

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 9, n. 1, jan./jul. 2014. ISSN 1809-7278 (Impressa)
ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

Ciudadanía y jurisdicción en América latina
Eugenio Raúl Zaffaroni

Violações aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: o fim da
impunidade
Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami, Bruno Barbosa Borges

Desenvolvimento: a construção social de um conceito a partir da materialização
da democracia
Elton Dias Xavier, Tacyana Karoline Araújo Lopes, Ana Alvarez Muñiz

Leis de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: impacto do sistema
interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano
Flávia Piovesan

Rumo a uma Constituição Global?: história, terceiro mundo e a
constitucionalização do direito internacional
José Luiz Quadros de Magalhães, Henrique Weil Afonso

A Memória de um País: um conceito que perpassa pelas noções de arquivo e
direito
Leonardo Goulart Pimenta, Rafael Soares Duarte de Moura

Direitos Humanos e Classes Subalternas: a abordagem dos Direitos Humanos
como estratégia teórico-metodológica de enfrentamento da pobreza
Luci Helena Silva Martins, Geusiane Pereira da Silva, Marielle Mota Soares



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 9, número 1, jan./jul. 2014

ISSN 1809-7278 (Impressa)

ISSN 2358-9744 (Eletrônica)

REVISTA BRASILEIRA
DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 9, n. 1 – Semestral – Montes Claros, MG – jan./jul. 2014



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

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

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

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

Diretor: Prof. Ms. Cristiano Marchi Gimenez

Vice-Diretora: Prof.^a Dr.^a Aparecida Maciel Silva Shikida

Coordenadora do Curso de Direito: Prof.^a Kelle Grace Mendes Caldeira e Castro

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

(Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Elton Dias Xavier

Conselho Editorial:

Elton Dias Xavier

Famblo Santos Costa

Richardson Xavier Brant

Solange Procópio Xavier

Waldir de Pinho Veloso

Anelito de Oliveira

Conselho Consultivo:

Adilson José Moreira (Harvard Law School – USA)

Horácio Wanderley Rodrigues (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG)

Margarida de Oliveira Cantarelli (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE)

Menelick de Carvalho Netto (Universidade de Brasília – UNB)

Régis Fernandes de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP)

Sérgio Rezende de Barros (Universidade de São Paulo – USP)

Vera Regina Pereira de Andrade (Universidade de Santa Catarina – UFSC)

Diagramação/Editoração gráfica/capa: Maria Rodrigues Mendes

Correção linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

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

Endereço: (Address)

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

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

Publicação semestral/Published 2 times per year

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

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo
Agostinho. - Vol. 9, n. 1 (2014) – . – Montes Claros (MG) : Editora
Fundação Santo Agostinho, 2014 –
v. : 19 x 26 cm.

Semestral.

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

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

CDU – 34

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

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
ABERTURA	
Ciudadanía y jurisdicción en América latina <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	11
ARTIGOS	
Violações aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: o fim da impunidade <i>Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami, Bruno Barbosa Borges</i>	31
Desenvolvimento: a construção social de um conceito a partir da materialização da democracia <i>Elton Dias Xavier, Tacyana Karoline Araújo Lopes, Ana Alvarez Muñiz</i>	47
Leis de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano <i>Flávia Piovesan</i>	59
Rumo a uma Constituição Global?: história, terceiro mundo e a constitucionalização do direito internacional <i>José Luiz Quadros de Magalhães, Henrique Weil Afonso</i>	75
A Memória de um País: um conceito que perpassa pelas noções de arquivo e direito <i>Leonardo Goulart Pimenta, Rafael Soares Duarte de Moura</i>	103

Direitos Humanos e Classes Subalternas: a abordagem dos Direitos Humanos como estratégia teórico-metodológica de enfrentamento da pobreza <i>Luci Helena Silva Martins, Geusiane Pereira da Silva, Marielle Mota Soares</i>	127
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	147

EDITORIAL

Entendemos que a busca pela evolução – ou até mesmo da perfeição – tem suas próprias consequências. Normalmente, de coroação, de vitórias, de láureas. A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem buscado esta evolução. Na qualidade dos textos científicos, nos títulos de graduação *stricto sensu* dos seus autores, na formatação, na distribuição, na divulgação. Tudo caminha para que, dentro do possível, a vitória esteja do nosso lado.

Para que chegue a esperada vitória, o trabalho é árduo. Captar artigos científicos inéditos, de quem tem título de Doutor, é, apenas, a face mais externa dos afazeres. Uma equipe cada vez mais qualificada se vê compensada pela coleção de gradações que, passo a passo, compõe a malha de compensadas boas intenções.

Como resultado do profícuo trabalho, há a apresentação da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** que abre o seu nono ano de existência. Sim, já quase uma década de publicações desfila por páginas impressas. Outras virão, em dependendo do esforço de cada um que vê esta publicação como um exterior de si próprio.

No presente número, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** tem como texto de abertura a autoria incontestavelmente difundida de Eugenio Raúl Zaffaroni, cujo currículo, por si só, qualifica qualquer órgão científico. Ministro da Suprema Corte Argentina; Professor titular e Diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires; Doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário FIEO, e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal, Eugenio Raúl Zaffaroni tem o texto sob o título “Ciudadanía y Jurisdicción en América Latina” com a condição de destaque.

A seção “Artigos” tem autores publicados em ordem alfabética. Por isso, o primeiro texto restou muitíssimo bem capaz de ocupar tal espaço. Trata-se do artigo científico denominado “Violações aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: o fim da impunidade”, de autoria da Doutora Elizabeth Cristiane de Oliveira Futami e do Mestre Bruno Barbosa Borges, ambos do Centro Universitário do Planalto de Araxá.

Em seguida, aparece o texto denominado “Desenvolvimento: a construção social de um conceito a partir da materialização da democracia”, que tivemos a oportunidade de elaborar com as preciosas mãos de duas Professoras com destaque em seus Mestrados: Tacyana Karoline Araújo Lopes e Ana Alvarez Muñoz.

Continuando a ordem alfabética dos autores, a Professora Doutora Flávia Piovesan escreve sobre a “Lei de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano”, em exposição qualificada. Um texto denso em qualidade e remissões a estudos complementares. Por dispensar apresentação, basta lembrar do sucesso dos livros escritos pela colaboradora deste número. E todos compreenderão, facilmente, que muitos são os motivos para o nosso orgulho.

Também há a autoria incontestavelmente elevada – não somente pela qualidade, mas também pelo fato de ser autor publicado e expoente nos estudos sobre Direito Constitucional de vários países sul-americanos – da parte de José Luiz Quadros de Magalhães. E o faz em coautoria com Henrique Weil Afonso. Ambos os autores são graduados, Mestres e Doutores em Direito. O título é “Rumo a uma Constituição Global?: história, terceiro mundo e a constitucionalização do Direito Internacional”. Os autores não deixam pontos estanques nesta investigação científica.

O Professor Doutor Leonardo Goulart Pimenta se associa ao Professor Mestre Rafael Soares Duarte de Moura para um estudo ímpar. Filosoficamente, há a apresentação da pesquisa científica quanto à “Memória de um País: um conceito que perpassa pelas noções de arquivo e direito”, em busca que entremeia também questões relacionadas ao obscurantismo próprio dos períodos ditatoriais e as tentativas de que os arquivos dos fatos sejam bloqueados ao público como um todo. Um tema que, por linhas transversas, dialoga com os artigos de Flávia Piovesan, José Luiz Quadros de Magalhães e ao próximo a ser referido.

Para encerrar, o espaço é para a Doutora Luci Helena Silva Martins, que, com letras das também Professoras Geusiane Pereira da Silva (com grau de Mestrado) e Marielle Mota Soares (pós-graduada *lato sensu*), trata do tema sob o título “Direitos Humanos e Classes Subalternas: a abordagem dos direitos humanos como estratégia teórico-metodológica de enfrentamento da pobreza”, em uma sobreposição de tons entre a visão do Serviço Social e do Direito.

Sem dúvidas, trata-se de uma **Revista** propícia aos que têm desejo de uma boa leitura. Mais do que isto: bom estudo, boa convivência com os pesquisadores, bom relacionamento com a atualização permanente, tão própria do Direito e tão necessária à prática da Justiça.

É o que espera a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Ciudadanía y Jurisdicción en América Latina

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹

¹ Ministro da Suprema Corte Argentina; Professor titular e Diretor do Departamento de Direito Penal e Criminologia na Universidade de Buenos Aires; Doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário FIEO. Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Penal.

I INTRODUCCIÓN

1. Ante todo debo agradecer el honor de esta invitación y disculparme por exponer sobre un tema de teoría política y derecho constitucional ante un auditorio especializado, cuando mi formación no corresponde básicamente al derecho constitucional. Asumo la responsabilidad sólo con la esperanza de que la visión de alguien que proviene de otra rama jurídica pueda aportar alguna idea que quizá escape al especialista, dado que es inevitable que cuanto más nos entrenamos para conocer mejor un objeto, al mismo tiempo e inevitablemente aprendemos a no percibir otros.

Ciño el tema a la ciudadanía en América Latina y al aporte que la jurisdicción pueda hacer a su fortalecimiento y ampliación.

No me detendré en precisiones sobre la idea de ciudadanía, cuya sola discusión agotaría el tiempo disponible, sino que opto para ello por un puro sentido funcional y amplio para el objeto de la exposición. En este entendimiento, concibo que el atributo de la ciudadanía es el que corresponde a (a) un ser humano – o sea, persona – que (b) goza a los derechos humanos consagrados por el derecho internacional, (c) está en condiciones de participar en la vida política, social, económica y cultural de una sociedad, (d) amparado para ello por el orden jurídico de un estado.

2. La ciudadanía en la forma en que la conceptuamos para nuestros efectos no se satisface con los requerimientos formales. El puro hecho de que una persona se halle habilitada por un documento para elegir periódicamente autoridades, es sin duda un requisito elemental de la ciudadanía en nuestra tradición democrática, pero en modo alguno es suficiente.

Si bien se ha destacado esta insuficiencia distinguiendo entre ciudadanía formal y real, no creemos que esta clasificación pase de ser un ejercicio docente, pero conceptualmente no nos parece justificada, pues directamente creemos que quien no goza de los otros derechos elementales que le permiten disponer de un espacio social, no goza de la ciudadanía. Se trata de un ciudadano sin ciudadanía.

La ciudadanía importa también deberes y, sobre todo, el de respetar el ajeno derecho a la ciudadanía; desde la famosa nota de Rousseau sabemos que a quien no tiene ningún espacio social mínimo difícilmente puede exigírsele el cumplimiento de obligaciones que nada le garantizan. Sin ese requisito no hay ciudadanos, sólo personas que quizá luchen con legitimidad reclamando el espacio mínimo que les es negado.

3. La ciudadanía entre nosotros tiene su historia, su particular modo de surgir y de desarrollarse. No es menester caer en la apología de Savigny ni en ningún romanticismo historicista, para afirmar que el derecho no puede desprenderse de su gestación ni de las tradiciones en que se fue formando. Menos aún lo puede hacer la cultura política de un pueblo, que es algo vivo y en constante dinámica. Por ende, el derecho en general y el político y constitucional en particular, deben evaluarse teniendo en cuenta esa dinámica histórica, a cuya luz podemos explicar fenómenos sociales con reflejo jurídico, que de otro modo resultan incomprensibles.

La cultura jurídica es parte de la cultura general de un pueblo y, por ende, no puede prescindir de la naturaleza histórica de ésta. Los juristas estamos habituados a razonar – y a criticar – conforme a una lógica bastante geométrica, como si las instituciones debieran nacer y desarrollarse según esos criterios, pese a que en la realidad ninguna institución se gestó de esa manera. Las instituciones no nacen perfectas ni se desarrollan conforme a la lógica lineal, sino que lo hacen según avatares políticos históricamente condicionados. Basta pensar cómo surgieron y evolucionaron la república norteamericana, la democracia inglesa, la república francesa, para constatar esta aseveración elemental.

En todos esos casos, con tanta frecuencia citados por la doctrina y la jurisprudencia, la ciudadanía no se estableció y se extendió de modo uniforme ni de una vez para siempre, sino como resultado de procesos históricos complicados que explican algunas de sus particularidades actuales. También en nuestra región la ampliación de la ciudadanía fue resultado de un proceso histórico complicado, cuyas características permiten comprender muchas de las dificultades de su ejercicio actual y de los esfuerzos para extenderla en el presente. Si olvidamos cómo llegamos a este momento, no sabremos cuál es el camino para seguir hacia el futuro.

II LA GESTACIÓN Y DESARROLLO DE LA CIUDADANÍA EN AMÉRICA LATINA

4. Latinoamérica es una región en que todos nuestros países participaron – pese a sus particulares características – de un común fenómeno: el colonialismo y en neocolonialismo. En el momento del neocolonialismo lo hicieron bajo las formas republicanas en sentido amplio, pues incluso Brasil fue una monarquía constitucional. Todos llegamos a fines del siglo XIX con constituciones republicanas más o menos inspiradas en el modelo de los Estados Unidos.

No obstante, a comienzos del siglo pasado la ciudadanía estaba casi cancelada: se trataba de repúblicas oligárquicas, en que una minoría hegemónica mantenía fuera de todo protagonismo a las grandes mayorías. El positivismo racista de inspiración spenceriana había reemplazado a la ideología iluminista de tiempos de la independencia y legitimaba a las minorías proconsulares demasiado pendientes de intereses de las potencias neocoloniales. La pretendida incapacidad política tanto de las mayorías mestizas y mulatas como de los inmigrantes se esgrimió como racionalización de la supuesta tutela de la minoría culta evolucionada, que pretendía salvar a nuestras naciones del caos imponiendo un orden fundado sobre los latifundios, en que se confundía la propiedad de la tierra con la de los animales y los humanos.

Nuestras Constituciones consagraban derechos de ciudadanía formal que nunca se reconocieron en forma efectiva. Como las mayorías no tenían razón alguna para acatar esa legalidad, que sólo aparecía como un instrumento de sus explotadores, se generaba un formidable caldo de cultivo de violencia política.

5. Por desgracia esta tensión estalló en la guerra civil más cruenta del continente, en la Revolución que con sus secuelas acongojó al pueblo mexicano desde la segunda hasta la cuarta década del siglo pasado y que dio origen a la Carta de Querétaro, difícil y doloroso nacimiento del moderno constitucionalismo social. A partir de 1910 comenzaron a desbaratarse las repúblicas oligárquicas y nuestros países lucharon por desarrollarse económicamente, con demasiadas alternativas y contramarchas cuyos detalles no tiene caso precisar ahora, pero en cualquier caso es verificable que la ciudadanía se fue ampliando a lo largo del siglo pasado impulsada por movimientos políticos que hoy llamaríamos populistas.

6. La expresión populismo tiene una connotación negativa en los últimos años, tanto para las izquierdas como para las derechas y especialmente en Europa y Estados Unidos.

