é importante ressaltar que toda a teoria da decisão judicial é proposta de autocontenção do Judiciário e toda a proposta de autocontenção pressupõe um juiz que esteja interessado em cumprir os objetivos apresentados na teoria. O próprio Dworkin reconhece que um juiz malicioso poder usar o direito como integridade para disfarçar uma decisão discricionária<sup>50</sup>.

Reconhecer a possibilidade de um juiz agir de má fé não é uma falha na teoria da decisão judicial, é sim um risco presente em toda realização do Direito. Se a intenção for apontar uma falha pelo juiz agir de má fé, esta estaria no processo de seleção dos membros do judiciário.

---

46 Ibid., p. 12 e 13.

47 Ibid., p. 14.

48 BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990, p. 765.

49 BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272). Acesso em: 13 dez. 19, p. 18 e 19.

50 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 283 e 284.

Para compreender o significado de justiça transcendental é fundamental entender sua relação com a responsabilidade. A questão é que ser justo é ter responsabilidade, ou seja, é ser capaz de responder por um acontecimento<sup>51</sup>. Só que para ser justa, a resposta tem de ser dada na língua do outro – o que é claramente impossível: o máximo que pode ser feito é tentar compreender a linguagem do outro através de sua própria linguagem, em uma espécie de tradução (que como toda tradução é imperfeita)<sup>52</sup>.

Para que uma resposta justa seja encontrada é necessário que a situação seja compreendida em toda a sua singularidade e que se faça um esforço para entender o ponto de vista do outro<sup>53</sup>. A possibilidade de compreender uma situação em toda a sua singularidade parte de um pressuposto impossível: o juiz do caso deve conhecer toda a informação contextual concernente à situação<sup>54</sup>.

Dada essa impossibilidade, o juiz tem de atuar comparando a situação com casos similares, tentando buscar um meio termo entre a ideia de que não existem casos iguais (ou seja, que as diferenças entre os casos são tão grandes que a comparação é quase impossível) e a ideia de que todos os casos são iguais (ou seja, que a diferença entre os casos é tão insignificante que estabelecer uma distinção significativa entre os casos é quase impossível)<sup>55</sup>. Como no momento de parar a desconstrução, a decisão de qual é o limite de semelhança e diferença entre dois casos só pode ser feita em concreto e depende inteiramente do juiz<sup>56</sup>.

Aqui há uma clara aproximação entre a proposta de Balkin e as etapas da interpretação de Dworkin, uma vez que os precedentes

---

51 BALKIN, Jack M. *Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. Faculty Scholarship Series. Paper 272.* 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272). Acesso em: 13 dez. 19, p. 33.

52 *Ibid.*, p. 34.

53 *Ibid.*, p. 35.

54 *Ibid.*, p. 39.

55 *Ibid.*, p. 36-38.

56 *Ibid.*, p. 39.

ganham importância na ordem de compreensão e fundamentação da decisão judicial. A diferença, contudo, é que Balkin concede ao julgador maior liberdade na escolha entre as jurisprudências relevantes e sua relação como caso a ser julgado. O discurso da responsabilidade – e a necessidade de ser capaz de responder por suas escolhas – vem intimamente ligado a esta liberdade aumentada.

Contudo, a responsabilidade da tradução não se limita ao judiciário: as partes também devem tentar compreender a posição de seus adversários através do ponto de vista da outra parte. O agressor deve tentar entender o sofrimento que causou à vítima pela percepção que a vítima teve do sofrimento, da mesma forma que a vítima deve entender o ato de agressão pela compreensão do agressor (até o limite de que essa compreensão cause danos a si próprio – a fim de evitar o que o autor chama de “hermeneutica masoquista”)<sup>57</sup>.

Aqui a dificuldade do limite surge novamente: como essa responsabilidade de compreender a posição do outro é indefinida, não infinita, há um momento em que se deve parar de compreender o outro e entender que a posição do outro é errada e não deve mais ser considerada. Mais uma vez essa ponderação só pode ser feita caso a caso e depende da pessoa que faz a ponderação<sup>58</sup>.

Compreendida a questão da justiça transcendental, da responsabilidade e da resposta a ser fixada em um processo de tradução para com o outro, pode-se retornar ao caso de Marlena. O que compete ao juiz decidir nessa questão?

É necessário compreender a motivação da jovem o que torna seu depoimento uma peça central. É plenamente possível que ao analisá-lo o juiz perceba estar diante de uma pessoa extremamente bem informada, engajada e preocupada com o futuro de sua nação, que compreende

---

57 Ibid., p. 43 a 45.

58 BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272). Acesso em: 13 dez. 19, p. 46.

diversas questões de interesse público muito melhor do que pessoas desinteressadas por política, mas que têm o direito ao voto.

Nesse sentido, o juiz pode reconhecer que a idade de 18 anos para votar é arbitrária e, dessa forma, injusta. Basicamente o juiz rejeita a ideia de que ao atingir 18 anos, e apenas ao atingir essa idade, todas as pessoas, por um passe de mágica, saem das sombras da desinformação política e passam a pensar no futuro da comunidade onde vivem.

Com essa fundamentação, a desconstrução permite que o juiz reconstrua a norma, dando o direito ao voto à adolescente de 17 anos, evitando assim o cometimento de uma injustiça. Regra essa que pode ser estendida a outros adolescentes que demonstrem essa compreensão e engajamento político, por exemplo, através de um teste.

Essa decisão, tão diferente das propostas por Dworkin, serve para apontar a diferença da abordagem conservadora presente no direito como integridade da função libertadora que advém dos estudos jurídicos amparados por uma teoria crítica<sup>59</sup>.

Apesar da resposta acima ser perfeitamente aceitável dentro do método desconstrutivista, nada impede que a desconstrução continue. O juiz pode continuar ponderando que é injusto que Marlena Schmidt não possa votar, contudo também é injusto que ele tome uma decisão que compete ser tomada pela comunidade enquanto entidade política (através de seus representantes eleitos para o Poder Legislativo). Dessa forma, a solução pode coincidir com a decisão que foi encontrada no direito como integridade, ao não reconhecer à menina o direito de votar, mas reconhecer que puni-la por esse ato seria injusto.

Ainda mais, pensando especificamente no comportamento da ré ao divulgar o vídeo, a decisão pode reconhecer a responsabilidade da menina e puni-la, ainda que de maneira leve, para compor o eventual prejuízo causado pelo vídeo. Essas duas hipóteses de decisão se

---

59 BALKIN, Jack M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMKC L. Rev.*, v. 55, p. 392-433, 1987, p. 431-432.

assemelham com as encontradas com a utilização da teoria do direito como integridade.

Mas nada impede que a desconstrução continue, assim o juiz pode se afastar dos limites encontrados com a teoria de Dworkin e aplicar uma punição severa à jovem Schmidt, ao considerar o prejuízo potencial causado pelo vídeo, em especial se este se tornar viral.

Como não há um fim predeterminado para a desconstrução, o juiz pode ir para um caminho diferente: sensível aos argumentos apresentados por Marlena, pode entender que é efetivamente injusto que uma pessoa de 17 anos, mas interessada e engajada, não possa votar, enquanto um analfabeto político pode. No lugar de criar um teste para permitir que menores de idade votem (como na primeira decisão), pode excluir de uma vez todo e qualquer critério correlacionado com a idade e estabelecer que o teste é o elemento essencial para autorizar a votação, sendo exigível para todos – não apenas para os menores de 18 anos.

A reestruturação de argumentos pode continuar até se concluir, por exemplo, que sendo inviável a criação de uma prova para toda a população votar, fixe a exigência de um curso de graduação ou pós-graduação especificamente relacionado com ciências políticas para autorizar a votação, dessa forma estabelecendo a melhor garantia possível que as questões de interesse público serão compreendidas pelos que têm capacidade para votar.

É importante destacar que nenhum desses processos de desconstrução tem o caráter niilista que é criticado por Balkin. Todos se pautam em uma compreensão distinta, e pessoal de cada juiz, sobre o que é melhor para a comunidade. Todos os juízes consideraram a justiça e responsabilidade transcendental, foram mesmo motivados por ela.

Uma vez que todos os textos são passíveis de serem desconstruídos, a justificativa para começar e terminar com o processo desconstrutivista é sempre a busca por uma ratificação ou melhoria

dentro do ordenamento jurídico, mesmo que essa nova concepção possa ela mesma ser desconstruída<sup>60</sup>, dessa forma, a desconstrução termina quando o agente responsável por ela acredita ter alcançado um nível de esclarecimento com a situação que ele considere suficiente, escolha que está diretamente correlacionada com os valores morais e políticos do desconstrutor (lembrando que mesmo essas perspectivas morais e políticas podem ser alteradas pela desconstrução realizada)<sup>61</sup>.

É claro que a desconstrução transcendental enquanto processo de decisão judicial impõe limites à atuação do Judiciário: não foi por acaso que os exemplos de decisão para o caso de Marlena não envolveram as condições econômicas da menina, qualquer tipo de limitação que envolvesse diretamente essas condições extrapolaria os limites da justiça transcendental.

Apesar disso, todo argumento desconstrutivista deve ser entendido nos termos de sua particularidade e seletividade, uma vez que todo argumento desse tipo tem uma escolha do que é desconstruído e do que não é examinado e de quando a desconstrução começa e termina, escolhas essas que são definidas por interesses ou ideologias pessoais<sup>62</sup>. Logo, se a intenção é garantir algum tipo de previsibilidade para a decisão judicial, impedindo o arbítrio do juiz, o método desconstrutivista proposto por Balkin simplesmente não é eficaz: o processo de desconstrução é entregue ao juiz de tal maneira que sua opinião pessoal é mais importante do que as predições do ordenamento jurídico.

Uma metodologia tem a intenção de responder aos problemas que pesquisadores enfrentam<sup>63</sup>. O problema da teoria da decisão judicial

---

60 BALKIN, Jack M. Being just with deconstruction. *Social & Legal Studies*, v. 3, n. 3, p. 393-404, 1994b, p. 395.

61 *Ibid.*, p. 399.

62 *Ibid.*, p. 399 e 400.

63 LARANJA, Anselmo Laghi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Fenomenologia de Edmund Husserl e Direito: caminhos e obstáculos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 189-212, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr>

é a limitação do arbítrio do juiz para a garantia de uma segurança jurídica. O método desconstrutivista proposto por Balkin falha enquanto um método para a teoria da decisão judicial justamente entregar ao juiz, em um nível amplamente pessoal, toda a capacidade de escolher o que é uma sociedade melhor, ainda que o arbítrio possa ser dosado pela responsabilidade da justificativa, a amplitude da possibilidade de respostas é grande demais para qualquer pressuposto de segurança jurídica.

## 5 Considerações finais

O reconhecimento de que a linguagem se organiza em uma estrutura própria, que não é natural, mas é tratada como tal, permite e possibilita a realização da inversão de hierarquia naturalizada para a construção de uma nova estrutura de significados. Quando se vai discutir se o maço de cigarros deve portar o símbolo da caveira e ossos, a desconstrução nos permite compreender se o perigo se encontra pela mera utilização do cigarro (como no caso do veneno) ou se o perigo é só o risco potencial pela utilização excessiva (como no caso do consumo de alimentos gordurosos) ou se a discussão pelo símbolo da caveira e ossos não é só uma artimanha política para ganhar votos, sem uma preocupação real com os problemas da sociedade.

Esse movimento de desconstrução, organizado por Derrida, foi trazido para o direito pelo movimento da teoria crítica, especialmente pelos CLS, como uma ferramenta de análise da realidade jurídica que permite reconhecer e ponderar sobre contradições presentes nessa realidade que seriam, de outra maneira, imperceptíveis. E o grande problema de não se enxergar uma contradição existente é que nada pode ser feito para mudá-la.

Ao apontar que determinada fundamentação jurídica – como a justificativa do ativismo judicial ou a distinção entre gênero e sexo –

é uma construção cultural com viés político intimamente ligada com uma cultura ideologicamente motivada, o CLS usa a desconstrução para apontar injustiças presentes no ordenamento e exigindo que tais relações sejam repensadas.