Desde una visión histórica ideológicamente flexible y con la perspectiva de un siglo, podemos evaluarlo en la actualidad un poco más objetivamente.

Tres razones contribuyen a la connotación negativa del populismo latinoamericano:

- (a) la identificación de lo populista con lo *völkisch*;
- (b) la ortodoxia ideológica de los críticos; y
- (c) las contradicciones de los propios populismos latinoamericanos.

(a) No hay un equivalente exacto de la expresión *völkisch*, quizá – y con muchas reservas – pudiera traducirse con algún neologismo como populachismo. Se trata de una táctica política desleal y reaccionaria, usada al máximo por el nazismo, que consiste en reafirmar los peores prejuicios latentes o manifiestos en una sociedad para explotarlos en la invención de un enemigo al que convertir en chivo expiatorio.

Sin llegar a los extremos del antisemitismo nazista ni a sus consecuencias genocidas, lo cierto es que esa táctica inmoral ha sido usada por muchos políticos de diferente signo, incluso contra los propios gobiernos populistas. Si algún populismo usó la táctica *völkisch* en nuestra región, por cierto que no lo hizo en mayor medida que sus propios opositores ni tampoco en la que hoy la practican partidos que no se califican de populistas en cualquier lugar. Ahora mismo puede leerse en las calles de alguna ciudad europea la consigna “Vote X, para que no haya más indocumentados debajo de su ventana”. Cuando los laboristas ingleses en la posguerra construyeron miles de viviendas populares surgió la leyenda de que los beneficiarios criaban gallinas en las bañeras, lo que inmediatamente pasó a la Argentina en la versión de que levantaban los pisos de madera para asar carne. No hay razón alguna para considerar a la táctica *völkisch* como patrimonio de los populismos.

(b) Las críticas de izquierda y de derecha a los populismos parten de una ortodoxia ideológica propia de la experiencia política de los países centrales, que no puede funcionar en una región donde el capitalismo no se desarrolló – ni podría desarrollarse – autónomamente, sino como un proceso derivado del desarrollo central (el llamado capitalismo periférico). Precisamente por eso nuestro capitalismo nunca tuvo las características del central, lo que provocó la paradoja de que tanto quienes – desde ideologías centrales – defienden o atacan al capitalismo caen en una ortodoxia ideológica que es extraña a nuestra realidad, porque buscan impulsar o atacar un proceso que no existe con las características que le atribuyen, lo que les lleva a un desprecio irracional hacia los movimientos populares.

(c) Las características periféricas de nuestro capitalismo impulsaron a nuestros populismos a improvisaciones, algunas de ellas muy creativas y positivas, pero también muchas veces contradictorias, incluso con abusos a veces autoritarios y graves o con consagraciones de liderazgos personales que en ocasiones derivaron en culto a la personalidad. Todo esto es innegable y huelgan los ejemplos. En cualquier caso, con las señaladas características negativas más o menos marcadas, como nuestros populismos fueron pragmáticos, se ocuparon con preferencia por resolver cuestiones puntuales y cambiantes, por lo que no fueron proclives a ataduras institucionales y no cabe duda acerca de que cometieron errores que sería muy parcial ignorar.

No obstante, si echamos una mirada de conjunto sobre todo el siglo pasado, veremos que merced a los populismos la ciudadanía fue ampliándose. El balance final, en términos de incorporación a la ciudadanía fue positivo. Cualquiera puede afirmar ahora que si se hubiese culminado una revolución socialista completa o si se hubiese desarrollado el capitalismo en forma ortodoxa la ciudadanía sería hoy más amplia, pero la historia no se escribe con potenciales, es como fue. Y lo cierto es que fueron preferentemente esos movimientos no muy orgánicos, ideológicamente contradictorios y con errores, los que crearon y ampliaron la ciudadanía en América Latina.

III LAS CONSECUENCIAS ACTUALES DE ESTE PROCESO

7. El particular proceso de creación y expansión de la ciudadanía en nuestra región y la consecuente experiencia jurídica pesa sobre nuestro presente. La confianza en las instituciones no es en nuestros pueblos muy fuerte, debido a su propia experiencia histórica: las Constituciones liberales del siglo XIX ocultaban repúblicas oligárquicas que los explotaban y sus instituciones con mucha frecuencia fueron esgrimidas contra los movimientos populares que les reconocían la ciudadanía.

Hubo demasiada confusión en nuestra región porque, si bien no siempre, muy frecuentemente las garantías constitucionales fueron esgrimidas por minorías restauradoras que obstaculizaron el avance de la ciudadanía mientras ésta avanzaba por la vía contraria. Lo cierto es que, si bien se ha ampliado mucho la incorporación a la ciudadanía en el curso del siglo pasado, queda mucho por hacer, pues grandes capas de nuestras poblaciones se hallan aún hoy privadas de esa condición y, por ende, poco o nada deben a la legalidad, pues pertenecemos a sociedades que no han cumplido el requisito de la mencionada nota de Rousseau.

Para verificarlo basta pensar en la situación de las personas pertenecientes a nuestras culturas originarias, que hoy hacen escuchar su voz y que sólo recientemente han recibido el reconocimiento constitucional, casi siempre con alcance poco menos que meramente declarativo, y por cierto que en varios de nuestros países, especialmente en los andinos, no se trata de sectores poblacionales reducidos ni minoritarios.

Medio milenio de servidumbre no ha hecho desaparecer a esas culturas y nuestro derecho vigente las mira con asombro y no sabe cómo resolver la realidad que le muestra un sistema jurídico paralelo en funcionamiento. Nuestro pensamiento jurídico geométrico y lineal parece haber olvidado que en la propia Europa convivieron durante siglos sistemas jurídicos paralelos. En verdad, estas poblaciones no tienen muchos motivos históricos para depositar confianza en el reforzamiento institucional.

8. Como si esto fuese poco, estamos en un mundo en que la desconfianza institucional domina en todos los países en razón de nuevos factores destacados por la literatura más reciente, donde se habla de una contrademocracia constituida por las llamadas organizaciones no gubernamentales (ONG) que se arrogan la representación de la sociedad y que no puede ser desconocida (ROSANVALLON, 2007) o donde se señala cómo la judicatura se encuentra sitiada a diario por las víctimas, glorificadas selectivamente por los medios masivos de comunicación social en su incesante búsqueda de rating mediante la incentivación la venganza, constantemente crítica de la labor judicial (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2007).

Los gobiernos del mundo, incapaces de resolver con reformas estructurales graves problemas sociales, los derivan a la judicatura, fenómeno que se ha denominado judicialismo. Estos problemas, extraídos de su ámbito natural de solución, no pueden ser resueltos por la magistratura y, de este modo, ésta sufre un considerable desprestigio.

En síntesis: en un mundo donde prima una grave desconfianza institucional, en nuestra región se suma su tradición histórica de desconfianza y, por ende, la labor de la judicatura se complica más, lo que además se potencia debido a que una parte de la población hoy permanece privada de esa condición.

IV NUESTRA DISCUTIDA CULTURA JURÍDICA

9. Basta mirar nuestras Constituciones para verificar que tenemos consagrados casi todos los derechos imaginables hasta el presente. En los países federales los reiteramos, precisamos y agregamos más en las Constituciones de los entes federados. Además, casi

todos los tratados internacionales de Derechos Humanos están ratificados por nuestros países y según la tesis del derecho único, dominante en nuestros días en el mundo, sus disposiciones tendrían vigencia interna. Sin lugar a dudas que, desde el punto de vista legal no nos faltan consagraciones de derechos. Sin embargo, cuando del deber ser pasamos al ser, las cosas cambian seriamente.

Personalmente creo que, como señala Häberle (1997), existe una cultura jurídica europea. Cabe preguntarse si, con nuestra historia y perspectiva – y pese a las circunstancias negativas señaladas en la actualidad – tenemos una cultura jurídica latinoamericana, o sea, si esta disparidad entre nuestro deber ser y nuestro ser, nos permite hablar de una cultura jurídica en la región.

Aunque gran parte de lo que he manifestado hasta ahora pareciera ser muy negativo a este respecto, sin embargo – y sin ningún optimismo gratuito o ingenuo creo que es posible identificar una cultura jurídica regional. Me baso para ello en que nuestra ciudadanía se ha ido ampliando por caminos propios y, en definitiva, también éstos configuran una cultura, aunque sea parcialmente diferente de la europea.

10. En la clasificación de los derechos humanos por generaciones – hoy muy criticada y hasta pasada de moda – se ha hablado de los derechos humanos de tercera generación y entre ellos del derecho al desarrollo, entendido en un sentido no puramente económico. Pues bien, de alguna manera, si analizamos a fondo la naturaleza de nuestras luchas políticas, veremos que fueron luchas de pueblos de una periferia económica en el contexto colonialista primero, neocolonialista después y ahora globalizado, o sea que, en definitiva fueron y son luchas por el derecho al desarrollo.

Para nosotros, en nuestras grandes luchas populares, el derecho al desarrollo fue siempre de un derecho de primera generación. Puede objetarse que en el curso de estas luchas los derechos civiles y políticos fueron con frecuencia subestimados, pero no es menos cierto que las interrupciones y regresiones en el curso del avance de la ciudadanía, vinieron de la mano de terribles dictaduras, en algunos de nuestros países directamente genocidas.

11. Como el mal absoluto no es de este mundo, estas dictaduras han dejado una profunda huella en la experiencia de nuestros pueblos, que aprendieron a valorar los derechos individuales, como presupuesto indispensable para el espacio social de los movimientos que impulsan la dinámica social. No se trata hoy de defender las libertades declamadas en constituciones del siglo XIX que nadie respetaba desde el poder oligárquico, sino de la vigencia de garantías elementales que permitan la sindicalización, la protesta, el reclamo público, la expresión de las ideas, la huelga, la asociación, etc.

Además, nuestros países han padecido macrodelitos patrimoniales, defraudaciones formidables que han desbaratado sus economías, han retrasado el desarrollo, confiscado los ahorros, dilapidado el capital nacional, arruinado las economías individuales o deteriorado el salario con embustes monetarios e inflación, destruido las fuentes de trabajo, o sea, nuestros pueblos han padecido los efectos de la corrupción en serio, de la corrupción estructural, o sea, la que afecta las patas de la economía misma (crédito, recaudación, aduana y control de servicios) y que, por ende, han victimizado a toda la población.

También aquí cabe observar que el mal absoluto no existe y, por ende, esas tristes experiencias enseñaron que no basta con los que en la criticada clasificación tradicional se señalan como derechos de segunda generación, si no se garantizan los de primera, o sea, han aprendido por experiencia la necesaria globalización de los derechos individuales y sociales. La vida nos ha enseñado la falsedad de la opción pan o libertad. Si se da la libertad, debe darse el pan, pues de lo contrario, los que no lo tienen usarán la libertad para reclamarlo; y si se da el pan deberá darse la libertad, pues sin ella no se podrá controlar a quienes lo reparten y, por ende, se quedarán con todo el pan. Esto, tan elemental, nuestros pueblos lo aprendieron con dolor y sufrimiento.

12. Si brevemente comparamos los difíciles caminos que ha recorrido la ciudadanía en Europa y en nuestra región, resaltarán las diferencias.

En Europa primero lucharon los parlamentos contra las monarquías y los modelos que ampliaban la ciudadanía se extendieron por el continente, surgieron algunas repúblicas y la ciudadanía le fue arrancada por las burguesías a las noblezas, para luego extenderse a las otras capas sociales. Más tarde este proceso fue frontalmente agredido por totalitarismos instalados en potencias fuertes e imperialistas.

En nuestra región la ciudadanía se arrancó a oligarquías; la única monarquía duradera fue la brasileña, pero su nobleza no era hereditaria ni se enfrentaba con una burguesía que le arrancaba concesiones o cartas de derechos. El avance de nuestra ciudadanía no siguió un curso lineal, sino que pasó por movimientos democráticos aunque no siempre respetuosos de los derechos individuales y que muchas veces fueron los que abrieron el espacio para la formación misma de las burguesías que antes no existían.

Tampoco estos avances fueron confrontados por totalitarismos en el sentido europeo, entre otras cosas porque ninguno de nuestros países se erigió en potencia imperialista, sino que chocaron con dictaduras tradicionales primero – del tipo de Tirano Banderas o de El otoño del patriarca – y luego con dictaduras de seguridad nacional, fomentadas o sostenidas por intervenciones extrañas a la región.

Nuestras formas jurídicas siempre fueron constitucionales, aunque en ocasiones y como resultado de esos enfrentamientos y de las contradicciones internas que éstos crearon en los países, la vigencia real de esos textos era meramente formal; hasta las dictaduras de facto pretendieron ser restauradoras, refundadoras o constitucionales.

No carecemos de cultura jurídica, sino que, dado el curso seguido por el avance de la ciudadanía, la desarrollamos de una manera diferente, propia de un proceso periférico del poder mundial y, por tanto, sometido a continuas intervenciones extrañas a la región, pero que se asociaban a fuerzas operantes en ella.

V JURISDICCIÓN, CIUDADANÍA Y CONTROL CONSTITUCIONAL

13. Veamos ahora el papel de la magistratura en este proceso de formación de nuestra cultura jurídica. En nuestra región el control judicial de constitucionalidad de las leyes se estableció desde los orígenes de nuestras instituciones independientes, pero siguió los avatares de la vigencia de las propias constituciones y por ende, en algunos casos se trató de un ejercicio meramente formal, con tribunales nominados y removidos según los accidentes de las luchas políticas, aunque ocasionalmente hayan aportado instituciones creativas y hoy incorporadas al mundo jurídico, como el amparo.

Si bien la jurisdicción ha tenido algún excepcional protagonismo en el avance de la ciudadanía, en verdad comenzó a desempeñar un papel importante a partir del ocaso de las dictaduras militares de seguridad nacional en la década de los años ochenta del siglo pasado. Por consiguiente, en buena medida se trata de una tarea que la jurisdicción tiene pendiente, pero no por ello debemos subestimarnos, porque la escasa o tardía influencia judicial en el desarrollo de la ciudadanía no es una característica latinoamericana, sino que quienes nos sirvieron como modelos jurídicos – Europa y los Estados Unidos – la padecieron en buena medida.

14. En Europa, como la ciudadanía fue producto de una confrontación por la soberanía entre el monarca y el parlamento, ninguna de ambas partes admitía un árbitro que le limitase el poder en lucha, y así fue que el parlamento terminó ocupando todo el poder, toda la soberanía, por lo que ese continente no conoció el control de constitucionalidad o la justicia constitucional. Recién en 1920 aparece este control en la constitución austriaca – inspirada por Kelsen – con una justicia constitucional centralizada, que fue cuestionada por Schmitt, que – como veremos reivindicaba el primado de la política glorificando el estado absoluto. Fue bien entrado el siglo XX cuando en Europa se conoció el control de constitucionalidad, que se extendió en cuatro etapas: la iniciada por Austria (Alemania,

Checoslovaquia, Rumania y la República Española), la de la inmediata posguerra (Italia, Alemania, Austria), la de los regímenes democráticos que siguieron a dictaduras (España, Portugal, Grecia) y la que tiene lugar después de la caída del Muro de Berlín, que comienza con la constitución de Hungría en 1989 y sigue hasta la constitución de Albania de 1999.