A desconstrução serve ao Direito enquanto forma crítica de demonstrar que determinada prática jurídica é injusta, seja em sua formulação, seja em sua materialização. Nesse sentido a utilização da desconstrução no Direito está intimamente ligada com a busca da justiça.

Entretanto, quando a discussão se correlaciona com a teoria da decisão, o pressuposto é que haja uma limitação à capacidade de atuação do Judiciário. Em comparação com o Direito como Integridade de Dworkin, a desconstrução transcendental proposta por Balkin como método de decisão judicial abre um espectro de possibilidades de decisão muito amplo que, apesar de ser limitado, acaba por nublar a distinção entre atuação judicial legítima e discricionariedade.

A alteridade permite a criação de um processo ético que envolve não apenas o reconhecimento de outros, mas também um imperativo ético que envolve não apenas o questionamento das próprias crenças, mas também compreender a situação e pontos de vista do outro. Esse posicionamento ético, tipicamente pós-estruturalista, é espetacular para embasar uma teoria que tenha a intenção de forçar o repensar evolutivo de posicionamentos jurídicos calcificados por anos de tradição, ideologia e preconceito. Mas é insuficiente para agir como base última de uma teoria da decisão judicial, ao menos enquanto a segurança for um dos objetivos do Direito.

Na verdade, compreender a desconstrução como um método e, mais do que isso, um método possível para a legitimidade da decisão judicial – como Balkin fez – talvez seja a maior marca da influência ideológica da qual os juristas não conseguem se afastar, indicando que

a influência do pensamento estruturalista é tão grande no Direito que subordina mesmo o pensamento pós-estruturalista<sup>64</sup>.

## Referências

ASIMOW, Michael. MADER, Shannon. *Law and Popular Culture A Course Book*. 2. ed. New York: Peter Lang Publishing, 2013.

BALKIN, Jack M. Being just with deconstruction. *Social & Legal Studies*, v. 3, n. 3, p. 393-404, 1994b.

BALKIN, Jack M. Deconstruction. In: *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*. Dennis Patterson (ed.). 2. ed. West Sussex: Wiley-Blackwell, 1996.

BALKIN, Jack M. Deconstructive Practice and Legal Theory. *Yale Law Journal*, v. 96, p. 743-786, 1987.

BALKIN, Jack M. Nested Oppositions. *Yale Law Journal*, v. 99, p. 1669-1705, 1990.

BALKIN, Jack M. Taking Ideology Seriously: Ronald Dworkin and the CLS Critique. *UMKC L. Rev.*, v. 55, p. 392-433, 1987.

BALKIN, Jack M. Transcendental Deconstruction, Transcendent Justice. *Faculty Scholarship Series*. Paper 272. 1994a. Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/272](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/272). Acesso em: 13 dez. 2019.

BOSTON LEGAL. Escrito por: Corinne Brinkerhoff, Sanford Golden, Karen Wycarver e David E. Kelley Produção: 20th Century Fox Television e David E. Kelley Productions. 5ª temporada, episódio 02, 2008, 6 DVD video, stereo, color, full frame.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 87.858/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Pleno. Brasília, 03.12.2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891> . Acesso em: 13 dez. 2019.

---

64 SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005, p. 748 et seq.

BUSSINGER, Elda Coelho de Azevedo. Ensino Jurídico e Aprendizagem significativa: uma tentativa de compreensão da Tragédia, do Direito e da Justiça a partir de uma abordagem fenomenológica. In: MIGUEL, Paula Castello; OLIVEIRA, Juliana Ferrari de (Org.). *Estratégias Pedagógicas Inovadoras no Ensino Jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, v. 2, p. 55-84.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble: Feminism and the subversion of identity*. Nova York: Routledge, 1990.

CORNELL, Drucilla. *The philosophy of the limit*. Nova York: Routledge, 1992.

DERRIDA, Jacques. A estrutura, o signo e o jogo no discurso das ciências humanas. *A escritura e a diferença*. v. 2, p. 229-249, 1971.

DERRIDA, Jacques. *A voz e o fenômeno: introdução ao problema do signo na fenomenologia de Husserl*. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

DERRIDA, Jacques. *Mal de arquivo: uma impressão freudiana*. Trad. Claudia de Moraes Rego. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

DERRIDA, Jacques. *Margens da filosofia*. Tradução: Joaquim Torres Costa, António M. Magalhães. Campinas: Papyrus, 1991.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRIEDRICHS, David O. Narrative Jurisprudence and Other Heresies: Legal Education at the Margin. *Journal of Legal Education*, Durham, v. 40, mar. 1990, Disponível em: <https://search.proquest.com/docview/1290644207/fulltextPDF/ED05914AD34B4EFDPQ/1?accountid=39703> . Acesso: 13 dez. 2019.

HUNT, Alan. The theory of critical legal studies. *Oxford J. Legal Stud.*, v. 6, p. 1-45, 1986.

LARANJA, Anselmo Laghi; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Fenomenologia de Edmund Husserl e Direito: caminhos e obstáculos. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 189-212, abr. 2018. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/57291>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v63i1.57291>.

MACHADO, Igor Suzano. Dworkin e os desafios contemporâneos à Epistemologia do Direito. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 4, 2008, p. 147-167. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/11>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v0i4>.

MORAES, Maria Valentina de; LEAL, Mônica Clarissa Henning. A discricionariedade judicial e a definitividade da decisão judicial: a teoria de Hart e as críticas apontadas por Dworkin. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 20, n. 4, jan./abr. 2019, p. 49-69. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1349>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v20i1.1349>.

MOREIRA, Nelson Camatta. *Direitos e Garantias Constitucionais e tratados internacional de direitos humanos*. Belo Horizonte: Forum, 2012.

MOREIRA, Nelson Camatta; TOVAR, Leonardo Zehuri. Ativismo judicial e resposta correta: análise crítica de fundamentos consequencialistas em Direito Tributário. *Derecho y Cambio Social*, v. 41, p. 1-16, 2015.

PETERS, Michael. *Pós-estruturalismo e filosofia da diferença*. Tradução: Tomaz Tadeu da Silva. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

PINHEIRO, Priscila Tinelli; PEPINO, Emanuel José Lopes; COURA, Alexandre de Castro. O Casamento Homoafetivo no Brasil: as visões Procedimentalista e Substancialista. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)*, v. 23, p. 1155-1190, 2018. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/13770>. Acesso em: 13 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v23n3.p1155-1190>.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Trad. de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 1999.

SCHLAG, Pierre. A brief survey of deconstruction. *Cardozo L. Rev.*, v. 27, p. 741-752, 2005.

SPANN, Girardeau A. A Critical Legal Studies Perspective on Contract Law and Practice. *Ann. Surv. Am. L.*, p. 223-257, 1988.

THANK YOU FOR SMOKING. Escrito por: Christopher Buckley e Jason Reitman. Dirigido por: Jason Reitman. Produção: David O. Sacks e Edward R. Pressman. 2006, 1 DVD video, stereo, color, full frame.

# IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

## IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ARGENTINO

Gonzalo Salerno<sup>1</sup> 

<sup>1</sup>Universidad Nacional de Catamarca (UNCA), Catamarca, Argentina.  
Doutor em Direito. E-mail: gonzalosalerno@hotmail.com

**Resumen:** Desde hace muchos años en Argentina, y en general en Latinoamérica, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruenta vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad. La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural. El constitucionalismo social propone que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que sin igualdad de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa. El derecho constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, ha ampliado y fortalecido el ideal de igualdad y el principio de no discriminación, con perspectiva estructural y una mirada más sensible a las necesidades sociales de inclusión. En este nuevo paradigma el art. 75 inc. 23 aporta elementos muy importantes promoviendo la implementación de medidas de acción positiva, a los fines de intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente discriminados de nuestra sociedad. A 25 años de la reforma constitucional corresponde realizar un análisis reflexivo de esta preocupante realidad.



DOI: 10.20912/rdc.v15i35.3314

Autores convidados

**Palabras clave:** Igualdad y no discriminación. Desigualdad estructural. Acciones positivas.



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

**Abstract:** For many years in Argentina, and in general in Latin America, there is a reality of chronic poverty and dramatic social inequality, manifesting constant discriminatory structural practices that constitute a permanent and bloody violation, on a large scale, of fundamental rights for life in society. Discrimination can generate or consolidate inequitable realities and, at the same time, the greater the social inequality the greater the propensity for certain excluded and vulnerable groups to be much more relegated, accentuating the structural inequality. Social constitutionalism proposes that the State should not remain impassive waiting for the market to generate conditions of real equality. It must abandon its abstentionist and indifferent role, and actively commit to remove the structural obstacles of an economic, cultural and social nature that impede the effective enjoyment of rights. The conviction is assumed that without equalizing the social conditions of existence, the alleged equality before the law is utopian and / or misleading. Argentine constitutional law, since the 1994 reform, has expanded and strengthened the ideal of equality and the principle of non-discrimination, with a structural perspective and a more sensitive look at the social needs of inclusion. In this new paradigm art. 75 inc. 23 provides very important elements promoting the implementation of positive action measures, in order to try to reduce inequalities and protect historically discriminated groups in our society. After 25 years of the constitutional reform, a reflective analysis of this worrisome reality must be made.

**Keywords:** Equality and non-discrimination. Structural inequality. Positive actions.

## **1 Discriminación y desigualdades desde una mirada estructural. Reflexiones iniciales**

La pobreza, la desigualdad e inequidad social, las múltiples manifestaciones de prácticas discriminatorias, la exclusión de muchas personas al efectivo goce y ejercicio de derechos humanos, la insatisfacción de necesidades jurídicas básicas, constituyen preocupaciones fundamentales del Derecho Constitucional Latinoamericano en los últimos tiempos.

La discriminación frecuente y sistemática, en sus diversas maneras y modos de manifestarse, provoca graves daños al tejido social, configurando no solamente una violación a principios y derechos constitucionales y convencionales esenciales del ser humano, sino también importa una agresión contra individuos o grupos sociales y, en definitiva, contra todo el sistema constitucional y democrático de gobierno.

Desde hace muchos años en nuestro país, y en general en Latinoamérica, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruda vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad.

La CIDH considera que la pobreza constituye un serio problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. En determinados supuestos, implica además violaciones de derechos humanos que pueden ser atribuidas a la responsabilidad internacional del Estado<sup>1</sup>.

Para la CIDH, teniendo en cuenta los estudios de CEPAL, en 2015 la pobreza habría crecido 4,1% respecto al año anterior. La tendencia es más que alarmante. La región estaría caminando en sentido contrario a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030), aprobado por Naciones Unidas, cuya meta número 1 es erradicar la pobreza. Las cifras sobre 2016 y 2017 aún están siendo sistematizadas, pero cabe referir que otros organismos como la FAO y el PNUD, también han manifestado preocupaciones similares<sup>2</sup>.

---

1 CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

2 América Latina y el Caribe representa la región más desigual del mundo. Diez de los quince países más desiguales del planeta son Latinoamericanos. Ciento setenta y cinco millones de personas son pobres. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>. CIDH: Informe sobre pobreza 2017.

La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural.

Para Bidart Campos: “la postración desigualitaria es uno de los peores enemigos para el sistema de derechos”. Considera el autor que una sociedad es desigualitaria cuando hay estratificaciones sociales muy endurecidas o rígidas que traban la movilidad social, cuando tiene poblaciones marginales en situaciones de pobreza extrema, miseria, insalubridad, analfabetismo, carencia de bienes elementales para sus necesidades, cuando no existe la igualdad de oportunidades<sup>3</sup>.

Teniendo en cuenta el uso y significado pertinente a la tutela antidiscriminatoria y el sentido normativo-valorativo<sup>4</sup> que, consideramos, debe ser el seleccionado de acuerdo a nuestros fines, citamos el aporte conceptual de Rabossi. El autor considera que: “discriminar supone adoptar una actitud o llevar a cabo una acción prejuiciosa, parcial, injusta, o formular una distinción que, en definitiva, es contraria a algo o a alguien. Discriminar es practicar un tratamiento desigual que no resulta admisible<sup>5</sup>”.

La Constitución Argentina, la Convención Americana, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contienen una definición explícita del concepto de “discriminación”. Así, tomando como base las definiciones establecidas en el Art. 1.1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

- 
- 3 BIDART CAMPOS, Germán: *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Bs. As., 1991, p. 292ss.
  - 4 MAURINO, Gustavo: “Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes”, en “*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
  - 5 RABOSSO, Eduardo en: “*El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*”. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 50ss.

Formas de Discriminación Racial y el Art. 1.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Humanos la ha definido como:

toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas

Según INADI, las conductas sociales discriminatorias pueden consistir en acciones tales como:

a) Crear y/o colaborar en la difusión de estereotipos de cualquier grupo humano por características reales o imaginarias, sean éstas del tipo que fueren, sean positivas o negativas y se vinculen a características innatas o adquiridas.

b) Hostigar, maltratar, aislar, agredir, segregar, excluir, marginar a cualquier miembro de un grupo humano del tipo que fuere por su carácter de miembro de dicho grupo<sup>6</sup>.

Sostiene Sabsay que la discriminación, como conducta contraria al art. 16 de la Carta Magna Argentina, ha alcanzado a partir de la segunda mitad del siglo veinte una nueva y dramática vigencia<sup>7</sup>. Para el autor, la protección del derecho a no ser discriminado y la tutela de los grupos vulnerables, como derecho de tercera generación, se ha visto fortalecida a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de la figura del amparo colectivo, la inclusión de la cláusula 23 del art. 75 y las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>8</sup>. Avancemos para analizarlo con mayor profundidad.

6 INADI – APDH: *Discriminación*. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. de la República Argentina. 2008.

7 SABSAY, Daniel A.: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss.

8 SABSAY, Daniel: *La Argentina estructural*. Proyecto de políticas públicas para el

## 2 Reforma constitucional de 1994. La necesidad de incorporar la tutela colectiva

La reforma de 1994 fue la oportunidad constitucional propicia para la inclusión de una nueva categoría de derechos a la que pertenece el derecho al ambiente, los derechos del consumidor, de los usuarios de servicios públicos, el derecho al desarrollo humano, a una mayor y mejor participación democrática, a no ser discriminado, a la inclusión social, a la paz, a una calidad de vida digna, a la información, al patrimonio cultural, a la tecnología, a la justa distribución de la riqueza, a la eliminación de la pobreza estructural, etc.

Se ha dicho acertadamente que estos intereses tutelados resultan de un consenso en torno a valores que enlazan a los seres humanos a escala universal frente a amenazas también globales. Ya no estamos solamente frente a la presencia de necesidades o prerrogativas individuales dignas de protección constitucional, ni tampoco se tutela únicamente la función social de la persona en su rol de trabajador o de miembro de una familia, por ejemplo, sino que estamos además frente a derechos de “incidencia colectiva”, cuyo titular es la sociedad<sup>9</sup>.

El auge del neoliberalismo en el contexto de la mundialización de la economía profundizó la lógica de los extremos, acentuando las asimetrías sociales a escala global. Los avances muy acelerados de la informática, la tecnología y la comunicación; las transacciones comerciales electrónicas y el flujo de divisas; el protagonismo de las multinacionales<sup>10</sup>; los agresivos parámetros de producción, consumo y crecimiento económico; etc., fueron provocando directa e indirectamente su contracara: pobreza, desigualdad, desempleo, desintegración social, situaciones lesivas a los consumidores y usuarios, discriminaciones a

---

mediano y largo plazo. Justicia. EDICON. Bs. As. 2018, p. 85ss.

9 BAIGORRÍ, José Antonio: *Los Derechos Humanos*. Un proyecto inacabado”. Ediciones del Laberinto, España, 2001, p. 46ss.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis: *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 13 ss.

grupos vulnerables, alteraciones ambientales y puesta en peligro de la vida útil y funcionalidad de los recursos naturales y culturales, entre otras implicancias.

Según Bidart Campos, la tan esperada reforma respondió a esta realidad ampliando, actualizando y reforzando el núcleo ideológico de la CN, su sustrato axiológico. Se afianzó el constitucionalismo social, “*aggiornado*” con visiones modernas, en las que la comunidad toda y los colectivos sociales adquieren una dimensión fundamental, sin dejar de prestar atención a la persona individualmente considerada y al hombre en su rol y actuación social. Comenzamos a hablar de una nueva etapa del constitucionalismo, en su versión contemporánea, con vocación y mirada colectiva<sup>11</sup>.

Así, entonces, reconociendo el piso axiológico ya afirmado en las sociedades contemporáneas, que tiene origen en el liberalismo clásico de la Constitución originaria, adhiere definitivamente al constitucionalismo social, pero no solamente al de hace varias décadas, que se había introducido livianamente en 1957, sino además a este movimiento contemporáneo que se basa también en la solidaridad, la participación democrática, la justicia social y distributiva, la igualdad real de oportunidades, los derechos colectivos, etc<sup>12</sup>.

Además, ya no solamente será la CN la norma máxima en Argentina, sino que esa posición superior estará compartida con los instrumentos internacionales de derechos humanos que en el art. 75 inc. 22 se incorporaron expresamente. Por otra parte, se dispuso también la posibilidad de que luego el Congreso le asigne a otros Tratados y Convenciones sobre derechos humanos jerarquía constitucional<sup>13</sup>. Ello

---

11 GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Bs. As., 2005.

12 *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

13 Fueron incorporados, desde la reforma hasta la fecha: Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas; Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad; Convención Internacional sobre los

provocó un fortalecimiento del marco axiológico y una reconfiguración positiva del bloque de constitucionalidad federal<sup>14</sup>.

Por último, debe mencionarse la incorporación constitucional de la acción de amparo como herramienta de garantía para la tutela de los derechos colectivos. Con relación a lo que en esta oportunidad nos interesa puntualmente, destacamos lo dispuesto por el art. 43 en cuanto dispone que: "...podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general...".

### 3 Los nuevos paradigmas igualitarios en la Constitución Nacional

Prácticamente coincide la doctrina en reconocer que el tratamiento constitucional a la igualdad (originariamente art. 15 y especialmente art. 16 de la CN de 1853/60), ha sido considerablemente ampliado y enriquecido en los últimos años con los aportes de los arts. 14 bis (1957), 37, 43 y 75 incisos 17, 19 y 23 (1994)<sup>15</sup>. Debemos agregar los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados con jerarquía constitucional, que han contribuido significativamente a reforzar el plexo normativo en materia de tutela de este principio/derecho fundamental del constitucionalismo<sup>16</sup>.

Nos dedicaremos a analizar especialmente el art. 75 inc. 23, que establece: corresponde al Congreso... "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta

---

derechos de las personas con discapacidad.

14 BIDART CAMPOS, Germán J.: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Bs. As., 1995.

15 MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

16 Por ej.: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 2); Declaración Universal de DD. HH. (Arts. 1º y 7); Convención Americana sobre DD. HH. (Arts. 1.1., 1.2, 24); Pacto I. de DESC (Arts. 2.2, 3); Pacto I. de D. Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3, 24, 26, 27).

Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

El constitucionalismo social, como vimos, postula que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que sin igualación de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa<sup>17</sup>.

El principio de igualdad se vio fortalecido a partir de 1994. A través del art. 75 inc. 23 la CN promueve la implementación de medidas de acción positiva que deben atender preferentemente la situación de grupos identificados como especialmente sensibles y desaventajados, destinatarios de acciones que promuevan una mayor posibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Consideramos pertinente recurrir a un importante sector de la doctrina que, en los últimos años, ha comenzado a proponer la necesidad de un análisis, interpretación y aplicación de la igualdad con una mirada estructural y no solamente la óptica individual como venía prevaleciendo. Para Saba, la visión estructural se incorporó con el objetivo de comenzar a dar respuestas a la falta de acceso a derechos que padecen muchos grupos de personas debido a una práctica social compleja y sistemática, cargada de prejuicios y creencias, que desplaza a mujeres, discapacitados, indígenas u otros grupos excluyéndolos de empleos, funciones, actividades, espacios, servicios, etc.<sup>18</sup>.

---

17 ROSATTI, Horacio: *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, p. 169ss.

18 SABA, Roberto: *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.

El autor propone distinguir entre la idea tradicional de igualdad como no-discriminación y la igualdad como no-sometimiento. Consiste en la incorporación de una nueva estrategia, complementaria al ideal constitucional de igualdad, que permite la posibilidad de que el Estado realice distinciones y justifique la adopción de medidas tendientes a la búsqueda de una igualdad estructural, evitando la conformación o consolidación de grupos que excluyen sistemáticamente a otros impidiendo el goce y ejercicio de sus derechos.

Las dos miradas no se excluyen; todo lo contrario, se necesitan y, de algún modo, se complementan y monitorean una a la otra. A nosotros nos interesa concentrarnos, en esta oportunidad, en la estrategia que aconseja preocuparse por la desigualdad estructural y la subordinación sistémica que se observa de determinados grupos en situación de vulnerabilidad en nuestra sociedad. Y es el modelo que, como venimos mostrando, se ha pretendido plasmar en 1994<sup>19</sup>. El Estado, y los particulares, deberán evitar que por acciones u omisiones se consoliden o acentúen estas situaciones de subordinación y, además, deberán implementarse medidas que garanticen la disminución de las desigualdades.

Para Grosman, la igualdad real de oportunidades que contempló la CN a partir de la reforma es la igualdad estructural de oportunidades. Atiende a la estructura social y aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos<sup>20</sup>. Más que una faceta de la igualdad antidiscriminatoria, o una idea complementaria, para el autor es un paradigma más amplio y superador<sup>21</sup>. Es un

---

19 SALERNO, Gonzalo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

20 HOLMES – SUNSTEIN: *El costo de los derechos*. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.

21 GROSMAN, Lucas S.: *Escasez e Igualdad*. Los derechos sociales en la Constitución. LIBRARIA, Bs. As., 2008, pág. 79.

ideal social y colectivo de desarrollo humano, un mandato que fue incorporado en 1994<sup>22</sup>.

El Estado se propone no mantenerse neutral e indiferente ante la vulneración de derechos de las minorías desaventajadas. No debiera contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Deberá procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio, con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades<sup>23</sup>.

En este sentido, considera Cayuso que la norma que estamos analizando introdujo el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con el fin u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación<sup>24</sup>.

Para Freedman, según el esquema de tutela de la igualdad luego de la reforma de 1994, debe garantizarse que los grupos desventajados accedan de igual manera a la educación, a la enseñanza, al ejercicio de la función pública, a los cargos electivos, y participen de forma igual en las cuestiones públicas<sup>25</sup>.

Reafirma Maurino la valoración que venimos haciendo del cambio cualitativo consagrado en nuestra CN, en 1994. Destaca, por un lado, la incorporación explícita de la igualdad de oportunidades como valor constitucional y la correlativa habilitación de las acciones

---

22 ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

23 ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ, Magdalena: *Derecho a la igualdad*. Un análisis desde el método de casos. Advocatus, Córdoba, 2010.

24 CAYUSO, Susana en SABSAY, Daniel A.: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss.

25 FREEDMAN, Diego en. *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director). LA LEY. Bs. As. 2013.

afirmativas como medidas legítimas para neutralizar y rectificar situaciones, prácticas o patrones de desigualdad. Por el otro, la asignación de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos<sup>26</sup> y la inclusión de una vía procesal específica, como el amparo colectivo, para la tutela antidiscriminatoria<sup>27</sup>.

De la misma manera, el sistema interamericano no sólo propone una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación.

La CIDH ha sostenido que, de acuerdo con la normativa interamericana para garantizar la igualdad y el principio de no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de acción afirmativa y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho para la protección de quienes deben ser protegidos. Caso contrario, la omisión de medidas de acción afirmativa para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad del Estado<sup>28</sup>.