Los tribunales constitucionales europeos se reúnen cada tres años en una conferencia a la que en 1972 asistían cuatro tribunales (Alemania, Austria, Italia y Yugoslavia) y que en el 2005 convocó a treinta y seis tribunales, lo cual muestra que la explosión del control de poder en los sistemas europeos es reciente. Una judicatura sin poder de control de constitucionalidad es poco lo que puede hacer para ensanchar la ciudadanía, a lo que cabe agregar que el modelo judicial altamente burocratizado y jerarquizado – modelo napoleónico –, dominante hasta la última guerra mundial, no fue políticamente saludable para las democracias en Europa.

15. Con la independencia de los Estados Unidos una burguesía ya existente y consolidada se liberó de la Corona metropolitana y para gobernarse creó un poder federal, pero con gran desconfianza, por lo que le opuso el control de constitucionalidad e incluso, originariamente, otros controles en los propios estados que no funcionaron (como el Consejo de Censores de Pensilvania, creado en 1776). Allí fue la desconfianza de la burguesía respecto del nuevo poder central que ella misma creaba lo que originó la función arbitral de los jueces y de la Suprema Corte: recordemos que en versión originaria los derechos consagrados constitucionalmente eran limitaciones a la legislación federal, pero no a la de los estados, lo que explica que pese a esa declaración hubiese habido estados esclavistas.

Hubo momentos de luz y sombras en el funcionamiento de este control en cuanto al avance de la ciudadanía: si bien la Suprema Corte emitió en 1856 la vergonzosa sentencia del caso *Dred Scott V. Sandford* (60 U.S. 393, 1856), también es verdad que fue extendiendo los derechos de la Constitución Federal a la legislación de los estados y bien entrado el siglo XX desarrolló su importante jurisprudencia en materia de derechos civiles, que implicó la incorporación de minorías bastante numerosas. Baste recordar que la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonios mixtos fue declarada hace poco más de medio siglo. Por consiguiente, también en los Estados Unidos el papel de la jurisdicción en la ampliación de la base de ciudadanía es relativamente reciente y no siempre fue lineal, pese a que desde sus orígenes dispuso del control de constitucionalidad, que sirvió de modelo para casi todos nuestros países.

VI LA JURISDICCIÓN Y LA CIUDADANÍA EN PERSPECTIVA

16. Como hemos señalado, no carecemos de cultura jurídica, sino que la hemos desarrollado de modo particular. Para conservarla y reforzarla es necesario alimentar la memoria. En este aspecto no debemos olvidar lo que Jhering (2005) nos dice: cuando los pueblos olvidan la lucha por sus derechos, los dilapidan, como los herederos que no supieron de los sacrificios para reunir las fortunas que reciben. Si bien los sacrificios con que aprendieron nuestros pueblos el valor de sus derechos fueron crueles y relativamente recientes, no podemos subestimar la fragilidad de memoria que tienen los pueblos. Con frecuencia, el estrado judicial es un buen escenario para recordar y actualizar las vivencias. Esta contribución de la judicatura no es menor, por cierto.

17. Pero aparte de reafirmar el valor de los derechos de ciudadanía conquistados hasta el presente, lo cierto es que la jurisdicción en nuestra región debe enfrentarse a la amplia brecha entre el deber ser y el ser y a sociedades sumamente estratificadas, donde la desigualdad es muy grande, lo cual señala el largo camino que queda por recorrer en cuanto a incorporación a la ciudadanía. Sin duda que es tarea fundamental de la jurisdicción en el actual momento mundial – en este mundo desequilibrado y desmemoriado –, la defensa decidida de los derechos civiles y políticos, que son el blanco de pulsiones autoritarias que, ante la imposibilidad de mantener al planeta dividido entre civilizados y salvajes, pretenden convertirnos a todos en salvajes y desbaratar la cultura jurídica de los propios países centrales. No podemos ignorar que hoy como nunca desde el fin de la Segunda Guerra Mundial cunden por el mundo aires autoritarios que hacen peligrar los Derechos Humanos más elementales.

Descontado este cometido básico, cabe preguntar si no puede la jurisdicción en Latinoamérica hacer algo más, algo específico respecto de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, como también en los casos de violaciones grupales o incluso masivas a los derechos civiles y políticos. En tanto que con la primordial tarea de detener los impulsos autoritarios en materia de derechos civiles y políticos la jurisdicción cumple la función de garantizar los espacios de libertad por los que transitará la dinámica de cada sociedad, con lo segundo impulsaría en alguna medida esta dinámica.

18. La jurisdicción puede incidir sobre la dinámica social, ampliando la ciudadanía al impulsar los estándares de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo lugar a acciones contra violaciones o limitaciones grupales de derechos individuales, condenando ciertas formas de discriminación, etc. No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto le es posible asumir esta función sin invadir las que competen

a los poderes legislativo y ejecutivo. Estimo que es claro que la jurisdicción no sólo puede sino que debe impulsar los derechos económicos, sociales y culturales, porque de lo contrario éstos perderían el carácter de derechos, quedando reducidos a puras expresiones de buena voluntad contenidas en las Constituciones y en los tratados, pero sin ningún valor jurídico. El efecto de esta indiferencia de la jurisdicción sería catastrófico, puesto que, sumado a la tradicional desconfianza de nuestros pueblos hacia lo institucional y a las limitaciones que aún sufre la ciudadanía, llevaría a que éstos percibiesen al derecho como una herramienta inútil a la que conviene arrojar lejos, con las consiguientes consecuencias violentas en nuestras sociedades.

En síntesis: no se trata de preguntar si lo puede hacer, pues creo claro que lo debe hacer y, por ende, el interrogante es cómo y hasta dónde debe hacerlo sin interferir en las competencias de los otros poderes.

19. Hay derechos que se violan por acción del estado y otros que se violan por omisión; por ende, hay dos maneras diferentes de hacer respetar los derechos: cuando se trata de simples prohibiciones al estado se le impone el deber de omitir, pero cuando se trata de omisiones del propio estado la forma de hacerlos respetar es imponiendo a éste la realización de acciones.

Si bien en general las violaciones por acción corresponden a derechos civiles y políticos y las violaciones por omisión a derechos económicos, sociales y culturales, pero no se trata de una regla ni tampoco es inexorable, pues en ocasiones el respeto a los derechos civiles y políticos exige la realización de acciones por parte del estado, como en el supuesto de deterioro de las prisiones.

Cuando la jurisdicción hace lugar a acciones colectivas en demanda de derechos violados por omisiones del estado, debe imponerle a éste la realización de acciones que, por ser actos de gobierno diferentes de las sentencias, son acciones políticas que en principio corresponden al ámbito de los otros poderes. He aquí la dificultad.

20. Partiendo de la base de que el principio republicano de gobierno – consagrado por todas las Constituciones de la región – implica la racionalidad de todos los actos de gobierno, debemos deducir que todos los poderes del estado se hallan sometidos a decidir conforme a racionalidad. Las sentencias no dejan de ser actos políticos, porque también son actos de gobierno, por ende, deben ser racionales y, además, el control de constitucionalidad – que abarca el respeto al principio republicano – exige que, mediante sentencias, el judicial verifique también el respeto al principio republicano – a la racionalidad republicana – por parte de los otros poderes.

Dentro del ámbito reservado a los otros poderes se hallan las decisiones concretas acerca de las diferentes políticas de estado, y corresponde sólo a éstos decidir cuál será en concreto la forma de llevar a cabo las políticas especiales, de cuya combinación dependerá el avance de la ciudadanía en todas sus formas. Mientras los otros poderes del estado realicen actos de gobierno que están dentro de sus competencias y con ellos elijan alguna de las formas que son discutibles u opinables en el plano de la ciencia política o de la técnica respectiva, la jurisdicción no puede objetar ni imputar omisión alguna, sencillamente porque no existe omisión, sino una acción de gobierno sólo discutible en el campo político o técnico y, por ende, en ámbitos de discusión racional.

La competencia de la jurisdicción se abre sólo cuando no media ninguna política al respecto o cuando la que se articula es irracional porque no es válida, dado que no se halla entre las discutibles en el campo de la ciencia política o del respectivo campo técnico. En tales casos no se trata de imponer una política a los otros poderes, sino de imponerles la obligación de llevar a cabo alguno de las políticas discutibles u opinables como racionales en ese terreno.

Cuando los otros poderes permiten el deterioro de las pensiones y jubilaciones condenando a la miseria a toda la llamada clase pasiva, sin incorporar algún sistema de actualizaciones que permita paliar esta situación, es deber de la jurisdicción emplazar a esos poderes para que articulen alguna política en este sentido; cuando el deterioro carcelario llega a un punto en que no se puede garantizar la vida de los presos y no hay ninguna política de reducción de su número ni de construcción de cárceles, es deber de la jurisdicción proteger el derecho a la vida de los presos e imponerle a los otros poderes que en un término razonable adopten las medidas que hagan cesar esta situación; cuando se deteriora el medio ambiente en forma alarmante y con daño y peligro para la vida de una colectividad, es deber de la jurisdicción imponer a los otros poderes la obligación de articular algún programa racional que detenga y revierta ese proceso; cuando la carencia de vivienda es considerable y no hay ningún plan serio de construcción de viviendas, la jurisdicción puede imponer la obligación de articular algún plan.

El límite que se deriva del propio principio republicano es el que le impide a la jurisdicción imponer una política determinada a los otros poderes, pero el propio control republicano impone a la jurisdicción el deber de exigirles que implementen alguna de las políticas racionales en casos concretos. Cuál sea esa política es materia de discusión pública y en el seno de los otros poderes, pero que alguna debe ser es una decisión que debe imponer la jurisdicción cuando la omisión sea de considerable gravedad.

21. Por cierto que en el ejercicio de esta potestad la jurisdicción debe ser sumamente cuidadosa, pues estas acciones requieren seguimiento en el tiempo, dado que su decisión no se agota en una sentencia. Pero también requieren que la jurisdicción se asegure, antes de hacer lugar a una acción de esta naturaleza, de que mantiene en sus manos poder suficiente como para hacer efectivo su emplazamiento a los otros poderes, pues de lo contrario su decisión sería meramente declarativa y acarrearía considerable desprestigio a la propia imagen de la jurisdicción.

Esta verificación dependerá de la naturaleza de cada acción. Así, puede reservarse el derecho de ordenar los porcentajes de actualizaciones de las pensiones y jubilaciones ante el incumplimiento de los otros poderes, de resolver la soltura de presos con condenas menores, etc. No es saludable que los jueces impartan mandatos cuyo incumplimiento no tenga consecuencia alguna; en tal caso es preferible que asuman la forma de recomendación con clara expresión de la impotencia judicial frente a esa situación. No obstante, es excepcional el supuesto en que la jurisdicción se halla totalmente desarmada en el supuesto de incumplimiento de sus emplazamientos.

22. Sin duda que la asunción de esta competencia por parte de la jurisdicción en nuestra región dará por resultado la resistencia de los otros poderes de los estados, en especial teniendo en cuenta el fortísimo presidencialismo o ejecutivismo que es tradicional en ella, como también de los sectores interesados en detener el avance de la ciudadanía y obtener provecho de la desigualdad. Los argumentos no serán otros que los que se esgrimen cada vez que la magistratura molesta a otros poderes o factores de poder: la dictadura de los jueces, el origen aristocrático de la magistratura y su pretendida incapacidad política.

En principio, la dictadura de los jueces – tantas veces invocada – es la única dictadura que nunca existió. Conocemos dictaduras de ejecutivos que removieron o eliminaron a los jueces, les quitaron su independencia o los privaron de todo poder e incluso los encarcelaron, pero nunca de éstos sobre el ejecutivo y el legislativo. El pretendido origen aristocrático o no democrático de los jueces resulta absurdo tanto en el aspecto formal como de fondo.

En cuanto a su aspecto formal, cabe observar que su nombramiento – como todos en un estado de derecho democrático – depende de instituciones democráticas y, por ende, se trata de una expresión de la voluntad popular de segundo grado, como puede ser el caso de un presidente electo por un colegio electoral. En cuanto al fondo de la objeción, es dable destacar que un poder del estado no es democrático únicamente por provenir de elección popular directa, sino también cuando resulta necesario para el funcionamiento

de una democracia. Un estado sin jueces independientes y con poder suficiente para señalarle a los otros poderes la necesidad de respetar la dignidad de la persona, deja de ser un estado de derecho y también un estado democrático, así como un partido de fútbol deja de ser tal y se convierte en un tumulto cuando no hay árbitro ni jueces de línea.

Por lo que hace a la pretendida incapacidad política de la magistratura, se trata directamente del cuestionamiento de su función de control de constitucionalidad, como lo puso de manifiesto hace más de ochenta años la vieja polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, quien pocos años más tarde sería el ideólogo jurídico político del *drifte Reich*. Siempre que surge una nueva discusión acerca de la competencia de los jueces, las voces interesadas en recortarlos retoman los argumentos de Schmitt, pese a su venerable antigüedad, lo que no puede llamar la atención en un mundo desmemoriado.

Para Schmitt el único que podía decidir en la crisis era el político, entendiendo por tal al titular del ejecutivo, porque sostenía que la judicatura es un órgano burocrático, sólo útil en las situaciones de normalidad. Para este teórico del estado absoluto, sólo el político estaría en condiciones de decidir en situación de emergencia cuáles son las normas constitucionales que se vuelven prioritarias y cuáles deben suspenderse o postergarse. Esta jerarquización de normas constitucionales le permitió aniquilar la Constitución de Weimar – como aniquilaría cualquier otra constitución –, en su intento por legitimar la eliminación y hasta la supresión física de los opositores con el pretexto de la supremacía del principio republicano.

En nuestra región, los avances de la ciudadanía se detuvieron y retrocedieron, tanto en dictaduras como regímenes constitucionales, siempre invocando situaciones de excepción. La emergencia siempre ha sido y continúa siendo el pretexto preferido de nuestras elites y privilegiados.

VII ALGUNAS CONCLUSIONES

- (a) Creo que la historia del nacimiento y desarrollo de la ciudadanía en nuestra región desemboca en una cultura jurídica que se fue configurando por un camino propio, que por razones estructurales no pudo menos que ser diferente del europeo y del norteamericano.
- (b) Creo que es tarea de la judicatura mantener viva esa cultura conservando y fortaleciendo la memoria de las experiencias colectivas que la configuraron.
- (c) Pero también le incumbe – como poder del estado – la función de impulsar la dinámica social ante las limitaciones que ésta sufre frente a la fuerte estratificación de nuestras sociedades y a los intereses que se oponen a su avance.