---

26 Además de las cláusulas antidiscriminatorias en los tratados generales de derechos humanos -que referimos- podemos destacar también aquellos instrumentos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que -por distintos motivos- han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación. Por ej.: la Convención sobre la eliminación de discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de discriminación contra las personas con discapacidad, la Convención Interamericana de protección de los adultos mayores. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

27 MAURINO, Gustavo: *Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes*, en “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

28 La CIDH ha analizado situaciones de discriminación estructural y ha señalado que: “los principios generales de no discriminación e igualdad” reflejados en los artículos

#### 4 La vulnerabilidad estructural como fundamento de protección prioritaria

En Argentina, desde 1994, la Constitución Nacional le asigna al Congreso de la Nación la competencia para el dictado de normas y medidas de acción positiva que promuevan la igualdad real de oportunidades y de trato, en general para toda la sociedad, y en particular especialmente a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad<sup>29</sup>.

La vulnerabilidad se relaciona con la situación o condición de las personas que le impide gozar y ejercer sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras. Su pertenencia a grupos históricamente discriminados o desaventajados le asigna un estatus que debe considerarse preferencial o prioritario al momento de la sanción de las normas, la definición y ejecución de políticas públicas y las decisiones judiciales.

Consideramos que la enumeración que realiza la cláusula que estamos analizando no es taxativa y que la permanente dinámica social puede incorporar nuevos grupos en situación de vulnerabilidad que merezcan tutela prioritaria. A la vez, coincidimos con Amaya y Maurino, en la necesidad de incluir expresamente en nuestro país a la pobreza estructural y crónica como factor prohibido de discriminación<sup>30</sup>.

El art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere a los siguientes factores: “raza, color, sexo, idioma,

---

1 y 24 de la Convención Americana requieren la “adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”. Por su parte, la Corte Interamericana ha interpretado que los Estados deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

29 SALERNO, Gonzalo. *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

30 AMAYA, Jorge Alejandro: Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal Editores, Bs. As. 2017.

religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Los obstáculos que deben enfrentar cotidianamente las personas, grupos y colectividades que viven en situación de pobreza se amalgaman entre sí, generando: condiciones de trabajo degradantes y peligrosas; viviendas insalubres; alimentación inadecuada; enfermedades; etc. Todos estos factores repercuten gravemente en el goce efectivo de los derechos<sup>31</sup>. Estos obstáculos se agravan cuando existen acumulación de situaciones de vulnerabilidad, en el caso de grupos históricamente discriminados como: mujeres, niños, indígenas, migrantes, afrodescendientes, personas con discapacidad, población LGBTI, entre otros, sumada la condición de pobreza<sup>32</sup>.

Así, de manera correlativa a la obligación de preservar la libertad y no interferir en el desarrollo de la vida autónoma de las personas, el Estado debe promover las mejores oportunidades para que los ciudadanos puedan elegir y llevar adelante sus planes de vida, modificando o neutralizando las desigualdades que resultan de circunstancias que no deberían determinar o condicionar el desarrollo y vida de las personas<sup>33</sup>.

Excede el marco del presente realizar un pormenorizado desarrollo de cada uno de los grupos vulnerables con tratamiento prioritario referidos en el art. 75 inc. 23, que abarque la observación jurisprudencial correspondiente, el marco legal nacional e internacional

---

31 Para INADI, el sector de la sociedad más desfavorecido encabeza las encuestas como el grupo social más discriminado cotidianamente. INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: *Mapa nacional de la discriminación*. 2. ed. CABA, 2014.

32 CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

33 MAURINO, Gustavo: Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes, en *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

específico para su tutela y las políticas públicas implementadas en estos 25 años transcurridos desde la reforma.

Por lo tanto, también estamos limitados, en esta oportunidad, para dedicarnos con especial atención al análisis minucioso de la jurisprudencia de nuestro país, que muestre la evolución de los criterios, estándares y pautas establecidas en los últimos años a los fines de la tutela antidiscriminatoria, y que contribuya a aportar material de reflexión con relación a lo que venimos desarrollando. Sin embargo, expondremos una breve reseña de los aspectos más significativos y de los principales fallos de referencia.

Siguiendo a Amaya, observamos que nuestra CSJN, adoptando pautas marcadas con anterioridad por la jurisprudencia de EE.UU. y Europa, ha ido elaborando diferentes criterios de análisis del control de constitucionalidad de las normas respecto del principio de la igualdad. Así, desde hace unos años adquiere cada vez mayor presencia el reconocido criterio del estándar estricto o categoría sospechosa. Consiste, a grandes rasgos, en un formato de revisión exigente que presume la inconstitucionalidad de la norma, práctica, acción u omisión estatal, cuando se realizan distinciones o diferenciaciones basadas en alguna categoría prohibida por el derecho antidiscriminatorio<sup>34</sup>. Deberá el Estado demostrar las razones concretas que fundaron la decisión adoptada, caso contrario no superará el examen de constitucionalidad y convencionalidad.

La Corte ha utilizado este criterio en: “Repetto” (antes de la reforma de 1994); “Calvo y Pessini”; “Hooft”; “Gottschau”; “Mantecón Valdez”. Por citar algunos de los fallos más frecuentemente señalados por la doctrina<sup>35</sup>. A su vez, destacamos otros casos analizados por el

---

34 AMAYA, Jorge Alejandro: Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

35 “Repetto Inés María c/ Provincia de Buenos Aires”, Fallo 311:2272. “Calvo y Pessini c/Provincia de Córdoba”, Fallo 321:194. “Hooft, Pedro Cornelio c/ Pcia. de Bs. As.”, Fallo 327:5118. “Mantecón Valdés, Julio c/ Estado Nacional”, Fallo 331:1715. Ver

más alto Tribunal, en los que se han utilizado criterios de razonabilidad o escrutinios más leves o intermedios. Por ej.: en situaciones de vulnerabilidad por discapacidad (“Reyes Aguilera”; “Arenzón”)<sup>36</sup>. En cuanto a discriminación basada en el sexo en “González de Delgado” la Corte comienza a delinear una posición tutelar con mirada estructural respecto de la mujer, que luego continúa con “Freddo”<sup>37</sup>.

Más recientemente en “Sisnero” se aplica el control de constitucionalidad estricto y se falla con perspectiva de género y de vulnerabilidad estructural<sup>38</sup>. Con respecto a este último caso, MEDINA opina, y adherimos, que cuando se juzguen hechos en los cuales se encuentra comprometido el derecho a la igualdad y no discriminación de grupos vulnerables, se debe invertir la carga de la fundamentación y de la prueba. Así es como el demandado deberá probar que el acto no es inconstitucional, porque se encuentra justificado por una razón sustancial que no puede ser cumplida de una forma menos restrictiva<sup>39</sup>. Además, en el dictamen de la Procuración en este caso se destaca, entre otros puntos, la necesidad de que las empresas demandadas adopten medidas adecuadas para equilibrar la desigualdad entre hombres y mujeres (convocatorias para mujeres, campañas, cupos, difusión de la sentencia, etc.).

---

análisis de estos fallos en ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ Magdalena: *Derecho a la igualdad*. Un análisis desde el método de casos. Advocatus, Córdoba, 2010.

36 Reyes Aguilera, Daniela c/ Estado Nacional, Fallo 192:260. “Arenzón, Gabriel c/ Estado Nacional”, Fallo 306:400. Se recomienda ver: MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

37 “González Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba”, Fallo 323:2659. “Fundación Mujeres en Igualdad y otro c/ Freddo”, Sala H, CNCiv. Bs. As., 16/12/02. SALERNO, Gonzalo: *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*?. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

38 “Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Tadelva SRL y otros”, Fallo 337:611.

39 MEDINA, Graciela: Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. *Revista LA LEY*, 2016-F.

Es en este tipo de situaciones en las que Saba, como vimos, sostiene que debe juzgarse con visión estructural y en tutela del principio de no sometimiento, en el que la pertenencia a este grupo históricamente discriminado y excluido (en este caso la mujer) le asigna un marco de preferencia y protección especial al sector vulnerable, y se “sospecha” que el grupo vulnerador está pretendiendo perpetuar una situación de subordinación sistémica<sup>40</sup>.

Como ejemplo de lo que venimos desarrollando, podemos mencionar a la Ley Nacional 24013, de cupo femenino (cuota de género), sancionada en 1991. Es una clara manifestación de medidas de acción positiva en beneficio de un sector desaventajado, en este caso para garantizar un mayor acceso de la mujer a los cargos políticos, y así disminuir una histórica asimetría estructural y sistémica<sup>41</sup>. En el 2017 la estrategia de discriminación positiva para la participación electoral de la mujer se ve fortalecida con la sanción de la Ley 27412 de paridad de género<sup>42</sup>.

Además, en los últimos tiempos se diseñaron, articularon y comenzaron a implementar una serie de programas, estrategias y métodos, intervenciones, protocolos de acción, organizaciones

40 SABA, Roberto: “*Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*”. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.

41 Nos vemos imposibilitados de analizar los diferentes grupos de atención preferencial, sus características y rasgos particulares, así como las medidas o acciones positivas que se han implementado en los últimos años, en el sentido que venimos analizando.

42 La Ley 24013 permitió un aumento significativo de la participación de la mujer en el ámbito legislativo. El cupo permitió también incorporar perspectivas sociales silenciadas y feminizar la agenda legislativa con miradas y preocupaciones derivadas de la experiencia social de las mujeres. Ha sido fundamental para la aprobación de leyes que amplían derechos de las mujeres, como las de Cupo Sindical Femenino (Ley 25674/02), Salud Sexual y Procreación Responsable (Ley 25673/02), Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Ley 26061/05), Contracepción Quirúrgica (Ley 26130/06), aprobación del Protocolo Facultativo de la CEDAW (Ley 26171/06) y Protección integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Ley 26485/09). La ley de paridad de género aspira a lograr un nivel mayor de participación igualitaria. CAMINOTTI, Mariana - DEL COGLIANO, Natalia: “*La paridad política en Argentina: avances y desafíos*”. PNUD, Bs. As., 2017.

gubernamentales específicas, observatorios, unidades judiciales, entre otras acciones concretas dirigidas a evitar, prevenir, sancionar prácticas y conductas discriminatorias contra la mujer, y promover en diferentes ámbitos la actuación con perspectiva de género, con vistas a reducir las desigualdades estructurales que los patrones y estándares discriminatorios por motivos de género provocan, con graves consecuencias hacia el grupo determinado y todo el tejido social<sup>43</sup>.

Cabe destacar que en múltiples aspectos es mucho lo que se ha avanzado positivamente, sin embargo también es demasiado lo que todavía queda por hacer, en especial en materia de violencia contra la mujer. El análisis de toda esta compleja realidad excede, evidentemente, los límites de este trabajo.

Por otra parte, debemos destacar que todos los colectivos vulnerables referidos en el art. 75 inc. 23 (niños, ancianos, personas con discapacidad y mujeres) cuentan con una normativa regional específica y actual de protección de sus derechos. Además, a nivel nacional y provincial en los últimos años se han sancionado importantes normas destinadas a regular diferentes aspectos de interés de cada uno de estos grupos sociales.

## 5 A modo de conclusión

El derecho constitucional argentino, a partir de la reforma de 1994, ha ampliado y fortalecido el ideal de igualdad y el principio de no discriminación, con perspectiva estructural y una mirada más sensible a las necesidades sociales de inclusión. En este nuevo paradigma el art. 75 inc. 23 aporta elementos muy importantes a los fines de intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente discriminados de nuestra sociedad.

Ahora bien, consideramos que todavía es mucho el camino que queda por recorrer, tanto en el ámbito administrativo, como en

---

43 LLOVERAS, Nora: *Violencia y vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*. Alveroni, Córdoba, 2014.

el judicial, y en el diseño, definición e implementación de políticas públicas, para lograr satisfacer los objetivos y fines planteados por el constituyente de 1994.