(d) Para ello debe proteger los derechos de quienes se hallan total o parcialmente excluidos de la ciudadanía.

(e) Esta tarea debe llevarse a cabo no sólo imponiendo la estricta observancia de las prohibiciones que garantizan los espacios sociales de reclamo (derechos civiles y políticos),

(f) sino también mediante emplazamientos para que los otros poderes del estado ejecuten políticas racionales impulsoras de la ciudadanía,

(g) teniendo como límite la elección concreta de la política a seguir, que es competencia propia de los otros poderes.

Por un camino difícil y particular, plagado de dolor y sacrificios, hemos alcanzado el grado actual de desarrollo de la ciudadanía y hemos configurado nuestra propia cultura jurídica. Disponemos hoy de estados democráticos y constitucionales de derecho que durante más de dos décadas casi no conocieron golpes de estado, pese a los accidentes políticos de múltiples gobiernos interrumpidos. Este contexto regional nos señala que ha llegado la hora de un mayor protagonismo activo de la judicatura en el impulso al progreso de la ciudadanía, lo que se revertirá en prestigio institucional de la jurisdicción y en el consiguiente acatamiento popular a sus decisiones, como camino ineludible para aliviar las tensiones en nuestras sociedades y, por ende, como única prevención legítima y eficaz de la violencia social.

REFERENCIAS

ELIACHEFF, Carolina; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. **Il tempo delle vittime**. Milano: Ponte alle Grazie, 2007. Traducción del original de París, 2008. Título original: Les temps des victimes.

HÄBERLE, Peter. **Europäische rechtskultur**: versuch einer annäherung in zwölf schritten. Verlag: Suhrkamp Taschenbuch, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. **La contrademocracia**: la política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2007. Traducción del original de París, 2006.

VON JHERING, Rudolf. **La lucha por el derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

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

A R T I G O S

Violações aos Direitos Humanos no Sistema Interamericano: o fim da impunidade

ELIZABETH CRISTIANE DE OLIVEIRA FUTAMI¹
Universidad del Museo Social da Argentina

BRUNO BARBOSA BORGES²
Universidade do Minho/Portugal

Resumo: Violações aos direitos humanos foram anistiadas pelos Estados latino-americanos por meio das leis de anistia, as quais podem ser denominadas como leis de autoanistia, pois o próprio Estado perdoou agentes estatais que cometeram crimes em seu nome. Nesse sentido, crimes como tortura, desaparecimentos forçados, execuções sumárias e assassinatos praticados por agentes de Estado foram perdoados, porém, as vítimas e seus familiares permaneceram desamparados judicial e moralmente. Além disso, essas leis parecem impedir que direitos dispostos na Convenção Americana de Direitos Humanos, tais como o direito à verdade e à justiça, sejam respeitados. Desse modo, nos questionamos: Seria justo perdoar indivíduos que cometeram graves violações aos direitos humanos em nome do Estado? Seria justo manter leis de anistia que impedem o julgamento desses violadores em plena democracia? Seria justo manter a impunidade? Será que essa impunidade não teria relação com o presente, principalmente quando constatamos crimes semelhantes sendo praticados e não punidos? Em busca dessas respostas analisamos os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao tema, dentre eles a recente decisão da Corte sobre o Brasil no caso “Guerrilha do Araguaia”. Afinal parece que as leis de autoanistia conduzem a perpetuação da impunidade das violações aos direitos humanos, fazendo com que uma cultura de impunidade seja mantida. Todavia, a Corte Interamericana vem, no decorrer de seus julgamentos, avaliando tais leis como inválidas e inaplicáveis, possibilitando, com isso, o respeito aos direitos humanos bem como o fim da impunidade das graves violações. Destaca-se a proteção dos direitos à verdade e à justiça e sua possível relação com a democracia. Seria então possível afirmar que tais decisões da Corte ao colocarem fim à impunidade estariam contribuindo para a criação de uma identidade de respeito à democracia, ao Estado de Direito e aos Direitos Humanos na região latino-americana? Ou melhor, será que o passado autoritário está sendo superado?

Palavras-chave: Sistema Interamericano, violações aos direitos humanos, impunidade.

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

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

Abstract: Human rights violations were pardoned by the Latin American states, by amnesty laws. These laws can be termed as self-amnesty laws, because the state itself forgave state agents who commit crimes in your name. In this sense, crimes such as torture, forced disappearances, summary executions and murders committed by state agents have been forgiven, however, victims and their families remained homeless court and morally. Moreover, these laws appear to prevent rights under the American Convention on Human Rights, such as the right to truth and justice are respected. Rights which also reach the society. This way, we wonder: Is it fair to forgive people who have committed serious human rights violations on behalf of the state? It would just keep the amnesty laws that prevent the prosecution of violators in full democracy? It would just keep impunity? Does that impunity would not have relation with this, especially when we see being committed similar crimes and not punished? In pursuit of these responses, we analyzed the precedents of the Inter-American Court of Human Rights in relation to the theme, including the recent decision of the Court in the case of Brazil “Guerrilla of Araguaia”. After all, it seems that the self-amnesty laws lead to the perpetuation of impunity of human rights violations, making a culture of impunity is maintained. However, the Inter-American Court has in the course of the trials evaluating such laws as invalid and unenforceable, and allowing it to respect human rights and an end to impunity for serious human rights violations. We highlight the protection of the rights to truth and justice and its relation to democracy. It would then be possible to say that such decisions of the Court to put an end to impunity would contribute to creating an identity that respects democracy, the rule of law and human rights in Latin America? Or rather, does the authoritarian past is being overcome?

Keywords: Inter-American system, human rights violations, impunity.

1 INTRODUÇÃO: O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O sistema interamericano tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana (PIOVESAN, 2006, p. 222-223). A competência da Comissão e Corte alcança todos os Estados-parte da Convenção, em relação aos direitos nela sagrados. Dentre as competências da Comissão se destaca o fato de ela atuar como instância preliminar à jurisdição da Corte, além de poder requisitar informações e formular recomendações aos governos dos Estados-parte (RESEK, 2010, p. 229).

Em sua condição pré-jurisdicional pode receber denúncia ou queixa contra Estados-parte, formulada: a) por qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos, b) por Organizações Não Governamentais (ONG's) ou c) por outro Estado-parte. Situações que fazem desencadear, assim, pedidos de informações ao Estado. Diante disso, poderá publicar suas conclusões sobre o caso concreto e submetê-lo à Corte Interamericana, que, como órgão judiciário, irá proferir sentenças definitivas e inapeláveis (REZEK, 2010, p. 230).

Desse modo, o indivíduo que sofreu violação de seus direitos no plano interno pode buscar amparo, em mecanismos de proteção internacional, como o sistema interamericano, ou seja, o indivíduo pode buscar a proteção de seus direitos também no plano internacional, na busca da norma que mais bem o proteja, conforme dispõe a primazia da norma mais favorável à vítima (MAZZUOLI, 2001, p. 24).

Por isso, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. O sistema interamericano se legitima como importante instrumento para a proteção dos direitos humanos.

O sistema interamericano deve ser compreendido por meio da análise de seu contexto histórico e das peculiaridades da região. É preciso salientar que o sistema regional interamericano teve sua origem em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitiu qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos (PIOVESAN, 2010, p. 2).

A região latino-americana ainda possui um elevado grau de exclusão e desigualdade social, que se junta a uma conjuntura de consolidação de democracias. Mas, o que nos chama a atenção é o fato da região ainda conviver “com as reminiscências dos regimes ditatoriais passados, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a frágil e precária tradição de desrespeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.” (PIOVESAN, 2006a, p. 139).

O passado autoritário da região repercute em suas democracias em fase de consolidação, pois, em pleno Estado de Direito são apurados casos de tortura, desaparecimentos forçados, execuções sumárias, assassinatos, violência policial e impunidade. Fatos que comprovam a necessidade de superação desse passado, por meio do rompimento de práticas do legado autoritário na região.

Entretanto, romper com um passado autoritário não é uma tarefa fácil, principalmente em na região em assunto, na qual anistias foram concedidas após graves violações aos direitos humanos. Por meio delas, os Estados renunciam ao seu “*ius puniendi*”, perdendo a prática de infrações penais – ou como explanam Delmanto et al (2007, p. 305), promovendo “o esquecimento de certas infrações penais.”. Mas, seria justo perdoar indivíduos que cometeram graves violações aos direitos humanos em nome do Estado? Seria justo manter leis de anistia que impedem o julgamento desses violadores em plena democracia? Seria justo manter a impunidade?

Primeiramente, é preciso ter claro que o próprio Direito Internacional expressamente promove o uso de anistias ao fim de um conflito armado. Porém, essas anistias devem ser analisadas de forma distinta das que impedem a punição aos violadores dos direitos humanos. Afinal, essas últimas são denominadas de autoanistias, e o próprio Estado se perdoa pelos crimes que seus agentes cometeram em seu nome. Assim, de forma geral, perdoar infrações penais seria permitido, mas perdoar violações aos direitos humanos seria inadmissível (BASTOS; SOARES, 2010, p. 294).

Nesse sentido, o sistema interamericano tem apreciado essas leis de autoanistia, e em seus julgamentos, busca evitar que graves violações aos direitos humanos sejam encobertas. Por isso, tal sistema vem julgando tais leis como sendo inválidas e inaplicáveis, e

por meio do respeito ao direito à verdade e à justiça, condena os Estados que as tenha emitido.

2 OS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA

Os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH) são um objeto de análise que permite visualizar a constante preocupação desse sistema regional com a pessoa humana no sentido de que ela tenha seus direitos à verdade e justiça respeitados. Desse modo, passa-se à breve análise dos casos Castillo Páez *versus* Peru, Barrios Altos *versus* Peru, Almonacio Arellano e outros *versus* Chile, La Cantuta *versus* Peru, Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) *versus* Brasil.

No julgamento do caso Castillo Páez *versus* Peru, a Corte analisou o sequestro e posterior desaparecimento do estudante universitário e professor Ernesto Rafael Castillo Páez, detido no dia 21 de outubro de 1990 pela Polícia Nacional do Peru (CORTEIDH, 2011b). A iniciativa do processo foi feita pela família de Castillo Páez que desde então não obteve informações sobre o que de fato teria ocorrido a ele, acusando o Peru por violação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Corte, nesse julgamento, reforçou o direito à verdade e à informação em relação aos fatos de desaparecimento forçado, ressaltando que embora o direito à verdade não esteja presente de forma expressa na Convenção Americana de Direitos Humanos, já representa um conceito em desenvolvimento na doutrina e jurisprudência. Além disso, alegou que a própria decisão da Corte assegurava o direito à verdade, ao estabelecer o dever de o Peru investigar os fatos que produziram violações à Convenção Americana (CORTEIDH, 2011c).

Nessa mesma decisão, a Corte ainda verificou a questão das leis de anistia peruanas que poderiam constituir um obstáculo ao cumprimento das obrigações de investigar os responsáveis por violações aos direitos humanos no Peru. Asseverou ainda que o país teria que remover qualquer obstáculo legal que impedisse a investigação e sanção.

Como expressa o voto dos juízes Trindade e Burelli (2011):

la doctrina contemporánea en materia de reparaciones de violaciones de derechos humanos ha establecido la relación entre el derecho a la reparación, el derecho a la verdad y el derecho a la justicia (que comienza por el acceso a la justicia), - derechos estos cuya realización se ve obstaculizada por medidas de derecho interno (tales como las llamadas autoamnistías atinentes a violaciones de los derechos humanos) que conducen a una situación de impunidad.

Em outro caso denominado “Barrios Altos *versus* Peru”, sobre o assassinato de um grupo de pessoas por indivíduos que trabalhavam para o serviço de inteligência militar do Peru, e posteriormente, acobertados pelas leis de anistia peruanas, novamente a Corte aduziu sobre as leis de anistia. Condenou o Peru a reabrir investigações judiciais acerca dos fatos em questão, de forma a revogar ou tornar sem efeito as mencionadas leis de anistia. Além, é claro, de condená-lo à reparação por danos morais e materiais sofridos pelos familiares das vítimas.

Segundo a Corte (CORTEIDH, 2011a, par. 44):

como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos.

No julgamento Barrios Altos, a Corte deixa claro que concessão de anistia leva à ausência de defesa da vítima e perpetua a impunidade, não devendo ser mantida. Para a Corte,

son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (CORTEIDH, 2011a, par. 41).

De acordo com Piovesan (2010, p. 4), “esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade”. Isto porque o direito à verdade garante que os familiares das vítimas e a sociedade sejam informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Com relação ao caso “Almonacid Arellano e outros *versus* Chile”, a Corte (CORTEIDH, 2011, par. 3) analisou a ausência de investigação e sanção aos responsáveis pela execução extrajudicial do cidadão Almonacid Arellano, ocorrida em 1973, a partir da aplicação do Decreto-Lei n.º 2.191/78 (lei de anistia chilena).

Conforme a Corte (CORTEIDH, 2011, par. 115), o homicídio de Almonacid Arellano foi qualificado como crime de lesa-humanidade, e por isso não passível de anistia, entendendo que o Chile violou a Convenção Americana ao manter vigente tal lei. A Corte ressaltou que os Estados não podem negligenciar seu dever de investigar, determinar e sancionar

os responsáveis por crimes contra a humanidade, aplicando leis de anistia ou outro tipo de norma interna. Consequentemente, os crimes de lesa-humanidade são impassíveis de anistia (CORTEIDH, 2011, par. 114).

As leis de autoanistia conduzem ao desamparo das vítimas e à perpetuação da impunidade dos crimes contra a humanidade, de modo que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana e, sem dúvida, afetam os direitos nela sagrados. Ditas leis “constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado.” (CORTEIDH, 2011, par. 119).

No caso “La Cantuta *versus* Peru”, a Corte se defrontou com o desaparecimento forçado e execuções sumárias de nove estudantes e um professor da Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle, localizada em La Cantuta, na cidade de Lima, ocorrido em 18 de julho de 1992, perpetrada por um “esquadrão da morte”, bem como sua posterior falta de investigação e impunidade face às leis de anistia.

Em sua sentença a Corte (CORTEIDH, 2011e, par. 167-168) se utilizou do entendimento sobre as leis de anistia, expostos em seus precedentes, ressaltando que, no caso “Barrios Altos *versus* Peru”, já havia examinado o conteúdo das leis de anistia desse país como sendo contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos, em uma decisão que possuiu efeitos gerais. Além disso, reafirmou que a promulgação dessas leis por si só viola a Convenção bem como geram responsabilidade internacional do Estado.

Para a Corte (CORTEIDH, 2011e, par. 157)

la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados; más aún pues la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado carácter de *ius cogens*.

Dessa forma, a Corte considerou que normas *jus cogens*, ou seja, normas imperativas de Direito Internacional geral, aceitas e reconhecidas pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como normas das quais nenhuma derrogação é permitida e só podem ser modificadas por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza³, foram violadas pelas leis de autoanistia.

³ Artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 26 de maio de 1969.

Dentre essas normas imperativas, estariam a proibição dos crimes contra a humanidade, a igualdade perante a lei, o direito ao juiz natural, o acesso à justiça. Assim, na medida em que impede a realização da justiça por crimes de tamanha gravidade, as autoanistias violam as normas *jus cogens*.

Como reforça Trindade (2006, par. 10), em sua decisão, “las autoamnistías son, a mi modo de ver, la própria negación del Derecho [...] en la medida en que impiden la realización de la justicia por crímenes de tamaña gravedad, las autoamnistías son violatorias del *jus cogens*.”.

Por fim, a mais recente decisão é a referente ao Brasil, no caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. O caso está relacionado à detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de setenta pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região (opositores ao regime militar). Foi resultado de operações empreendidas entre 1972 e 1975 pelo Exército Brasileiro, a fim de erradicar a *Guerrilha do Araguaia*, no contexto da ditadura militar no Brasil, e posterior lei de anistia brasileira de 1979 (CIDH, 2011a).

No dia 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH, 2011d) condenou o Brasil pelo desaparecimento forçado de pessoas contrárias à ditadura militar e assassinadas durante a repressão à Guerrilha do Araguaia.

De acordo com a Sentença, a Corte Interamericana declarou que as disposições da lei de anistia brasileira são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos, pois essas disposições impedem a investigação e sanção de graves violações aos direitos humanos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Tampouco, podem ter igual ou semelhante impacto sobre outros casos de grave violação de direitos humanos sagrados na Convenção (CORTEIDH, 2011d).

Por conseguinte, a Corte, por unanimidade, dispôs, dentre outros, que o Estado brasileiro deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos da Guerrilha do Araguaia, a fim de esclarecê-los; determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja; realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, quando for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares; bem como, oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram (CORTEIDH, 2011d).

Em todos esses casos, direitos e deveres previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos foram violados pelos Estados, dentre os quais se destacam: a) a violação à obrigação de respeitar os direitos previstos na Convenção (art. 1.1); b) a violação ao direito a garantias judiciais, pelo qual “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável.” (art. 8.1); c) a violação ao direito à proteção judicial, que dispõe que: “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido [...] que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais [...], mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.” (art. 25.1); e d) a violação ao dever de adotar disposições de direito interno, pelo qual os Estados-parte se comprometem a adotar, todas as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornarem efetivos os direitos e liberdades sagrados na Convenção.

Em resumo, as leis de autoanistia violam o direito à justiça, à verdade, e ao impedirem a investigação, persecução, captura e sanções dos responsáveis por graves violações aos direitos humanos, descumprem o art. 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, criando um obstáculo para o esclarecimento dos fatos. Além disso, a adoção dessas leis despreza a obrigação de adequar o direito interno às normas da Convenção (art. 2).

Assim, pode-se perceber que a racionalidade adotada pela Corte Interamericana é clara, no sentido de que, primeiro, as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; segundo, constituem um ilícito internacional e; terceiro, não obstam o dever do Estado de investigar, julgar e reparar as graves violações cometidas, assegurando às vítimas o direito à justiça e à verdade (PIOVESAN, 2010, p. 5).

3 DEMOCRACIA, VERDADE E JUSTIÇA

Depois da apreciação desses precedentes, cabe destacar a definição e a possível importância do direito à justiça e à verdade num contexto democrático.

O direito à justiça é concretizado quando se permite o julgamento dos violadores de direitos humanos. Desse modo, apesar dos julgamentos se mostrarem complicados – principalmente nesse contexto, em que o Estado, por meio de seus agentes, cometeu graves violações aos direitos humanos – punir os violadores por meio de julgamentos pode servir para evitar a prática desses crimes no futuro e também de conforto às vítimas.

Outrossim, pode estabelecer princípios morais, e apresentar lições coletivas sobre a justiça, e até ajudar a restaurar a confiança nos poderes judiciais e noutras instituições democráticas (VAN ZYL, 2008, p. 17). Porém, há que ter cuidado para que os julgamentos não sirvam de palco para revanchismos e vinganças, devendo o acusado ter sempre respeitados seus direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Enfatiza-se que o julgamento e outras ações contra os perpetradores funcionam como um alerta. Mesmo não alcançando todos os responsáveis, os julgamentos ganham repercussão nos diversos meios de comunicação, demonstrando que não existe lugar aonde a justiça não chegue. Os responsáveis tomam conhecimento de que “não existe nenhum santuário que os proteja da justiça.” (BASTOS, 2009, p. 67), e ao Estado, outrora violador, passa a lição de que as violações aos direitos humanos constituem a exceção e, não, a regra.

Quanto ao direito à verdade – ou seja, o revelar a verdade às vítimas e a toda a sociedade – é importante, pois o real conhecimento do que ocorreu possibilita a construção da história, e permite o reconhecimento das injustiças cometidas por parte do Estado e de seus agentes. O estabelecimento de uma verdade oficial sobre um passado autoritário pode ajudar as gerações futuras a reconhecer e resistir a um retorno às práticas abusivas (VAN ZYL, 2008, p. 19). Por isso, cabe ao Estado assegurar o direito à verdade, tanto em sua dimensão individual como coletiva (PIOVESAN, 2009, p. 180).

Conforme preceitua a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, 2011), toda a sociedade tem o irrenunciável direito de conhecer a verdade do ocorrido, bem como as razões e circunstâncias que levaram os graves delitos a ser cometidos, com o fim de evitar que esses momentos voltem a ocorrer no futuro. Disso apreende-se a importância de se respeitar tal direito (PIOVESAN, 2009, p. 180).

Conclui-se que a verdade contribui para o respeito à memória, que por sua vez pode ter como função evitar a repetição da catástrofe. Afinal, se a injustiça for esquecida ou dada como prescrita, como comenta Bastos (2009, p. 87), “tudo é possível e tudo está permitido.”.

Nesses termos, cria-se a conexão entre memória e justiça. Segundo Bastos (2009, p. 87), “a memória equivale à exigência da justiça já que o esquecimento seria a sanção da injustiça.”. Com isso, mostra que a memória também detém a função de manter vivas as recordações e os direitos vigentes, denegados no passado.

Contudo, em muitos casos, a preservação da memória se depara com duas verdades distintas: a dos vencedores e a dos vencidos. Normalmente, a versão dos vencedores é a

que se tem como verdade, por isso, numa democracia é importante ouvir também a verdade dos vencidos. Afinal, os vencidos precisam resgatar sua dignidade!

De acordo com Ruiz (2009, p. 12) “só a memória pode fazer justiça aos injustiçados da história no passado”, sendo ela “o recurso que as vítimas da injustiça têm para reclamar por justiça na sua condição de injustiçados”. Como assevera Méndez (2011), o Estado, ao obstruir a verdade, termina não favorecendo a criação de condições democráticas. Ao contrário, favorece ao autoritarismo e à falta de democracia.

Em síntese, o direito à verdade pertence a todos, e é por meio dele que se extingue a ignorância, se fortalece-se a consciência de responsabilidade dos indivíduos e da coletividade, e se obtém mais respeito à vida humana. Pois, a verdade nada mais é do que “o solo sobre o qual nos colocamos de pé e o céu que se estende acima de nós.”, é “aquilo que não podemos modificar.” (ARENDETT, 2009, p. 325), é aquilo que se precisa conhecer.

Nas palavras de Vieira Júnior (2010, p. 46), “deve ser esforço de todos, Estado e sociedade, recuperar e disponibilizar acervos que contêm o que efetivamente ocorreu na história do país para que o valor da democracia seja percebido e cultuado pelas novas gerações.”.

Outro importante liame é percebido nas palavras de Bastos (2009, p. 67), quando deixa claro que

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

Dessa maneira, a justiça está intimamente ligada à verdade. Buscando inspiração nas lições de Bobbio (1988, p. 110) tem-se que a democracia é o governo do poder visível, do “poder sem máscaras”, uma vez “que pertence à natureza da democracia a exigência de que nada possa permanecer encerrado no espaço do mistério.”. Surge, então, a afirmação de que a democracia deve mostrar a verdade, já que faz parte de sua essência. Uma verdade tanto em relação aos atos presentes quanto aos passados.

Afinal, como alerta Kathryn Sikkink e Carrie Booth Walling (*apud* PIOVESAN, 2009, p. 186) “é difícil construir um Estado de Direito ignorando graves violações a direitos civis e políticos e fracassando ao responsabilizar agentes governamentais do passado e do presente.”.

Por fim, ainda nas palavras de Bobbio (1992, p. 1), “sem direitos do homem, reconhecidos e protegidos, não há democracia. Dessa forma, verdade e justiça se mostram essenciais à democracia.”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A CONSTRUÇÃO DE UMA IDENTIDADE

As leis de autoanistia foram utilizadas por alguns Estados latino-americanos para impedir que os indivíduos que cometeram graves violações aos direitos humanos fossem processados e julgados. Sagrou-se a impunidade como um legado autoritário. Afinal, o próprio Estado se perdoou por crimes que seus agentes praticaram em seu nome. Crimes como a tortura, desaparecimento forçado e execuções sumárias, mesmo impassíveis de anistia, foram anistiados pelo manto da impunidade.

Essa atitude manteve as vítimas e seus familiares, bem como toda a sociedade, sem acesso ao direito de saber a verdade dos fatos e a partir disso construir sua história, sem o direito de acesso à justiça e sem dignidade respeitada. Enfim, manteve desrespeitados os direitos dispostos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, o passado se manteve no presente, principalmente quando se constata a cultura da impunidade, na qual a justiça não se faz para todos, que se junta com práticas como tortura, agressões, homicídios, cometidos por agentes policiais em pleno Estado Democrático de Direito. Por isso, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos depende da superação do passado autoritário da região.

Além disso, segundo Guillermo O’Donnell (*apud* BRITO; CONZALÉZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004, p. 55-56), as democracias latino-americanas, ao conservarem práticas autoritárias, promoveram a exclusão de vastos setores dos benefícios da democracia.

Ressalta-se também que, quanto mais fortes são os valores, atitudes e condutas não democráticas, mais provável é que essa democracia funcione com limitações. Assim, decorre que “os legados autoritários são indicativos de democracias incompletas e como tal, é preciso combatê-los.” (BRITO; CONZALÉZ-ENRÍQUEZ; FERNÁNDEZ, 2004, p. 56).

O combate à cultura da impunidade é fundamental, pois como a clara Beccaria (2009, p. 37), “o que importa é que nenhum crime conhecido fique sem punição.”. Por conseguinte, manter impunes os violadores de direitos humanos mediante leis de anistia pode contribuir para que o legado da impunidade não seja superado.

Quando se analisa os precedentes da Corte Interamericana, percebe-se que o sistema caminha rumo a um fortalecimento democrático, com respeito aos direitos humanos previstos na Convenção Americana. A cultura da punibilidade começa a se consolidar com a extinção das leis de autoanistia e, conseqüentemente, o fim da impunidade para as violações aos direitos humanos.

Todos os precedentes aqui expostos indicam que os legados autoritários estão sendo combatidos, pois a partir do respeito às determinações do Sistema Interamericano, os Estados poderão consolidar uma nova postura frente aos direitos humanos, tendo como premissa maior que “é o futuro que nos impele de volta ao passado.” (ARENDDT, 2009, p. 37), e que é a jovem democracia que necessita das lições do passado para se fortalecer. Essa nova postura poderá permitir que o passado de graves violações seja realmente passado.

Por fim, as decisões da Corte vêm contribuindo sobremaneira para a construção de uma identidade regional latino-americana, em que a impunidade aos direitos humanos não será mantida; mas, sim, combatida. E a verdade e a justiça serão respeitadas. E os ideais do Estado democrático de direito serão fortalecidos. A América Latina parece, finalmente, caminhar para a consolidação da tríade Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Tradução de Mauro W. Barbosa. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2009.

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

BASTOS, Lúcia Elena Arantes Ferreira; SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito à verdade na Corte Interamericana de Direitos Humanos: as perspectivas no julgamento do Brasil (Caso Araguaia). In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, Brasília, Ministério da Justiça n. 3, p. 288-306, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD59503A9ITEMID46B25A9C93394F1B9C87BCEF71C19589PTBRNN.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

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

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AG/RES. 2175 XXXVI-O/06. El Derecho a la verdad. Aprobada en la quarta sesión plenaria, celebrada el 6 de jun. 2006. Disponível em: <<http://www.cidh.oas/annualrep/2006sp/cap2a.2006.sp.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Organização dos Estados Americanos. Relatório de Admissibilidade. Caso n. 11.552. Guerrilha do Araguaia, Julia Gomes Lund e outros. BRASIL, 6 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2011a.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n. 154. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Barrios Altos vs. Peru. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011a.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de 30 de enero de 1996. Excepciones Preliminares. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15 mar. 2011b.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Fondo. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15 mar. 2011c.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTEIDH). Caso Gomes Lund e Outros – “Guerrilha do Araguaia” vs. Brasil. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15 mar. 2011d.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUAMANOS (CORTEIDH). Caso La Cantuta vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011e.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MÉNDEZ, Juan. Entrevista com Juan Méndez, presidente do International Center for Transitional Justice (ICJT). Revista Internacional de Direitos Humanos – SUR. Entrevista concedida a Glenda Mezarobba. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo7.php?artigo=7,port,artigo_juan.htm>. Acesso em: 2 fev. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006a.

_____. **Leis de anistia, direito à verdade e à justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano**. [S.n.t], 2010. 11 p. mimeo.

_____. Direito internacional dos Direitos Humanos e Lei de Anistia: o Caso Brasileiro. In: Revista Anistia Política e Justiça de Transição, n. 2, jul./dez. 2009, Brasília, Ministério da Justiça, p. 181, 2009. Disponível em: <<http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2010RevistaAnistia02%5B1%5D.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

RESEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RUIZ, Castor M. M. Bartolomé. Introdução. In: RUIZ, Castor M. M. Bartolomé (Org.). **Justiça e memória**: para uma crítica ética da violência. São Leopoldo (RS): Ed. Unisinos, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; BURELLI, Alírio Abreu. Voto conjunto dos juízes. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Reparaciones y Costas. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 14 mar. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto do juiz. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentença de 26 de outubro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

VAN ZYL, Paul. Promoviendo la justicia transicional en sociedades post-conflicto. In: ROMERO, Mauricio (Ed.). **Verdad, memoria y reconstrucción**: estudios de caso y análisis comparado. La Paz: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), 2008, p. 14-44.

VIREIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Anistia, tortura e terrorismo de Estado: segurança jurídica e direitos humanos. In: **Revista Jurídica de Direito Público**, Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 8. n. 28, jan./mar. 2010.

Data do Recebimento: novembro/2013. Data da Aceitação: maio/2014

Desenvolvimento: a construção social de um conceito a partir da materialização da democracia

ELTON DIAS XAVIER¹

TACYANA KAROLINE ARAÚJO LOPES²

ANA ALVAREZ MUÑIZ³

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG; Professor do Curso de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social na Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes.