El escenario socio económico de nuestro país, a 25 años de aquella reforma, nos muestra una imagen tan alarmante como la que, sin dudas, preocupó en su momento al constituyente. La fragmentación social, la dramática desigualdad y asimetría estructural, la pobreza crónica, la exclusión de millones de argentinos que ven insatisfechos derechos elementales caracterizan a una sociedad que demanda con urgencia respuestas.

Se destaca, con sensato entusiasmo y optimismo, una visible madurez y consolidación del sistema, y de muchos institutos que lo integran, adquirida en todos estos años de vida constitucional y democrática que vienen transcurriendo y que merecen ser celebrados. Se deberá trabajar articuladamente entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, con firme compromiso y acciones concretas, conjuntamente con los sectores más favorecidos de la sociedad, para intentar alcanzar estándares más elevados de cumplimiento del mandato constitucional, en busca de una sociedad más justa, equitativa, inclusiva y menos desigual.

## **Referências**

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Ed. Trotta, 2014.

ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA Roberto (coord.). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

ALONSO REGUEIRA, Enrique (Director). *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. LA LEY, Bs. As., 2013.

AMAYA, Jorge Alejandro. Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación. *Revista de Derecho Público*. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.

BAIGORRÍ, José Antonio. *Los Derechos Humanos*. Un proyecto inacabado. Ediciones del Laberinto, España, 2001.

BIDART CAMPOS, Germán. *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Bs. As., 1991.

CAMINOTTI, Mariana; DEL COGLIANO, Natalia. *La paridad política en Argentina: avances y desafíos*. Buenos Aires: PNUD, 2017.

CIDH. *Informe sobre pobreza 2017*. CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

DABOVE, María Isolina (Dir.). *Derechos humanos de las personas mayores*. Acceso a la justicia y protección internacional. ASTREA, Bs. As., 2017.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. *Neoconstitucionalismo y derechos colectivos*, Ediar, Bs. As., 2005.

GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. LIBRARIA, Bs. As., 2008.

HOLMES – SUNSTEIN. *El costo de los derechos*. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.

INADI – APDH. *Discriminación. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos*. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. 2008.

INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: *Mapa nacional de la discriminación*. 2. ed. CABA, 2014.

JIMÉNEZ, Eduardo. *Igualdad, no discriminación y discapacidad*. EDIAR. Bs. As. 2006.

LLOVERAS, Nora. *Violencia y vulnerabilidad. Abordaje transversal y multidisciplinario de las intervenciones*. Alveroni, Córdoba, 2014.

- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia colectiva*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.
- MEDINA, Graciela. *Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba*. Revista LA LEY, 2016-F.
- PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- ROSATTI, Horacio. *Tratado de Derecho Constitucional*. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- ROSSETTI, Andrés; ÁLVAREZ Magdalena. *Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos*. Advocatus, Córdoba, 2010.
- SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?*. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.
- SABSAY, Daniel A. *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I.
- SABSAY, Daniel. *La Argentina estructural. Proyecto de políticas públicas para el mediano y largo plazo. Justicia*. EDICON, Bs. As., 2018.
- SALERNO, Gonzalo. *Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial*. Coord. MANILL, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.



# DIREITOS SOCIAIS X ORÇAMENTO PÚBLICO: POSSIBILIDADES E LIMITES – BREVE ESTUDO COMPARATIVO DE BRASIL E PORTUGAL

*SOCIAL RIGHTS X PUBLIC BUDGET: POSSIBILITIES AND LIMITS -  
BRIEF COMPARATIVE STUDY OF BRAZIL AND PORTUGAL*

Cláudio Carneiro<sup>I</sup> 

Sidney Guerra<sup>II</sup> 

<sup>I</sup>Centro Universitário  
Guanambi (UniFG),  
Programa de Pós-Graduação  
em Direito da UniFG,  
Guanambi, BA, Brasil.  
Doutor em Direito. E-mail:  
professorclaudiocarneiro@  
gmail.com

<sup>II</sup>Universidade Federal do  
Rio de Janeiro (UFRJ),  
Programa de Pós-Graduação  
em Direito da UFRJ, Rio  
de Janeiro, RJ, Brasil e  
Universidade do Grande  
Rio (UNIGANGRIO),  
Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
Doutor em Direito. E-mail:  
sidneyguerra@terra.com.br

**Resumo:** Neste estudo apresenta-se a discussão que envolve a efetividade dos direitos sociais em consonância com orçamento público. Para tanto, são expendidos os comentários acerca da dignidade da pessoa humana, em especial no que tange ao mínimo existencial, para na sequência tratar do orçamento público alicerçado nas estruturas que envolvem a boa governança e escolas econômicas. O estudo comparativo entre Brasil e Portugal permearam a discussão, para ao final se propor o que se denomina de “modelo híbrido” para fazer frente aos problemas decorrentes da necessária efetivação de direitos e a escassez de recursos.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais. Mínimo existencial. Orçamento público. Direito comparado.

**Abstract:** This study presents the discussion that involves the effectiveness of social rights in consonance with public budget. In order to do so, the comments on the dignity of the human person, especially with regard to the existential minimum, are discussed, in order to deal with the public budget, based on the structures that involve good governance and economic schools. The comparative study between Brazil and Portugal permeated the discussion, in order to propose called a “hybrid model” to deal with the problems arising from the necessary effectiveness of rights and the scarcity of resources.

**Keywords:** Social Rights. Minimum existential. Public budget. Comparative law.

DOI: 10.20912/rdc.  
v15i35.3266

Recebido em: 11.09.2019

Aceito em: 10.12.2019



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons  
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

## **1 Prolegômenos: os direitos sociais à luz do mínimo existencial. Algumas possibilidades e limites**

As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e outra prestacional.

A feição garantística impede a agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar tributos p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular.<sup>1</sup>

A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito. Um dos problemas em relação ao aspecto prestacional do mínimo existencial consiste em determinar quais prestações de direitos sociais conformam o seu núcleo. Significa dizer que, caso seja vencida esta etapa, ainda assim perdurará a dificuldade de saber em relação a cada direito particular qual a extensão da obrigação do Estado de prover ou satisfazer a necessidade (interesse) social ou econômico tutelados pelo Direito. Quando um determinado direito social é reconhecido a certas pessoas ou grupos, pode pairar dúvidas acerca da possibilidade de se estabelecer juízos de comparação entre a situação dos beneficiários e do controle da legalidade e razoabilidade do fator de diferenciação utilizado pelo Estado para garantir, prover ou promover seletivamente os interesses tutelados pelo Direito.

Enfim, a questão do mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias, como por exemplo, a conceituação, a identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, a função do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial.

---

1 Vide a propósito GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano VII, n. 9, dez. 2006.

Toda essa discussão tem como pano de fundo o papel do Direito diante da escassez de recursos e traz à tona as seguintes indagações: a escassez de bens e as carências de muitas pessoas podem ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais ou não? Como compaginar objetivos diversos cujo cumprimento simultâneo resulta problemático? Ainda supondo que um direito pudesse ser garantido plenamente, não iria isto, muitas vezes, em detrimento da satisfação de outros? E, em tal caso, como proceder a ponderação entre eles?

Trata-se do problema da escassez entendida como incapacidade de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. Este problema existe realmente? Não deveriam ser os direitos fundamentais mutuamente compatíveis e complementares?

As respostas aos questionamentos lançados de acordo com Salvador Barberá passam pela atitude de abandonar posturas absolutas em relação a qualquer objetivo concreto que se formule respeito às formas alternativas de organização social. Noutra ângulo, e possível definir graus de cumprimento de cada um (incluídos os de satisfação de distintos direitos) permitindo arbitrar entre uns e outros em cada momento ou discutir as possibilidades de ir aumentando as cotas de satisfação de distintos direitos com o passar do tempo.<sup>2</sup>

Porém, Barberá flexibiliza a posição relativista aceitando a existência de mínimos absolutos, de acordo com os quais a defesa das liberdades e demais direitos deveriam adquirir prioridade total porque deixam de entrar em conflito entre si. Se a desigualdade é um conceito relativo, assim devem ser interpretados os distintos índices que procuram lhe medir. Por isso o autor defende que a posição relativista no tratamento dos graus de cumprimento de uns direitos frente a outros e em relação com outros objetivos como o crescimento e a eficiência, só pode se sustentar em sociedades onde as cotas mínimas de satisfação de direitos estejam garantidas. Assim, somente após solucionadas

---

2 BARBERA, Salvador. Escasez y derechos fundamentales, GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian, op. cit., p. 389.

as situações de pobreza desesperada e que se podem ter políticas distributivas sofisticadas. Dito de outra forma, só depois de garantidos direitos elementares, pode-se permitir refinamentos acerca de quais verem mais satisfeitos que outros, e em que níveis.<sup>3</sup>

De um modo geral, pode-se afirmar que em relação aos direitos sociais de cunho prestacional existem obrigações genéricas do Estado que devem ser devidamente atendidas. Nas opiniões de Victor Abramovich e Christian Courtis<sup>4</sup> seriam elas:

a) *Obrigação de adotar medidas imediatas* – O Estado deverá implementar, em um prazo razoavelmente breve, atos concretos deliberados e orientados de forma mais clara possível para a satisfação da obrigação, pois a ele cabe justificar porque não avançou na consecução do objetivo. Dentre as obrigações imediatas do Estado destacam-se: i) *Obrigação de adequação do marco legal*; ii) *Obrigação de vigilância efetiva, informação e formulação de plano*; iii) *Obrigação de provisão de recursos efetivos*;

b) *Obrigação de garantir níveis essenciais dos direitos* – O Estado deve demonstrar todo o esforço realizado para utilizar com prioridade a totalidade dos recursos que estão a sua disposição;

c) *Obrigação de progressividade e proibição de retrocesso* – A noção de progressividade demanda o reconhecimento de que a satisfação plena dos direitos prestacionais supõe uma gradualidade e um progresso nas melhorias de condições de gozo e exercício dos direitos sociais. No caso de retrocesso, cabe ao Estado demonstrar a estrita necessidade da medida, comprovando: i) a existência do interesse estatal permissível; ii) o caráter imperioso da medida; iii) a inexistência de cursos de ação alternativas menos restritivas do direito em questão.

A questão do mínimo existencial, dentro de uma modalidade prestacional, convive com a complexidade da definição de quais direitos

---

3 *Idem. Ibidem*, p. 390.

4 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 79-116.

e em que amplitude podem estes ser caracterizados como fundamentais dentre o rol de direitos sociais previstos na Constituição de 1988. Tanto a doutrina interna como externa esbarra no problema da subjetividade do estabelecimento do padrão de referência ideal para consecução de condições mínimas indispensáveis para a manutenção digna da vida.

Ingo Wolfgang Sarlet, em estudo sobre a eficácia dos direitos fundamentais, aponta para a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, segundo ele, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde.<sup>5</sup>

Na concepção de Ricardo Lobo Torres<sup>6</sup> os direitos referentes ao mínimo existencial incidiriam sobre um conjunto de condições que seriam pressupostos para o exercício da liberdade. Inclusive o autor<sup>7</sup> sustenta a ideia de metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial.<sup>8</sup> Tal posicionamento reduz o caráter fundamental dos direitos sociais fora do âmbito do mínimo existencial, extraindo sua plenitude colocando-os em patamares inferiores, mínimos de eficácia. A grande maioria dos direitos sociais forma o bloco constitucional dos direitos fundamentais e a sua identificação acaba por exigir níveis mínimos para a sua concretização. Contudo, em que pese o esforço para buscar um nível de garantia mais adequado aos referidos direitos, acaba por menosprezar seu impacto deixando a cargo do Estado a cômoda condição de oferecer apenas o mínimo, ainda que este grau

---

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 322-323.

6 TORRES, Ricardo Lobo. *Os Direitos Humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.128-129.

7 TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Renovar, 2002, p. 267.

8 TORRES, Ricardo Lobo. Metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. SALET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-46.

seja insatisfatório. Uma verdadeira ótica de implementação dos direitos sociais prestacionais não se coaduna com nivelamentos que excluem determinados direitos ou diminuem as dimensões dos mesmos, até porque esta postura acentua as desigualdades socioeconômicas.

O mínimo existencial também é objeto de análise por Ana Paula de Barcellos, que o identifica como o núcleo vindicável da dignidade da pessoa humana e inclui como proposta para sua concretização, os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.<sup>9</sup>

Embora a proposta referida tenha por objetivo evitar a total ineficácia jurídica de vários dispositivos sobre direitos sociais, cabe aclarar que não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial. Tampouco, se pode reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. Apesar da vasta extensão dos direitos sociais gerarem problemas relacionados à amplitude de sua eficácia e comprometerem a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito, não se justifica partir para versões minimalistas e abandonar de vez uma visão mais global.

As restrições de direitos fundamentais se justificam quando não violam o núcleo essencial de um determinado direito e são previstas ou autorizadas na Lei Maior. Dessa forma, ainda que sejam identificados como direitos sociais, apenas podem ocorrer limitações se fundadas na própria Constituição e não as baseadas no alvedrio do intérprete. Por fim, devem respeitar o núcleo essencial do direito caso sejam objeto de desdobramentos legislativos.

Os valores de ordem econômica não são postos como absolutos frente à efetivação dos direitos sociais, cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Contudo, é preciso ter certa dose de cautela para não cair nos

---

9 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

extremos de se pensar que o Estado pode tudo ou admitir que o Estado não possa nada ou quase nada. Isto porque, em função da realidade das crises econômicas que assolam o Estado se situa a necessidade de equilíbrio entre a dinâmica de emprego da reserva do possível em seu grau máximo e, sobretudo, tentar impedir retrocessos nas conquistas sociais.

Deste modo, dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado, a questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível, não deve ser tomada de forma absoluta ou como um dogma da economia globalizada. Afinal, o princípio em questão deve ser conjugado com a ideia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos mencionados.

É preciso buscar uma padronização de atuação dos poderes estatais para a realização dos direitos sociais de forma a assegurar o mínimo existencial e evitar a falta de vontade política nas decisões parciais e, com isso, sejam produzidas categorias variadas de oferecimento de prestações de conteúdo universal. Vale destacar que não se pretende partir para a defesa de um mínimo próprio para cada direito, pois seria o mesmo que nivelar por baixo direitos que não foram hierarquizados na Constituição.

Uma seara pouco menos controvertida diz respeito ao mínimo existencial enquanto objeto de dimensão negativa por parte do Estado. Neste campo mais específico é possível sustentar a adoção de medidas protetoras das mínimas condições de vida digna para as pessoas, principalmente se tais medidas pretendem evitar ações predatórias relacionadas ao poder de tributar exercido pelo Estado, garantindo as condições iniciais de liberdade e a intributabilidade do mínimo vital.

A imunidade do mínimo existencial se situa aquém da capacidade contributiva, da mesma forma que a proibição de confisco veda a incidência além da aptidão de pagar. Em outras palavras, a capacidade

contributiva começa além do mínimo necessário à existência humana digna.<sup>10</sup>

O mínimo vital no plano tributário é fundamento do princípio da capacidade contributiva e do princípio da igualdade substancial, com isso são vedadas medidas que configurem um desrespeito à capacidade contributiva e que gerem efeitos confiscatórios.

Neste campo de ideias é que o presente artigo se propõe a discutir a relação entre o orçamento público e a dotação existente para a realização de despesas que tenham pertinência com a concretização dos Direitos Sociais, *in casu*, no Brasil e em Portugal.

## **2 Direitos Fundamentais e orçamento público: alguns aspectos comparativos na ordem constitucional brasileira e portuguesa**

A questão de natureza orçamentária e a concretização de direitos fundamentais, no plano jurídico estatal, passa de certo modo, pelo modelo constitucional adotado por um determinado Estado nacional.

A Constituição portuguesa de 1976 acentua o discurso sobre normas diretivas que se propõe a alcançar uma meta socialista, que não deve ser confundida com a implantação do socialismo dos países filiados ao social-comunismo, mas sim com uma intenção social de transformar-se em uma sociedade sem classes, conforme dispõe logo o artigo primeiro da Carta Magna portuguesa. Aliás, logo no início do referido texto, desde o seu preâmbulo que prevê “*assegurar o primado do Estado de Direito Democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista*” até o artigo quarto, verifica-se claramente essa

---

10 Defendem a vinculação dos tributos ao mínimo vital, dentre outros: TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isenções*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995, p. 121-175; SACHA Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e o poder de tributar na Constituição de 1988*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 355-356; 373; COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 56; 65-68. CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 89.

intenção, pois o artigo segundo é expresso em dizer que a República portuguesa tem por fim a transição para o socialismo mediante o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.

No caso da Constituição brasileira, considerada dirigente, não deriva diretamente de um dirigismo revolucionário, tampouco inferiu a busca do socialismo previsto na Constituição portuguesa. Na experiência brasileira, não houve uma ruptura institucional, mas sim uma transação negociada. Por esse motivo não há, sob o ponto de vista histórico, uma data emblemática ou um movimento popular pontual significativo. Daí a importância dos traços comparativos, para melhor acompanhar as características dos textos originais, bem como das revisões constitucionais que sofreram ambos os países.

Apesar das diferenças entre as Constituições dos dois países, ambas caminharam juntas no sentido de assegurar um título específico sobre a Ordem Econômica e Social. Aliás, diga-se de passagem, as revisões posteriores aos textos das duas Constituições, muito as aproximaram, reforçando ainda mais a ideia do Direito Luso-brasileiro.

Com efeito, quanto ao rol de direitos fundamentais previstos na Constituição brasileira da República de 1988, a questão econômica e social é a que mais interessa, pois o Brasil experimentou crises econômicas severas, que ainda hoje comprometem, de certo modo, a governabilidade do país. Impende assinalar que tal fato também ocorreu em Portugal. Não por acaso, o governo do Brasil criou um pacote de ajuste fiscal, à exemplo do denominado “Programa de Austeridade Fiscal de Portugal”, que por força de diplomas normativos que os implementaram, acaba por movimentar os Tribunais Constitucionais de ambos os países, *in casu* o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional, respectivamente.

Não se pode olvidar que os anos que precederam a Constituição de 1988, mais precisamente de 1984 a 1987, foram difíceis para a economia do país, a saber: aumento da dívida externa; a chamada inflação “galopante”, desvalorização da moeda, e, conseqüentemente

a recessão e o aumento da desigualdade social. Ponto relevante é que a Assembleia Constituinte do Brasil, diferentemente do que ocorreu com Portugal (Carta de 1976), não foi eleita apenas para elaborar a “Constituição cidadã”, assim chamada por Ulisses Guimarães, o que permitiu participação mais efetiva dos deputados e senadores.

Depois de diversas revisões constitucionais ao texto de 1976, evidencia-se que atualmente existe uma Constituição bem diferente da original, como por exemplo, a preocupação com o socialismo que parece ter sido esvaziada. Pode-se afirmar, portanto, que as revisões à Constituição de Portugal foram mais significativas do que as do Brasil<sup>11</sup>. Contudo, apesar dessas mudanças, Jorge Miranda<sup>12</sup> entende que a Constituição de 1976 não foi descaracterizada em sua essência, pois “foi um fenômeno de desenvolvimento constitucional, e não de ruptura, aquele que atravessou a Constituição de 1976”.

Para Fabio Oliveira<sup>13</sup>, a Constituição de 1988, antes de iniciar o constitucionalismo diretivo brasileiro, inova no modelo de dirigismo que empreende e é a mais programática de todas as Constituições brasileiras. Contudo, não é a mais nacionalista das Cartas que o Brasil já teve e nem a que mais preconiza a intervenção do Estado na economia.

Sob o prisma programático de uma Constituição, três elementos merecem destaque: o mínimo existencial, a reserva do possível e a vedação do retrocesso. Isto porque, as questões que envolvem os direitos sociais que, como regra, exigem uma atuação positiva do Estado, produzem desdobramentos em relação ao orçamento público, daí a afirmativa de que esses direitos demandariam um gasto público.

---

11 Apesar das emendas à Constituição de Portugal terem sido em número muito menor do que a brasileira, sob o ponto de vista estrutural, foi, de fato, mais significativa.

12 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 413. Nesse sentido também: MOREIRA, Vítor. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, António Gomes Moreira. *Constituição e democracia* (Org.). Programa de Pós-Graduação e Direito da Universidade Federal do Pará, São Paulo: Max Limonada, p. 261-290. 2001. p. 270.

13 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p. 213.

Vale destacar, desde já, que o Estado deve intervir em prol do mais débil<sup>14</sup> e que a questão orçamentária não pode ser encarada de forma absoluta. Isto porque, ao se tentar rotular os direitos de segunda dimensão como direitos prestacionais por natureza, tenta-se vincular sua efetividade ao fato de que estes direitos dependeriam de aplicação de recursos por parte Poder Público.

Em apertada abordagem histórica, evidencia-se que a Constituição Mexicana, de 1917, foi o primeiro texto constitucional a reconhecer, sob o ponto de vista jurídico, os direitos sociais. Contudo, foi com a Constituição de Weimar, de 1919, apesar do cenário turbulento em que foi concebida<sup>15</sup>, que os direitos sociais ganharam maior amplitude e passaram a ter espaço próprio, tornando-se um marco na Teoria da Constituição.

A primazia do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>16</sup>, a qual deve ser protegida e promovida pelos poder público e pela sociedade, passou a ser elemento essencial desse movimento, bem como o enaltecimento da força normativa da Constituição<sup>17</sup>, pois direitos custam dinheiro<sup>18</sup>.

Nesta toada, verifica-se que o tema principal da pesquisa desenvolvida por Stephen Holmes e Cass Sustein, nos Estados Unidos da América, foi *the cost of rights* (o custo dos direitos). Na referida obra os autores demonstram que todos os direitos, independentemente da classificação que lhe seja atribuída, implicam obrigatoriamente um custo econômico. Até mesmo, os ditos direitos de primeira dimensão, intitulados como direitos negativos (abstenção estatal), também exigem

---

14 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006. p. 108.

15 Derrota da Alemanha na Primeira Guerra Mundial.

16 Vide GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

17 CARNEIRO, Claudio. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 106.

18 HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. New York – London: Norton & Company. 2012. p. 15-48.

recursos do poder público para a sua preservação, como por exemplo, os gastos em segurança pública para preservar a liberdade. Isso, por si só, já seria um fator preponderante para sustentação teórica dos entes públicos, da tão alegada limitação de recursos financeiros<sup>19</sup> para que o Estado justifique o descumprimento dos direitos fundamentais.

A evolução da ordem financeira do Estado deve ser analisada na linha da historicidade, em que há mudanças de paradigmas quando da passagem dos períodos absolutista, clássico e moderno. Em um período remoto, o Estado se preocupava com aquilo que se revestia de essencialidade, ao desempenhar o mínimo possível. Contudo, o patrimônio Estatal começou a mostrar-se insuficiente para suprir os gastos públicos, restando necessário obter patrimônio do particular pela tributação. As finanças públicas tinham apenas finalidades fiscais, uma vez que a atividade financeira do Estado somente visava à obtenção de capital para de satisfazer os gastos públicos. Nesse sentido constata-se que o Estado intervém na economia por meio da tributação, valendo-se do caráter indutor dos tributos.

Ao avançar nesta breve abordagem histórica, verifica-se que a crise do Estado de Direito Liberal abre caminho ao Estado Social, de viés protecionista. A partir dos fins do século XIX, o Estado sai da posição de mero expectador e passa a intervir positivamente na economia, uma vez que no período clássico a intervenção estatal se dava na medida em que o Estado se afastava das leis do mercado em uma posição aparentemente omissa e distante. O Estado passou a intervir no domínio econômico ao utilizar as finanças públicas como instrumento intervencionista, iniciando-se o período moderno. Após o

---

19 CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 82.

*L'État-Gendarme* dos liberais surge o *Welfare State*<sup>20</sup>, encarregado de assegurar o bem-estar dos cidadãos<sup>21</sup>.