² Mestre em Desenvolvimento Social. Universidade Estadual de Montes Claros – Unimontes.

³ Mestre em Direito Internacional. Analista Internacional e mestranda em Direito Internacional. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC MINAS.

1 DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA

Historicamente, o desenvolvimento tem sido perseguido por países, estados e regiões com o objetivo de melhorar a qualidade de vida a partir principalmente do sucesso econômico.

A discussão do desenvolvimento perpassa, portanto, pela distinção entre o crescimento econômico e o crescimento social. Este, entendido aqui como o próprio desenvolvimento.

A reflexão histórica do desenvolvimento, inicialmente tratada como sinônimo de crescimento, remonta ao século XVIII, momento de sistematização do pensamento econômico e das ideias de liberalismo. A escola econômica clássica fundada na filosofia fisiocrata⁴ tem na figura de Adam Smith um de seus grandes idealistas. Smith preconizava um equilíbrio no mercado pela sua autorregulação, ou seja, sem a intervenção do Estado. Para Smith (1776), a economia não deveria vincular-se apenas ao metalismo e ao enriquecimento da nobreza, na figura da nação, uma vez que a população estaria excluída dos benefícios econômicos produzidas pelo trabalho.

Este conceito de desenvolvimento econômico não é mais aceito. A melhoria da renda *per capita* e o aumento da produção não podem mais ser entendidos como suficientes para solucionar os problemas econômicos e sociais de um país. É resistente e bem sedimentada a ideia de que o crescimento econômico é uma condição necessária, mas não suficiente ao desenvolvimento (CARDOSO, 1980; FURTADO, 1981; KLIKSBURG, 2001; SEN, 2000).

⁴ Doutrina professada por alguns economistas do século XVIII, que repousa na ideia de que toda riqueza vem da terra, de que a única classe produtiva é a dos agricultores e de que há leis naturais, baseadas na liberdade e na propriedade privada, que basta respeitar para manter uma ordem perfeita (HOUAISS, 2001).

Na distinção entre o crescimento econômico e desenvolvimento convém salientar o pensamento de Sachs (2001, p. 161) que chama a atenção para os resultados inexpressivos que o crescimento concentrado pode produzir nas pessoas situadas na base da pirâmide social.

Já Furtado, citado por Veiga (2006, p. 188-189), faz esta distinção da seguinte maneira:

O crescimento econômico, tal qual o conhecemos, vem se fundando na prevenção dos privilégios das elites que satisfazem seu afã de modernização; já o desenvolvimento caracteriza seu projeto social subjacente. Dispor de recursos para investir está longe de ser condição suficiente para preparar um melhor futuro para a massa da população. Mas quando o projeto social prioriza a efetiva melhoria das condições de vida dessa população, o crescimento se metamorfoseia em desenvolvimento.

Comungando do mesmo raciocínio, Sen (2000) salienta que a pobreza deve ser considerada como privação de capacidades e não como baixo nível de renda, que é o critério comumente utilizado para identificar os níveis de pobreza. O autor deixa claro, porém, que ao se analisar a pobreza na perspectiva da privação das capacidades não se nega que a renda baixa é uma das principais causas do fenômeno e que a falta da renda pode representar uma razão básica da privação de capacidades das pessoas. Isto significa dizer que a renda por si só não é capaz de solucionar todos os problemas sociais.

Diante destas concepções, cabe aqui resgatar a ideia de Rist (1997) que caracteriza o desenvolvimento como uma aspiração utópica e inatingível e que, apesar de ser buscado por todos, é uma situação inalcançável para muitos. Todavia, o autor salienta ainda um conceito analítico que alinha o desenvolvimento às práticas socioeconômicas e políticas que garantam a equalização dos contrastes sociais no processo de construção de uma justiça social.

Neste sentido, o desenvolvimento deixa de ser visto apenas como melhoria de indicadores econômicos, ou como mínimo social⁵ (vinculado à satisfação das necessidades essenciais) e passa a ser representado pelo exercício da cidadania e pela materialização da democracia⁶. Desenvolvimento e democracia, então, devem ser elementos indissociáveis para se alcançar a cidadania.

⁵ Pode-se definir o conceito de “básicos sociais” como as garantias necessárias à existência digna e livre (PEREIRA, 2002).

⁶ Que consistiria na efetivação dos direitos sociais (renda, habitação, saúde, educação) e na apropriação desses direitos por toda a população.

É certo que pode haver desenvolvimento fora da democracia, como mostra a experiência de alguns países, como Cuba e alguns países árabes. Entretanto, há um consenso no mundo ocidental de que a democracia é um dos melhores caminhos para se chegar ao almejado desenvolvimento. Isso porque esse regime de governo dos Estados modernos pressupõe igualdade, mas admite e respeita as diferenças, oferecendo a todos, ainda que sem a plenitude almejada, o direito e a possibilidade de serem individuais e únicos.

Evidentemente que a igualdade é corolário lógico da democracia, desde que o conceito de igualdade seja analisado com cuidado e de fato, como bem lembrou Aron, sintetizando Tocqueville, quando lecionou que

A democracia consiste na igualização das condições, democrática é a sociedade onde não subsistem distinções de ordem e de classes; em que todos os indivíduos são socialmente iguais, o que não significa que sejam intelectualmente iguais, o que é absurdo, ou economicamente iguais, o que é impossível. A igualdade social significa a inexistência de diferenças hereditárias de condições, quer dizer que todas as honrarias são acessíveis a todos (TOCQUEVILLE, 1998, p. IV).

Mas, como pensar no acesso igual às honrarias num país, se nem mesmo o acesso ao mínimo essencial – como exemplo, o acesso à água tratada – é garantido a todos os indivíduos?

A partir de los fundamentos teóricos, se argumenta que la democracia: supone una idea del ser humano y de La construcción de la ciudadanía; es una forma de organización del poder que implica la existencia y buen funcionamiento del Estado; implica **una ciudadanía integral, esto es, el pleno reconocimiento de la ciudadanía política, la ciudadanía civil y la ciudadanía social; es una experiencia histórica particular en la región, que debe ser entendida y evaluada en su especificidad; tiene en el régimen electoral un elemento fundamental, pero no se reduce a las elecciones** (PNUD, 2010, grifo nosso).

O Programa Nacional das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)⁷ aponta que os principais percalços para a consolidação da democracia na América Latina – inclusive no Brasil – são a pobreza e a desigualdade. Isto significa que a existência de um regime político no qual a maioria possa eleger livre e legitimamente os governantes não é suficiente para vencer as desigualdades. É preciso existir a universalidade de direitos. O próprio documento do PNUD traz as seguintes palavras, atribuídas ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), Kofi Anan:

Eleições regulares e livres são vitais, mas não são suficientes. Somente quando todos os cidadãos se beneficiarem de todos os seus direitos – políticos,

⁷ Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso: 5 jul. 2009.

civis e sociais – é que sentirão que a democracia é importante para eles (PNUD, 2010).

A cidadania tem papel de igualar os indivíduos. Na definição de “mínimos sociais” como condição cívica para o exercício da democracia, acredita-se que o básico social constitua

Fruto secular das sociedades divididas em classes – sejam elas escravistas, feudais ou capitalistas a provisão de mínimos sociais como sinônimo de mínimos de subsistência, sempre fez parte da pauta de regulações desses diferentes modos de produção, assumindo preponderantemente a forma de uma resposta isolada e emergencial da pobreza extrema. [...] Só no século XX é que os mínimos de subsistência passaram a ser revistos à luz de valores que, identificados com os princípios da liberdade, equidade e justiça social, conferiram-lhes um novo *status*. Assim, os chamados mínimos sociais foram perdendo o seu estrito caráter individual, a sua conotação meramente biológica ou natural e sua vinculação exclusiva com a pobreza absoluta. Em decorrência, sua tematização deixou de girar em torno de necessidades pessoais extremas de formas de proteção voluntaristas e de concepções mágicas ou informadas pelo senso comum, para privilegiar necessidades sociais como matéria de direito, a ser enfrentadas por políticas de decisões coletivas (PEREIRA, 2002, p. 15-17).

Por essa óptica, o alcance dos mínimos sociais deixa de ser apenas mecanismo de mensuração da pobreza, passando a indicador do nível de democracia social ao qual se chega por meio da satisfação das necessidades substantivas dos indivíduos (aqui entendidos na perspectiva de Sen, 2000).

Na discussão do conceito de “mínimos sociais” é importante diferenciá-lo dos “básicos sociais”. Estes são mais acertados, por retratar as necessidades substantivas de saneamento básico, saúde, educação, renda e emprego. Para a corrente teórica adotada

Mínimo e básico são, na verdade, conceitos distintos, pois, enquanto o primeiro tem a conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada como patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social, o segundo, não. O básico expressa algo fundamental, principal, primordial, que serve de base de sustentação indispensável e fecunda ao que ela se acrescenta (PEREIRA, 2002, p. 26).

Ao proceder à análise do acesso aos mínimos sociais entre as regiões brasileiras, o hiato regional entre a distribuição de saneamento básico, renda, saúde e educação constitui sintoma de que a democracia brasileira ainda não está materialmente consolidada para todos os indivíduos e não permite a igualdade humana básica entre os brasileiros de diferentes regiões, sendo a desigualdade e a ausência de políticas públicas interventivas os principais empecilhos à consolidação da democracia material. Isto, porque

Aqueles que não usufruem bens e serviços básicos ou essenciais, sob forma de direitos, não são capazes de se desenvolver como cidadãos ativos, conforme preconiza a própria LOAS; ou, como, como diz o Relatório de

Desenvolvimento Humano (RDH, 1990, p. 19), das Nações Unidas, que serviu de ponto de partida para relatórios anuais subseqüentes da mesma Instituição: não são capazes de desfrutar uma vida prolongada e saudável, conhecimento, liberdade política, segurança social, participação cumulativa, direitos humanos garantidos e respeito a si próprio (PEREIRA, 2002, p. 27).

A ideia de cidadania como pressuposto lógico da democracia – especialmente na concepção sociológica de cidadania, e não apenas na sua concepção formal, condicionada ao exercício de direitos políticos – é a base da análise que ora se procederá sobre alguns indicadores sociais brasileiros que podem demonstrar o estágio da consolidação material da democracia.

Inicialmente, para se discutir a metodologia utilizada no estudo, é preciso reconhecer que, se por um lado não existe uma escala capaz de mensurar objetivamente o grau de democracia alcançado por um Estado, vez que o exercício da cidadania talvez não se expresse objetivamente em números, por outro lado é certo também que a estatística fornece elementos para averiguar o nível de implementação ou materialização alcançado por determinado povo em relação ao acesso aos direitos sociais que esses indivíduos têm. Também se pode perceber de que forma esse acesso se encontra ou não distribuído no território. E se busca, com isso, diagnosticar de que forma se dá o implemento da igualdade democrática na vida de cada indivíduo.

Diante da metodologia de análise, a democracia é, então, analisada neste estudo a partir do alcance da população a direitos sociais mínimos e da salvaguarda pelo Estado do atendimento às necessidades humanas substantivas dos indivíduos e da garantia do direito a ter direitos.

2 INDICADORES SOCIAIS NO BRASIL E O ALCANCE DOS MÍNIMOS SOCIAIS

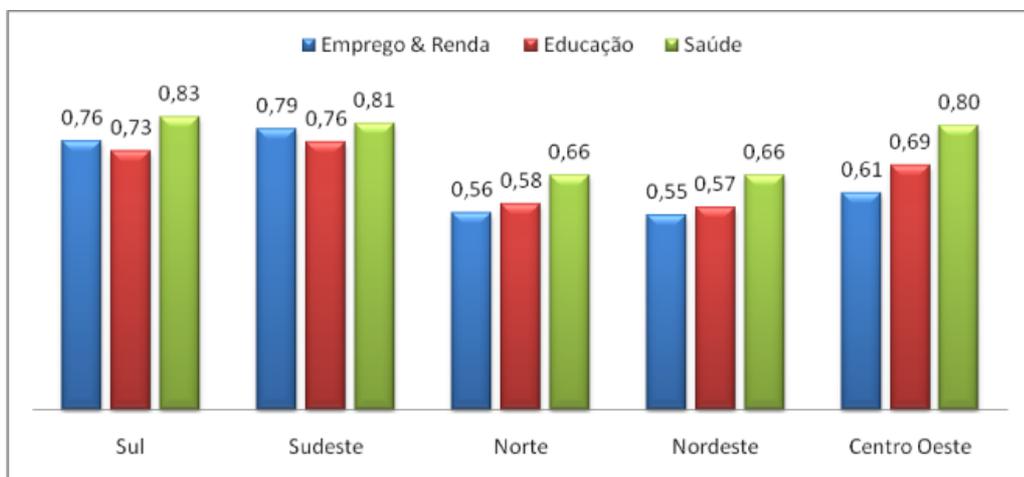
Para demonstrar o contraste do modelo formal de Estado Democrático adotado e o estágio democrático material alcançado pelo Brasil analisam-se, segundo o conceito de mínimos sociais, as regiões brasileiras, comparando os indicadores básicos de emprego e renda, educação, saúde, usando como parâmetro Índice da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN)⁸ e algumas informações do IBGE, que demonstram a parcela

⁸ O Índice da Federação das Indústrias do Rio de Janeiro (FIRJAN) é um indicador que permite acompanhar de forma permanente o desenvolvimento humano, econômico e social nos municípios brasileiros. O IFDM considera, com igual ponderação, as três principais áreas de desenvolvimento humano, a saber, Emprego e Renda, Educação e Saúde. A leitura dos resultados – por áreas de desenvolvimento ou do índice final – é bastante simples, variando entre 0 e 1, sendo quanto mais próximo de 1, maior o nível de desenvolvimento da localidade (SISTEMA FIRJAN, 2006).

da população que possui acesso a água nas residências das diferentes regiões naturais brasileiras⁹ – Norte, Sul, Centro-Oeste, Nordeste e Sudeste.

Após a tabulação e análise dos dados, foi possível organizá-los na Figura 01, de modo a identificar a discrepância entre as regiões brasileiras no que diz respeito à satisfação das necessidades substantivas de sua população.

Figura 1 - Índice FIRJAN de Desenvolvimento Municipal – 2005.