Ao regressar à realidade de Brasil e Portugal, corroborase o entendimento de René Antonio Mayorga<sup>22</sup> ao afirmar que diferentemente do que ocorreu com alguns países da Europa (entre os quais Portugal), nos países latino-americanos a fórmula do Estado do Bem-Estar Social não passou de uma previsão constitucional, pois não chegou a ser de todo implementada já que o objetivo principal era a diminuição das desigualdades sociais. A possibilidade de intervenção do Estado na Economia revela a busca para “*remover os obstáculos institucionais ao livre desenrolar daquela racionalidade de mercado e criar as condições para que ela se exerça sem peias e entraves*”<sup>23</sup>. Ao agir assim, “*não contra o mercado, mas, pelo contrário, em harmonia com ele, suprimindo-lhe as deficiências, sem lhe tolher as condições de funcionamento*”<sup>24</sup>. De fato, no modelo liberal cabia ao Estado tão somente assegurar os direitos de liberdade e propriedade dos indivíduos enquanto que no Estado Social é a máquina Estatal que garante a

---

20 A definição do termo *Welfare State* suscita algumas discussões e divergências doutrinárias; entretanto, pode-se conceituá-lo de maneira ampla como a mobilização em larga escala do aparelho do Estado em uma sociedade capitalista, a fim de executar medidas orientadas diretamente ao bem-estar de sua população. Também chamado de *État Providence*, caracteriza-se como “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação e saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”. Assim, o Estado passa a ser o responsável pela qualidade de vida do povo, assumindo os compromissos políticos necessários para alcançá-lo. STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2019. P.79.

21 ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 17. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 75.

22 MAYORGA, René Antonio. *Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización*. In: *Imágenes desconocidas. La modernidad en la encrucijada posmoderna*. Buenos Aires: Clacso, 1988. p. 4 *et passim*.

23 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. P. 71.

24 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Op. cit.* p. 72.

igualdade de oportunidades, o que implica a liberdade, justificando a intervenção estatal; a liberdade é inconcebível sem a solidariedade, e a igualdade e o progresso socioeconômico deve fundar-se no respeito à legalidade democrática<sup>25</sup>.

O Estado intervencionista assume um conteúdo econômico e social, perdendo sua neutralidade axiológica característica da fase liberal. Não se pode olvidar ainda que a partir da década de 80, tendo como marco principal o governo da Primeira Ministra da Grã-Bretanha, Margareth Thatcher, o modelo do Bem-Estar Social foi sendo mitigado, sugerindo-se uma menor participação do poder público na ordem econômica, instituindo-se o Estado mínimo e a doutrina neoliberalista<sup>26</sup>.

A intervenção do Estado na vida econômica apresenta-se como uma realidade incontornável. As suas justificativas são díspares, os seus objetivos múltiplos, as suas formas variadas e mesmo imprevisíveis. Instrumentos dessa intervenção podem ser, por exemplo, as empresas públicas, os monopólios comerciais, as políticas públicas, as formas de planejamento indicativo, os mercados públicos etc. O recurso ao instrumento tributário pode, satisfeitas que sejam certas condições, configurar um auxílio de Estado<sup>27</sup>.

As mudanças ocorridas no curso do tempo estreitam as relações entre Estado, economia e direito ao serem contemplados os modelos econômicos. O Estado intervencionista, busca cumprir os fins sociais por ele mesmo traçados e passa a ser o novo modelo adotado. Os fins pretendidos pelo sistema constitucional brasileiro estão ancorados no desenvolvimento social e econômico, e os tributos são os instrumentos adotados para tanto.

---

25 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2005. p. 37.

26 FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 95.

27 SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 27.

Compartilha-se do entendimento de Clémerson Cléve<sup>28</sup> no sentido de que “*em relação aos direitos fundamentais clássicos, há no Brasil, uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas*”. Contudo, há uma tendência de flexibilizar a aplicação (fragilizar a efetividade dos direitos sociais) dos direitos fundamentais quando se trata da transição dos direitos de primeira dimensão para os de segunda. Nasce então, a ideia de que esses direitos são, na verdade, normas programáticas<sup>29</sup>, o que vem a reforçar a tese adotada pelos entes públicos de que esses direitos para serem efetivados demandam recursos financeiros. A ideia de classificá-las como normas programáticas se contrapõe a concepção de eficácia plena o que faz toda a diferença para uma análise econômica dos direitos sociais. Metaforicamente, quer se dizer com isso que, estaríamos diante de uma fechadura em que a depender de que lado olharmos seria possível encontrar cenários totalmente distintos.

Ana Paula Caldeira<sup>30</sup> ao analisar a temática com foco no direito à saúde traz ao debate o pensamento de Dworkin quando dispõe que os “*direitos devem ser levados a sério*”, incluindo os direitos sociais, que pela própria interdependência caracterizadora dos direitos fundamentais, só terão sua efetividade atingida no grau máximo se não só os direitos de primeira dimensão forem aplicados, mas todos os direitos fundamentais. Significa dizer que a aplicação dos direitos sociais é instrumento imprescindível para a superação do *status quo* de desigualdade no cenário brasileiro, é imperioso ter como paradigma a noção de um Estado robusto para torná-los possíveis. Boaventura

28 CLÉVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, Ano 14, n.54, jan-mar./2006. p. 29.

29 Normas programáticas seriam normas constitucionais que tão somente delineiam metas a serem alcançadas pelo Estado com a progressiva melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista o cumprimento dos objetivos fundamentais da Constituição.

30 CALDEIRA, Ana Paula Canoza. *O direito à saúde e a sua “curiosa” efetividade em Terrae Brasilis: Do desafio da realização da boa governança excessiva judicialização*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS. 2013. P. 60.

Santos<sup>31</sup> também se manifesta ao afirmar que “*precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal. Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é por si só um conceito fraco*”.

Os direitos sociais têm por função essencial proporcionar a igualdade material estreitando as desigualdades existentes e, por conseguinte, possuem a mesma fundamentalidade<sup>32</sup> dos demais direitos. Logo, a efetivação das promessas da modernidade exige uma postura ativa do Estado e, para tanto, a questão financeira poderia ser mais uma vez invocada. Por isso, indaga-se se alegação desmedida da reserva do possível colocaria em xeque a “discricionariedade” na aplicação dos recursos públicos e se tal argumento poderia ser utilizado para a ineficácia dos direitos sociais<sup>33</sup>.

Ingo Sarlet<sup>34</sup> sustenta que a eficiência e efetividade dos direitos fundamentais e, especialmente, a maximização dos seus resultados, sobretudo os de segunda dimensão, precisam ultrapassar a discussão acerca da escassez dos recursos financeiros e, portanto, carecem de uma gestão administrativa pautada nos princípios de *good governance*.

Assim, para melhor compreensão da matéria, os comentários acerca da boa governança e as escolas econômicas, torna-se necessário.

---

31 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade*. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 128.

32 A concepção de fundamentalidade dos direitos de segunda dimensão se contrapõe a classificação desses direitos como normas programáticas.

33 Krell critica esse entendimento ao discorrer que tal leitura da reserva do possível é falaciosa, pois, se os recursos são incontrovertidamente reconhecidos como insuficientes, devemos retirá-los de áreas menos importantes do ponto de vista do interesse público (transporte, fomento, entre outros) para aplicar em outras áreas mais essenciais (vida, integridade física, saúde, educação). KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 53.

34 SARLET, Ingo. In: *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. In: Vinte anos da Constituição Federal de 1988 (Coord. Daniel Sarmiento, Cláudio Pereira Souza Neto e Gustavo Binembojm) Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 507.

### 3 A boa governança e as escolas econômicas

A concepção de boa governança está intimamente relacionada à concretização de direitos fundamentais, sobretudo os sociais<sup>35</sup>. Nesse contexto, a relação receita e despesa (orçamento) ganha relevo para as teorias econômicas, pois direitos *custam dinheiro*.

A presença do Estado como ente ativo e relevante na ordem econômica e na estrutura social constitui um fenômeno antigo e permanente<sup>36</sup> que se dá de diversas formas. Eros Grau<sup>37</sup> aduz que a intervenção pode dar-se de forma direta ou indireta, no domínio econômico e/ou sobre o domínio econômico, sustentando três espécies de intervenção: a primeira seria a intervenção por absorção ou participação, em que o Estado exerce diretamente alguma participação nas atividades econômicas; por direção, quando o Estado impõe comportamentos; e a terceira seria a intervenção por indução, quando a máquina estatal estimula ou não determinados comportamentos.

A ideia de neutralidade do Estado, das leis e de seus intérpretes, assentada pela doutrina liberal-normativista, toma por base o *status quo*, logo, neutra é a decisão ou a atitude que não afeta nem subverte as distribuições de poder e riqueza existentes na sociedade, relativamente à propriedade, renda, acesso às informações, à educação, às oportunidades, etc.<sup>38</sup>.

No contexto de adequação do orçamento público, questão de grande relevância seria investigar se a aplicação prática do que se define como Boa Governança estaria intimamente ligada à obtenção

---

35 CARNEIRO, Claudio. Compliance na Administração Pública: Uma necessidade para o Brasil. Disponível em <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em 17/05/2019.

36 KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999. p. 79.

37 GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 25

38 BARROSO, Luís Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços in Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 14, pp. 25-57, Agosto, 2002.

de recursos financeiros<sup>39</sup>. Para Óscar Civantos<sup>40</sup> “*El buen gobierno se caracteriza por integrar una serie de principios que deben regir la actividade de los miembros de la Administración Pública*”.

O que é relevante nessa quadra da história é que a pedra de toque da gestão da coisa pública deve ser a *qualidade* dos serviços prestados. A Administração Pública deve centrar seus esforços não mais na extensão dos serviços prestados (preocupação dos anos 80 e 90), e sim na eficiência dos mesmos.

De outro lado, as teorias econômicas<sup>41</sup> sofrem críticas, pois as discussões jurídicas não poderiam se subsumir ao aspecto puramente econômico. Canotilho<sup>42</sup> traz ao debate a “*paradoxia da autossuficiência das normas jurídico-constitucionais*”, especialmente no que tange ao “*superdiscurso social em torno dos direitos fundamentais*”. Para o autor, é imperioso que se proceda a uma leitura crítica do constitucionalismo dirigente, e, para tanto, não se pode descartar a certeza de que o Direito é (também) política e economia. Jorge Miranda<sup>43</sup> diz que, “*pelo menos de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte na dignidade da pessoa*”.

---

39 CARNEIRO, Claudio e JUNIOR, Milton de Castro Santos. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá. 2018. P. 96.

40 CIVANTOS, Óscar Álvarez. *Las claves del Buen Gobierno em la Administración Pública*. Granada: Comares, 2010. p. 7.

41 A AED é o movimento surgido de maneira embrionária na Universidade de Chicago na década de 1960, e que teve, por escopo principal, importar referenciais da Ciência Econômica para trazer contribuições no enfrentamento de problemas atinentes ao Direito.

42 CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”)*. In: *Direitos Fundamentais Sociais*. (Coords. J.J Gomes Canotilho; Marcus Orione Gonçalves Correia, Érica Paula Barcha Correia). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

43 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. *Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Portugal: Coimbra editora. 2000. P. 181.

O movimento, que deu origem às escolas referentes à análise econômica do direito, nasceu a partir da Escola de Chicago dando origem a outras correntes<sup>44</sup> que até mesmo em sentidos opostos, buscavam a resolução do mesmo problema<sup>45</sup>.

Sem a pretensão de aprofundar os preceitos basilares de cada escola econômica, busca-se apresentar um *overview* sobre as diversas formas de abordagem pelas quais estas se alinharam<sup>46</sup>.

A Escola Neoinstitucional, assim intitulada por guardar semelhança com a escola dos economistas “institucionalistas” do princípio do Século XX, possui como principal elemento definidor o estudo a respeito dos custos de transação e os custos da agência. Os neoinstitucionalistas sustentam que todas as transações possuem um custo, uma vez que os participantes se utilizam de tempo e de recursos os mais variados para os fins de alcançarem as informações necessárias para a formulação e o desenvolvimento dos seus planos, negociais ou não.