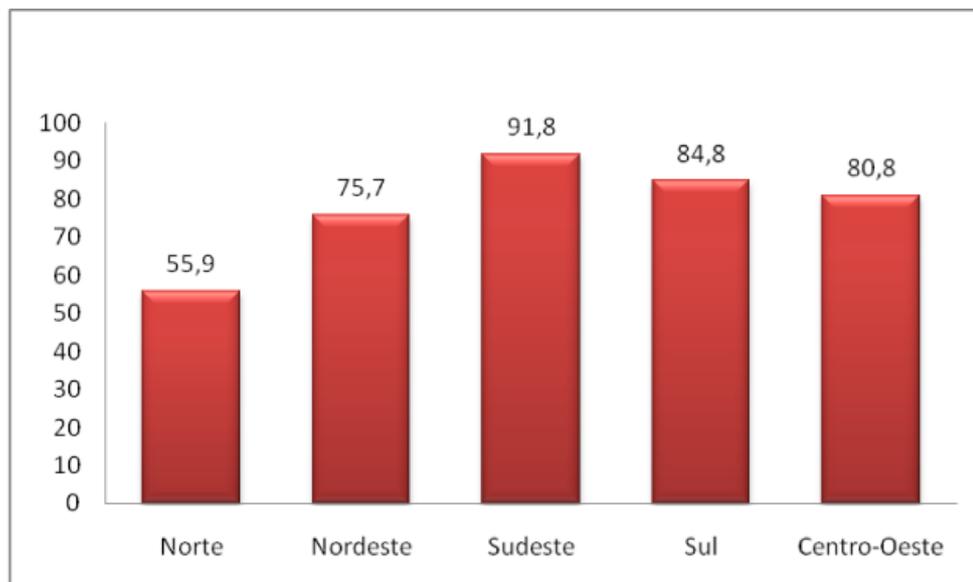


Fonte: Sistema FIRJAN 2006.

Foi detectada uma situação mais crítica de acesso aos mínimos sociais nas regiões Norte e Nordeste, para as quais o índice FIRJAN, que varia entre 0 e 1, classifica como de médio desenvolvimento a condição das cidades dessas regiões.

⁹ Optou-se aqui pela regionalização das regiões naturais brasileiras pela oportunidade de análise ao acessar informações oficiais condensadas como é o caso daquelas produzidas pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Figura 2 - Percentual de domicílios atendidos por rede geral de abastecimento de água nas regiões brasileiras.



Fonte: Sistema FIRJAN 2006.

Quando o assunto é acesso à água (Figura 02) as duas regiões destacam-se novamente como aquelas em que há menor quantidade de domicílios atendidos pela rede de abastecimento de água.

Essas informações são um indicativo de que ainda há um hiato social bastante grande entre as regiões do país, apontando que a democracia brasileira ainda não está materialmente concretizada para todos os indivíduos de seu território. Logo, indivíduos de regiões diferentes têm possibilidades distintas de satisfação de necessidades substantivas, demonstrando que ainda está ausente a igualdade humana básica, necessária à materialização da democracia e ao desenvolvimento social tão almejado.

Não se pode ignorar o fato desse acesso faltar não só aos indivíduos das regiões mais pobres, mas estar ausente também nas regiões mais abastadas, como em áreas de habitação subnormais (favelas e bolsões de pobreza), e que há uma grande parte da população dos grandes centros que, mesmo estando geograficamente localizadas em regiões privilegiadas, também convivem com a privação dos mínimos sociais. Fazê-lo seria promover uma visão simplista sobre o assunto.

A demonstração dessa diferença entre o acesso a mínimos sociais fica mais evidente na comparação entre as regiões. A análise demonstra a existência de brasileiros que, embo-

ra formalmente gozem dos mesmos direitos sociais, vivem marcados pela distinção e ausência de democracia e de cidadania. O tema perpassa também as diferenças regionais existentes. Disparidade essa que muitas vezes é convenientemente justificada pelos governantes, pelas desigualdades orçamentárias no repasse de cada região, de acordo com a arrecadação tributária do respectivo estado.

O presente debate não visa à promoção de apologia ao socialismo. Entretanto, a democracia pressupõe igualdade, e ainda, dentro de uma legislação dominada pelo paradigma neoliberal, deve-se guardar uma igualdade humana básica para que a cidadania, em seu conceito sociológico, possa ser exercida e para que a democracia possa se manifestar.

Para Pereira (2002), as dificuldades de acesso aos mínimos sociais impedem que os indivíduos se desenvolvam como cidadãos. E dificultam o aproveitamento de uma vida saudável, constituindo, assim, um entrave ao desenvolvimento social.

Não se pode esquecer que, há muito, Marx, ao proceder à análise do modelo de produção capitalista, sugeriu que algumas necessidades humanas objetivas seriam fundadas no processo histórico¹⁰.

Assim, essa dotação do indivíduo de habilidades é pressuposto necessário e primordial da democracia, para que a sociedade se desenvolva e responda a realidades mais complexas, permitindo, assim, o desenvolvimento social e a materialização da democracia.

Do ponto de vista dos mínimos sociais, o hiato regional entre a distribuição de saneamento básico ainda é bastante preocupante. Conforme se pode observar, na região Norte, os domicílios com abastecimento de água são apenas 55% do total, o que revela uma grande parte da população privada de uma das necessidades mínimas que lhe assegure uma existência digna e a implementação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Enquanto que na região Centro-Oeste do país, esse número é um pouco mais alto, chegando a 80%, o que seria uma realidade menos triste, se não viesse acompanhada dessa disparidade regional.

Nesse toar, a definição de mínimos sociais, subentendida no conceito de desenvolvimento, está presente no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 5.º da Constituição Federal como direito fundamental. E é condição cívica para o exercício da democracia.

¹⁰ Anotações de Aula do Professor Dr. Herbert Toledo Martins, no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social da Unimontes, semestre 1/2009.

Assim, a materialização da democracia é o vértice do desenvolvimento a ser alcançado pela República, para o desenvolvimento social.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da real dificuldade da formulação universal do conceito de desenvolvimento, já que o léxico carrega consigo contornos políticos, ideológicos e específicos de cada época, pensar o desenvolvimento não deixa de ser uma atitude otimista diante da realidade.

O desenvolvimento pode ser considerado, com algum nível de validade, um conceito comparado a um modelo geométrico, um prisma de construção social.

Esse prisma, para ser verificado num país, depende da existência de um referencial preestabelecido e múltiplas vertentes. Uma delas seria a existência de progresso tecnológico e científico, com o desenvolvimento de conhecimentos e mecanismos que propiciem melhor qualidade de vida aos indivíduos.

Uma outra vertente imprescindível desse prisma seria o crescimento econômico e a distribuição das riquezas produzidas.

Todavia, o desenvolvimento depende da faceta da materialização da democracia, que figura como vértice político do conceito. Este último, por sua vez, sobretudo no aspecto de cidadania e de universalização dos básicos sociais.

Acredita-se, pois, que a experiência do conhecimento vem demonstrando que a visão mais apta ao convencimento a respeito do desenvolvimento é aquela vinculada à perspectiva do desenvolvimento social que se foca na democracia material e na dotação dos indivíduos de habilidades para resolverem os seus problemas e também para se autogerirem, apropriando-se de seus direitos políticos, econômicos e civis.

Democracia suscita pluralidades e diferenças. Todavia, deve-se respeitar um limite mínimo de igualdade de condições sociais entre os indivíduos em um mesmo território. Já que estes privados de bens e serviços sociais básicos, não têm condições de se desenvolver como cidadãos, e cidadania é requisito para materialização de um regime democrático.

Nesse sentido, o Estado torna-se responsável por dotar os cidadãos de habilidades com as quais possam solucionar seus problemas e atender às suas demandas sociais.

Nesta inflexão, percebeu-se que no Brasil apesar da existência da democracia como pressuposto do desenvolvimento, o Estado ainda não conseguiu atender aos anseios básicos necessários de seu povo.

A democracia brasileira não está materialmente consolidada, diante das desigualdades entre os indivíduos das diferentes regiões brasileiras. A materialização dos direitos sociais e da democracia devem ser o meio pelo qual se dotam os indivíduos da capacidade de exercer a cidadania.

A consolidação da democracia seria, então, o veículo condutor do desenvolvimento, enquanto objetivo de um Estado democrático pleno e eficaz, garantidor de suas funções.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2007. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/brasil_em_sintese/default.htm>. Acesso em: 10 abr. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Mapa do desenvolvimento do estado do Rio de Janeiro: 2006-2015**. Rio de Janeiro: Firjan/DCO, 2006.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Versão 1. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 5 jul. 2009.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. **Necessidades humanas subsídios à crítica dos mínimos sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. Tradução de Luís Alberto Monjardim. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2000.

RIST, Gilbert. **The history of development: from western origins to global faith**. London: Zed, 1997.

SACHS, Ignancy. **Desenvolvimento incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SEN, Amartya Kuman. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Cia. das Letras, 2002.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luís João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Coleção Os Economistas, 1).

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. 4. ed. São Paulo: Itatiaia, 1998.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

Data do Recebimento: novembro/2013. Data da Aceitação: fevereiro/2014

Leis de Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: impacto do sistema interamericano e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano^{1 2}

FLÁVIA PIOVESAN³

¹ Este capítulo é baseado na palestra “Leis de Anistia e Impacto do Sistema Interamericano”, proferida no Colóquio Ibero-Americano, no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, em Heidelberg (Alemanha), em 9 de junho de 2010.

² Um especial agradecimento é feito a Alexander von Humboldt Foundation pela *fellowship* que tornou possível este estudo e ao Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, por prover um ambiente acadêmico de extraordinário vigor intelectual.

³ Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora de Direitos Humanos dos Programas de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha); visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000), visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005), visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007 e 2008), sendo atualmente Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg - 2009-2011); Procuradora do Estado de São Paulo, membro do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM); membro do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e da Human Rights University Network-SUR.

1 INTRODUÇÃO

Como compreender o impacto do sistema interamericano no processo de *transitional justice* no contexto sul-americano? Como interpretar as leis de anistia em face das obrigações jurídicas assumidas na esfera internacional? Qual é o alcance dos deveres internacionais contraídos pelos Estados relativamente aos direitos à justiça e à verdade? Qual tem sido a experiência sul-americana quanto à proteção do direito à verdade e do direito à justiça no marco da justiça de transição? Como enfrentar as violações de direitos humanos perpetradas no passado? Como ritualizar a passagem de um regime militar ditatorial para o regime democrático? Quais são os principais desafios e perspectivas da justiça de transição no contexto sul-americano?

São estas as questões centrais a inspirar este artigo que tem como objetivo maior focar as leis de anistia, o direito à verdade e o direito à justiça no marco da justiça de transição sul-americana, considerando o especial impacto do sistema interamericano e, particularmente, as experiências da Argentina e do Brasil. Sob o prisma da justiça de transição, emerge o desafio de assegurar o fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, aliando a luta por justiça e paz no contexto sul-americano.

2 IMPACTO DO SISTEMA INTERAMERICANO NO PROCESSO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO SUL-AMERICANO

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

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos onze Estados-partes da Convenção da época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente⁴. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos⁵, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Ainda em contradição com o sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

A região latino-americana tem sido caracterizada por elevado grau de exclusão e desigualdade social ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico. A América Latina tem o mais alto índice de desigualdade do mundo no campo da distribuição de renda⁶. No que se refere à densidade democrática, segundo a pesquisa Latinobarômetro, no Brasil apenas 47% da população reconhece ser a democracia o regime preferível de

⁴ Como observa Buergenthal (2003, p. XV), “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte.”. Em 2009, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 6 abr. 2009.

⁵ A respeito, ver OVEY e WHITE, 2002, p. 1; e PIOVESAN, 2006, p. 135.

⁶ De acordo com o ECLAC (2007, chapter I, page 84): “Latin America’s highly inequitable and inflexible income distribution has historically been one of its most prominent traits. Latin American inequality is not only greater than that seen in other world regions, but it also remained unchanged in the 1990s, then took a turn for the worse at the start of the current decade.”. No mesmo sentido, afirmam Bouillon e Buvinic (2007): “[...] In terms of income, the countries in the region are among the most inequitable in the world. In the late 1990s, the wealthiest 20 percent of the population received some 60 percent of the income, while the poorest 20 percent only received about 3 percent. Income inequality deepened somewhat during the 1990s [...] Underlying income inequality, there are huge inequities in the distribution of assets, including education, land and credit. According to recent studies, the average length of schooling for the poorest 20 percent is only four years, while for the richest 20 percent is 10 years.” Consultar ainda: ECLAC: social panorama of latinamerica 2000-2001. Santiago (Chile): Economic Commission for Latin America and the Caribbean, 2002.

governo; ao passo que no Peru este universo é ainda menor, correspondendo a 45%, e no México a 43% (DEMOCRACY, 2013).

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

Considerando a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (2001) no processo de justiça de transição no contexto sul-americano, destaca-se, como caso emblemático, o caso *Barrios Altos versus Peru* (CORTE, 2014b) – massacre que envolveu a execução de catorze pessoas por agentes policiais. Em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas, conforme caso *Barrios Altos* quanto a “Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru”, julgamento em 14 de março de 2001.

A Corte Interamericana realçou que, ao estabelecer excludentes de responsabilidade e impedir investigações e punições de violações de direitos humanos como tortura, execuções extrajudiciais e desaparecimentos forçados, leis de anistia são incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No entender da Corte:

La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma (CORTE, 2014b, p. 15).

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

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos. Foi a primeira vez, no Direito Internacional contemporâneo, que um Tribunal internacional (no caso, a Corte Interamericana) determinou que leis de anistia eram incompatíveis com tratados de direitos humanos, carecendo de efeitos jurídicos.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile* (CORTE, 2014a)⁷ cujo objeto era a validade do Decreto-Lei 2.191/78, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, durante o regime Pinochet, à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Para a Corte Interamericana

La adopción y aplicación de leyes que otorgan amnistía por crímenes de lesa humanidad impide el cumplimiento de las obligaciones señaladas. El Secretario General de las Naciones Unidas, en su informe sobre el establecimiento del Tribunal Especial para Sierra Leona, afirmó que [a]unque reconocen que la amnistía es un concepto jurídico aceptado y una muestra de paz y reconciliación al final de una guerra civil o de un conflicto armado interno, las Naciones Unidas mantienen sistemáticamente la posición de que la amnistía no puede concederse respecto de crímenes internacionales como el genocidio, los crímenes de lesa humanidad o las infracciones graves del derecho internacional humanitario. [...] Leyes de amnistía con las características descritas conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad de los crímenes de lesa humanidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana e indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad (CORTE, 2014a, p. 49-52).

⁷ Ver ainda as sentenças proferidas nos seguintes casos: a) caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4 - disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>; b) caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C N.º 70. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>; c) caso *La Cantuta Vs. Peru*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N.º 162. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>; d) caso *de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname*. Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>; e) caso *Castillo Páez Vs. Peru*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf>.

Acrescenta a Corte:

En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley N. 2.191/78 carece de efectos jurídicos y no puede seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile (CORTE, 2014a, p. 49-52).