Uma segunda Escola surgiu na Universidade americana de Chicago, tendo como vetor principal, sua pesquisa a teoria da análise marginal às decisões jurídicas. Paul Krugman e Robin Wells<sup>47</sup>

44 Que pela proposta da Tese e para sermos fiéis à linha de pesquisa desta Instituição que ora representamos como discente, falaremos bem brevemente sobre as Escolas da AED.

45 Conforme Morais da Rosa e Aroso Linhares: “*A Law and Economics procura analisar estes campos desde duas miradas: a) «positiva»: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e «bem-estar», cujo critério é econômico de «maximização de riquezas»; e, b) «normativa»: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do «bem-estar social», cotejando as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do «bem-estar social» - maximização de riqueza, - busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.*” ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogo com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. pp. 55 e 57.

46 COASE, Ronald H. *The problem of Social Cost*. In: 3. *Journal Law & Economics*. 1 (1960), no entanto publicado em 1961.

47 O mencionado autor afirma o seguinte: “Elas envolvem um *trade-off na margem* ; comparar custos e benefícios de um pouco mais em uma atividade *versus* um

mencionam que as decisões marginais<sup>48</sup> envolveriam um *trade-off*, isto é, as situações que necessariamente foram postas de lado a partir da eleição de um caminho (uma solução jurídica, a escolha de um bem etc.) em detrimento dos demais.

A terceira é a Escola de Virgínia ou Escola da Decisão Pública (*Public Choice*), capitaneada por James Buchanan que centra suas atenções e a sua teoria da “maximização dos próprios interesses” na análise econômica aplicada à tomada de decisões fora do mercado (*non market decision making*). Esta corrente sustenta que cada ator toma suas decisões levando em conta a maximização dos seus próprios interesses, ainda que a conjugação de inúmeros interesses particulares, possam atender a certas necessidades relacionadas aos interesses coletivos.

Por fim, ao encerrar o rol das principais Escolas, tem-se a Escola de Yale, liderada por Guido Calabresi<sup>49</sup>, sendo importante salientar, desde logo, que enquanto a Escola de Chicago defende abertamente a adoção da “economia positiva”, a Escola de Yale adotando posicionamento diverso, defende a aplicação de conceitos e valores ligados à “economia normativa”. Assim, para essa corrente, ao invés de apenas se traçar os efeitos de um programa, carece comparar o grau em que as várias propostas atendem aos objetivos pretendidos.

A partir da breve, mas necessária exposição das correntes que sustentam as escolas econômicas relacionadas ao direito, é possível verificar a vulnerabilidade de se atribuir um viés puramente econômico-

---

pouco menos. O estudo de tais decisões é conhecido como *análise marginal*”. KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia* / Helga Hoffmann (trad.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p.7.

48 Esta significa uma ponderação entre os custos comparados com os benefícios, relacionados a uma questão de quantificação.

49 A frequente aplicação de teorias econômicas em decisões judiciais por parte de juízes como Breyer, Posner, Easterbrook, Calabresi e Ginsburg vêm influenciando bastante o desenvolvimento da AED. Nesse sentido: ULEN, T. *Law and Economics: settled issues and open questions*. In: MERCURO, N. *Law and Economics*, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1988., p. 2 e 3 e PARISI, F. *Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics*. *European Journal of Law and Economics*,. 18: 259–272, 2004.

orçamentário para discutir a efetividade de direitos, especialmente os classificados como fundamentais. Contudo, não há como se ignorar o argumento orçamentário, pois embora não seja uma concepção absoluta de que a relação seja direta, é fato que sem receita pública não como se realizar despesas. Esse, portanto, é o grande desafio da Boa Governança, ou seja, otimizar os recursos em prol da priorização de determinados direitos com o uso adequado da dotação orçamentária e da escolha pública que se refere a qual pasta deve ser priorizada.

#### **4 À guisa de conclusão inacabada**

Procurou-se apresentar a correlação entre a efetividade dos direitos sociais à luz do contexto econômico-financeiro atual do orçamento público e do mínimo existencial, tomando-se como base a realidade de Brasil e Portugal.

Diante das formulações acerca do mínimo existencial, apresentou-se as vertentes garantística e prestacional. A primeira impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa. Já a prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito.

Destaca-se que, de um lado, se quer evitar a ineficácia jurídica de vários dispositivos constitucionais sobre os direitos sociais, ou seja, não se deve confundir a materialidade do princípio da dignidade da pessoa humana com o mínimo existencial e, portanto, não se reduzir o mínimo existencial ao direito de subsistir. De outro, diante do amplo catálogo de direitos sociais, não há como se desconsiderar as questões orçamentárias e o déficit público instaurado diante das crises econômicas<sup>50</sup>. Afinal,

---

50 Ressalte-se que apesar dos grandes escândalos de corrupção que afetaram os dois países, essa variável não foi considerada para imputação do déficit público a que se refere o texto.

em certa medida, assiste razão a Holmes e Sustain, no sentido de que todos os direitos, independentemente da classificação que lhe seja atribuída, implicam obrigatoriamente em algum custo econômico. Até mesmo os direitos de primeira dimensão (direitos negativos) também exigem recursos do poder público para a sua preservação. Isso, por si só, já seria um fator preponderante para sustentação teórica dos entes públicos, da tão alegada limitação de recursos financeiros<sup>51</sup> (reserva do possível) para que o Estado justifique o descumprimento dos direitos fundamentais, que por óbvio, encontram amparo constitucional.

Dito de outra forma, há um duplo olhar sobre a mesma questão, pois os problemas relacionados à amplitude da eficácia dos direitos sociais não podem comprometer a credibilidade da construção do Estado Democrático de Direito<sup>52</sup> tanto no Brasil como em Portugal. Ademais, não se pode ignorar a ausência de receita para a realização de despesas públicas e as crises econômicas que assolam ambos os países. Afinal, em tempos de “constitucionalismo contemporâneo”, a boa governança e a importância da obtenção de receita pública vão além de uma simples forma de intervenção do Estado, pois o desequilíbrio econômico-financeiro pode ser fatal para o Estado fiscal e, com isso, provocar a insegurança e a “falência” do sistema constitucional até então vigente, seja ele qual for.

Não por acaso, nos países em análise, evidencia-se crescente interferência das Escolas que sustentam a análise econômica do direito para se invocar questões econômico-orçamentárias como elemento limitador de efetividade dos direitos fundamentais, *in casu*, dos direitos sociais.

---

51 CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 82.

52 O Constitucionalismo Contemporâneo e a Hermenêutica Constitucional são de grande relevância para se buscar a efetividade da Constituição no âmbito da Jurisdição Constitucional. Logo, não há dúvidas sobre a influência que os textos constitucionais exercem sobre a efetiva realização do catálogo de direitos por estes assegurados.

Com efeito, a abordagem sobre a concepção de mínimo existencial suscita inúmeras controvérsias. Tratam-se de questões complexas que se iniciam com seu conceito, passam pela identificação de quais prestações são indispensáveis para a manutenção de uma vida digna, até a identificação precisa do papel do Estado na promoção e proteção do mínimo existencial.<sup>53</sup> Toda essa discussão tem como cerne o papel do Direito diante da escassez de recurso e traz à tona a indagação se a escassez de bens e as carências de muitas pessoas, podem ou não ser resolvidas com a intervenção do Direito na forma de direitos fundamentais e de forma mais precisa, os direitos sociais.

O Direito na Pós-modernidade é um sistema complexo de normas que devem estar entrelaçadas. Por isso, de nada adiante absorver demandas que a economia não irá sustentar e, nesse sentido, comprometer a dignidade dos cidadãos luso-brasileiros. À título de exemplo, além do problema de empregabilidade imediata que já se observa em ambos os países, há uma importante discussão projetada para o futuro que se potencializa diante do crescente envelhecimento da população. A preocupação se resume em como ficariam questões afetas ao sistema de seguridade social do Brasil e de Portugal sem um cálculo atuarial adequado?

O cenário posto exige esforço fático-jurídico para compaginar objetivos diversos, cujo cumprimento simultâneo resulta problemático e paradoxo, pois ainda que um direito pudesse ser garantido plenamente, este, ao menos por hipótese, poderia conflitar com a satisfação de outros. Nesse caso, ponderá-los seria uma tarefa, minimamente, complexa. Isto porque, a questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta ou como um dogma da economia globalizada, mas também não pode ser desprezada já que envolve diretamente princípios da Administração

---

53 Para melhor compreensão da matéria, GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. IV, 1.

Pública e da boa governança. Assim, a propositura de uma reflexão sobre esta questão apresenta-se, aparentemente, como paradoxal.

Ao fim, sugere-se com o presente estudo a implantação formal de um modelo híbrido, que conjugue a otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível, dentro das regras constitucionais orçamentárias, para promover a eficácia dos direitos mencionados. Significa dizer que, ao passo que se identifica a escassez de recursos, uma boa governança sugere a otimização dos recursos existentes estabelecendo prioridades de utilização de acordo como o direito fundamental envolvido. Trata-se, portanto, de encarar o problema da escassez como elemento limitador e não como uma incapacidade absoluta de satisfazer objetivos múltiplos sob restrições. Afinal, os direitos fundamentais à luz da nova concepção constitucional devem ser mutuamente compatíveis e complementares.

## Referências

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica Constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador: Centro de Atualização Jurídica, n. 14, p. 25-57, agos. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2005.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. *O direito à saúde e a sua “curiosa” efetividade em Terrae Brasilis: do desafio da realização da boa governança excessiva judicialização*. Tese de Doutorado. São Leopoldo: UNISINOS. 2013.

CALDEIRA, Ana Paula e CARNEIRO, Claudio. *Os trinta anos da Constituição e a evolução do Constitucionalismo*. Disponível em: <https://digital.iabnacional.org.br/diversos/os-trinta-anos-da->

constituicao-e-a-evolucao-do-constitucionalismo/. Acesso em: 06 mar. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J.J Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNEIRO, Claudio e SANTOS JUNIOR, Milton de Castro. *Compliance e Boa Governança (Pública e Privada)*. Curitiba: Juruá. 2018.

CARNEIRO, Claudio. *Compliance na Administração Pública: Uma necessidade para o Brasil*. Disponível em: <http://revistas.faculdadeguanambi.edu.br/index.php/Revistadedireito/article/view/103/21>. Acesso em 17 maio 2019.

CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, n. 20, 1997.

CIVANTOS, Óscar Álvarez. *Las claves del Buen Gobierno en la Administración Pública*. Granada: Comares, 2010.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 14, n.54, jan./mar. 2006.

COASE, Ronald H. *The problem of Social Cost*. 3. *Journal Law & Economics*, n. 1, 1960.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ELY, John Hart. *Democracia and distrust: a theory of judicial review*. Harvard University Press. 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, v. VII, n. 9, dez. 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights. Why liberty depends on taxes*. London: Norton & Company. 2012.

KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: UERJ/Contraponto, 1999.

KRELL, Andréas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1985.

MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización. In: *Imágenes desconocidas. La modernidad en la encrucijada posmoderna*. Buenos Aires: Clacso, 1988.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 3. ed. Portugal: Coimbra editora. 2000.

MOREIRA, Vital. Constituição e democracia na experiência portuguesa. In: MAUÉS, Antonio Gomes Moreira (Org.). *Constituição e democracia*. Programa de Pós-Graduação e Direito da Universidade Federal do Pará, São Paulo: Max Limonada, p. 261-290, 2001.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PARISI, F. *Positive*. Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, n. 18, p. 259-272, 2004.

SANTOS, António Carlos dos. *Auxílios de Estado e fiscalidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos Vinte Anos da Constituição Federal de 1988. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas Tributárias Indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ULEN, T. *Law and Economics: settled issues and open questions*.  
In: MERCURO, N. *Law and Economics*, Boston: Kluwer Academic  
Publishers, 1988.