Por fim, por unanimidade, concluiu a Corte pela invalidade do mencionado Decreto-Lei de “autoanistia” por implicar denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Em direção similar, adicione-se o caso *La Cantuta versus Peru* (CORTE, 2014c), referente à execução sumária de um professor e nove estudantes da Universidade de La Cantuta, em 1992, perpetrada por um “esquadrão da morte” denominado “Grupo Colina”, também responsável pelo assassinato de catorze vítimas no caso Barrios Altos, em 1991. Neste caso, sustentou a Corte Interamericana que o aparato estatal foi indevidamente utilizado para cometer crimes de Estado, constituindo inadmissível violação ao *jus cogens*, para, depois, encobrir tais crimes e manter seus agentes impunes. O *jus cogens* resiste aos crimes de Estado, impondo-lhe sanções.

Ressalte-se que, à luz dos parâmetros protetivos mínimos estabelecidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, destacam-se quatro direitos:

- a) o direito a não ser submetido à tortura;
- a) o direito à justiça (o direito à proteção judicial);
- b) o direito à verdade; e
- c) o direito à prestação jurisdicional efetiva, na hipótese de violação a direitos (direito a remédios efetivos).

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos a serem respeitados, seja em tempos de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade pública, como atestam o artigo 4.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 15 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸. A Convenção contra a Tortura, de igual modo, no artigo 2.º, consagra a cláusula da inderrogabilidade da proibi-

⁸ Ver também a Recomendação Geral n. 29 do Comitê de Direitos Humanos, que esclareceu acerca dos direitos inderrogáveis e identificou os elementos que não podem ser sujeitos à suspensão.

ção da tortura, ou seja, nada pode justificar a prática da tortura (seja ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública). Todos estes tratados convergem ao endossar a absoluta proibição da tortura. Isto é, não ser submetido à tortura é um direito absoluto, que não permite qualquer exceção, suspensão ou derrogação.

A racionalidade adotada pela Corte Interamericana é clara: a) as leis de anistia violam parâmetros protetivos internacionais; b) constituem um ilícito internacional; e c) não obstam o dever do Estado de investigar, julgar e reparar as graves violações cometidas, assegurando às vítimas os direitos à justiça e à verdade.

Note-se que, no sistema global de proteção, cabe menção à Recomendação Geral n. 20, de abril de 1992, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, a respeito do artigo 7.º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, concernente à proibição da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que ressalta:

As anistias são geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; para garantir a não ocorrência de tais atos dentro de sua jurisdição; e para assegurar que não ocorram no futuro. Os Estados não podem privar os indivíduos de seu direito a um recurso eficaz, inclusive a possibilidade de compensação e plena reabilitação (ONU, 2014a).

No mesmo sentido, destaca-se a Recomendação Geral n. 31, adotada pelo Comitê de Direitos Humanos, em 2004, ao afirmar:

O artigo 2, parágrafo 3, requer que os Estados partes proporcionem a reparação aos indivíduos cujos direitos do Pacto forem violados. Sem reparação aos indivíduos cujo direito foi violado, a obrigação de fornecer um recurso eficaz, que é central à eficácia do artigo 2, parágrafo 3, não é preenchida. [...] O Comitê ressalta que, quando apropriada, a reparação deve abranger a restituição, a reabilitação e as medidas de satisfação, tais como pedidos de desculpas em público, monumentos públicos, garantia de não-repetição e mudanças em leis e em práticas relevantes, assim como conduzir à justiça os agentes de violações dos direitos humanos. [...] Os Estados-partes devem assegurar que os responsáveis por violações de direitos determinados no Pacto, quando as investigações assim revelarem, sejam conduzidos aos tribunais. Como fracasso na investigação, o fracasso em trazer os agentes violadores à justiça poderia causar uma ruptura do Pacto. [...] Dessa forma, onde os agentes públicos ou estatais cometeram violações dos direitos do Pacto, os Estados partes envolvidos não podem aliviar os agressores da responsabilidade pessoal, como ocorreram com determinadas anistias e as imunidades e indenizações legais prévias. Além disso, nenhuma posição oficial justifica que pessoas que poderiam ser acusadas pela responsabilidade por tais violações permaneçam imunes de sua responsabilidade legal. Outros impedimentos à determinação da responsabilidade legal também devem ser removidos, como a defesa por devido cumprimento do dever legal

ou aos períodos absurdamente curtos da limitação estatutária nos casos onde tais limitações são aplicáveis. Os Estados partes devem também ajudar a conduzir à justiça os suspeitos de cometimento de atos de violação ao Pacto, os quais são puníveis sob a legislação doméstica ou internacional (ONU, 2014b).

3 PROTEÇÃO DOS DIREITOS À JUSTIÇA E À VERDADE NO MARCO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO SUL-AMERICANO

A análise da experiência sul-americana quanto à proteção dos direitos à justiça e à verdade no marco da *transitional justice* será concentrada no estudo de casos envolvendo a experiência da Argentina e do Brasil. Três são os fatores a justificar este critério seletivo:

- a) ambos os países transitaram de regimes autoritários ditatoriais para regimes democráticos, adotando leis de anistia – no caso argentino, as leis de ponto final (Lei n. 23.492/86) e obediência devida (Lei n. 23.521/87); no caso brasileiro, a Lei 6.683/79;
- b) adotaram novos marcos normativos (a reforma de 1994 na Constituição Argentina e a Constituição Brasileira de 1988); e
- c) conferem aos tratados de direitos humanos um *status* privilegiado na ordem jurídica (nos termos do artigo 75, inciso 22 da Constituição Argentina e do artigo 5.º, parágrafos 2.º e 3.º da Constituição Brasileira).

Nesta análise comparativa, o foco será avaliar:

- a) a incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana por decisões judiciais relativas às leis de anistia⁹;
- b) o alcance de proteção dos direitos à justiça e à verdade nas experiências da Argentina e do Brasil.

3.1 Argentina

A ditadura na Argentina estendeu-se pelo período de 1976 a 1983. Estima-se que houve o desaparecimento forçado de dezoito mil pessoas (dados oficiais da Secretaria de Direi-

⁹ Como enfatiza a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2014c, p. 53, tradução nossa): “Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. [...] o poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle da convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a respectiva interpretação que tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.”

tos Humanos) a trinta mil pessoas (de acordo com estimativas de organizações não governamentais, como Las Madres de la Plaza de Mayo).

Quanto ao direito à justiça, a decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005, no caso *Simón, Héctor e outros*, anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87) – ambas obstavam o julgamento das violações ocorridas de 1976 a 1983, durante a “guerra suja” – adotando como precedente o caso *Barrios Altos*. A jurisprudência desenvolvida pela Corte Suprema de Justiça Argentina expressamente reconhece que: “a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana.”¹⁰

No caso *Mazzeo, Julio Lilo e outro*, decidido em 2007, a Corte Suprema Argentina invalidou decreto adotado pelo Presidente Menen, em 1989, que concedeu indulto a trinta ex-militares acusados de crimes de lesa-humanidade, amparando-se na jurisprudência da Corte Interamericana, em especial nos casos *Velásquez Rodrigues e Barrios Altos*.

Quanto ao direito à verdade, em seis de janeiro de 2010, a Presidente da Argentina determinou a abertura dos arquivos confidenciais referentes à atuação das Forças Armadas na ditadura militar no país, no período de 1976 a 1983. O fundamento do decreto é que “a atuação das Forças Armadas, durante a vigência do terrorismo de Estado, demonstra que a informação e a documentação classificada como confidencial não esteve destinada à proteção dos interesses legítimos próprios de um Estado Democrático, mas, ao contrário, serviu para ocultar a ação ilegal do Governo. Manter o sigilo dos documentos é contrário à política da memória, verdade e justiça”. Observe-se que o Decreto destaca expressamente, em seus considerandos, o caso *Simón, Julio Héctor e outros*, que determinou a reabertura de causas de violações de direitos humanos durante o “terrorismo de Estado”, demandando uma grande quantidade de informação e documentação sobre a atuação das Forças Armadas. Adiciona que limitar o acesso à informação e à documentação, de forma a impedir uma investigação completa e o esclarecimento de fatos, com o julgamento e a sanção dos responsáveis, seria atentar às obrigações assumidas pelo Estado Argentino no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

À luz da experiência argentina, conclui-se que há: a) a plena incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana e dos parâmetros protetivos internacionais pela Corte Su-

¹⁰ Ver casos *Giroldi H. s/ recurso de casación*, CSJN, julgados: 318:514 (1995); *Acosta, Claudia Beatriz y otros, habeas corpus*, CSJN, julgados 321:3555 (1998); e *Simon, Julio Hector y otros s/ privación ilegítima de libertad*, CSJN, julgados, S.17768, XXXVIII (2005).

prema Argentina; b) uma explícita e firme política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e c) a devida proteção dos direitos à verdade e à justiça.

3.2 Brasil

A ditadura no Brasil estendeu-se pelo período de 1964 a 1985. Estima-se que houve o desaparecimento forçado de 150 pessoas, o assassinato de cem pessoas, ao que se soma a denúncia de mais de trinta mil casos de tortura.

Quanto ao direito à justiça, decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 153, em 29 de abril de 2010, manteve a interpretação de que a lei de anistia de 1979 (Lei n. 6.683/79) teria assegurado anistia ampla, geral e irrestrita, alcançando tanto as vítimas como os algozes. O argumento central é que lei de anistia teria sido expressão de um acordo político, de uma conciliação nacional, envolvendo “diversos atores sociais, anseios de diversas classes e instituições políticas.”. Acrescentou o Supremo Tribunal Federal que não caberia ao Poder Judiciário “rescrever leis de anistia”, não devendo o Supremo “avançar sobre a competência constitucional do Poder Legislativo.”, tendo em vista que “a revisão da lei de anistia, se mudanças do tempo e da sociedade a impuserem, haverá de ser feita pelo Poder Legislativo e não pelo Poder Judiciário.”. Observou, contudo, a necessidade de assegurar “a possibilidade de acesso aos documentos históricos, como forma de exercício fundamental à verdade, para que, atento às lições do passado, possa o Brasil prosseguir na construção madura do futuro democrático.”. Concluiu afirmando que “é necessário não esquecermos, para que nunca mais as coisas voltem a ser como foram no passado.” (BRASIL, 2014, p. 58-72).

Com esta decisão, o Supremo Tribunal Federal denegou às vítimas o direito à justiça – ainda que tenha antecipado seu endosso ao direito à verdade. Não apenas denegou o direito à justiça, como também reescreveu a história brasileira mediante uma lente específica, ao atribuir legitimidade político-social à lei de anistia em nome de um acordo político e de uma reconciliação nacional.

Contudo, como realça Pinheiro (2014), prevaleceu uma contrafação histórica, eis que a “a lei de anistia não foi produto de acordo, pacto, negociação alguma, pois o projeto não correspondia àquele pelo qual a sociedade civil, o movimento de anistia, a OAB e a heroica oposição parlamentar haviam lutado. Houve o Dia Nacional de Repúdio ao projeto de Anistia do Governo e manifestações e atos públicos contrários à lei – que, ao final, foi aprovada por 206 votos da Arena (partido da ditadura) contra 201 votos do MDB (oposição)”.

Em 20 e 21 de maio de 2010, na Corte Interamericana de Direitos Humanos, houve audiência do caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (caso da “Guerrilha do Araguaia”), referente ao desaparecimento de integrantes da guerrilha durante as operações militares ocorridas na região na década de 70 – que envolve o questionamento acerca do alcance da lei de anistia, do direito à justiça e do direito à verdade.

No que se refere ao direito à verdade, destacava a Lei 11.111, de 2005 (revogada pela Lei 12.527, de 2011, que regulou de forma mais amena a situação), que o acesso aos documentos públicos classificados “no mais alto grau de sigilo” poderia ser restringido por tempo indeterminado, ou até permanecer em eterno segredo, em defesa da soberania nacional. Fazia referência à Lei 8.159, de 8 jan. 1991, que trata dos documentos sigilosos. Esta lei (11.111, de 2005) violava os princípios constitucionais da publicidade e da transparência democrática, negando às vítimas o direito à memória e às gerações futuras a responsabilidade de prevenir a repetição de tais práticas¹¹. Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é fundamental respeitar e garantir o direito à verdade para o fim da impunidade e para a proteção dos direitos humanos. Acentua a Comissão: “Toda sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en la que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esses echos vuelvan a ocurrir em el futuro.”. É, assim, dever do Estado assegurar o direito à verdade, em sua dupla dimensão – individual e coletiva – em prol do direito da vítima e de seus familiares (o que compreende o direito ao luto) e em prol do direito da sociedade à construção da memória e identidade coletivas.

Atente-se que, em 21 de dezembro de 2009, foi lançado o 3.º Programa Nacional de Direitos Humanos que, dentre suas metas, ineditamente estabelece a criação de uma Comissão Nacional de Verdade, com o objetivo de resgatar as informações relativas ao período da repressão militar. Tal proposta foi causa de elevada tensão política entre o Ministério da Defesa (que acusa a proposta de revanchista) e a Secretaria Especial de

¹¹ A respeito, ver parecer que, na qualidade de perita, a autora do presente artigo elaborou sobre a inconstitucionalidade da Lei 11.111/05, no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil (abril de 2010). Para o Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas: “O direito à verdade abrange o direito de ter um conhecimento pleno e completo dos fatos ocorridos, das pessoas que deles participaram, das circunstâncias específicas, e, em particular, das violações perpetradas e sua motivação. O direito à verdade é um direito individual que assiste tanto às vítimas, como aos seus familiares, apresentando ainda uma dimensão coletiva e social. No último sentido, o direito à verdade está estritamente relacionado ao Estado de Direito e aos princípios de transparência, responsabilidade e boa gestão dos assuntos públicos em uma sociedade democrática. Constitui, com a justiça, a memória e a reparação, um dos pilares da luta contra a impunidade das violações graves aos direitos humanos e das infrações ao Direito Internacional Humanitário”. (Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas, *El Derecho a la verdad*, Conselho de Direitos Humanos, quinto período de sessões, A/HRC/5/7, 7 de junho de 2007).

Direitos Humanos e o Ministério da Justiça (que defendem a proposta em nome do direito à memória e à verdade), culminando, inclusive, com exoneração do General-Chefe do Departamento do Exército, por ter se referido à “comissão da calúnia”.

À luz da experiência brasileira, conclui-se que: a) não há incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana e dos parâmetros protetivos internacionais pelo Supremo Tribunal Federal¹² (SILVA, 2010); b) há uma tensão intragovernamental a respeito da política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e c) há a afronta aos direitos à verdade e à justiça.

4 DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONTEXTO SUL-AMERICANO

A justiça de transição lança o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática.

Nas lições de Sikkink e Walling (2007, p. 427-445), a justiça de transição compreende: o direito à verdade; o direito à justiça; o direito à reparação; e reformas institucionais¹³.

Constata-se na experiência de transição brasileira um processo aberto e incompleto, na medida em que tão somente foi contemplado o direito à reparação, com o pagamento de indenização aos familiares dos desaparecidos no regime militar, nos termos da Lei 9.140/95. Emergencial é avançar na garantia do direito à verdade, do direito à justiça e em

¹² Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se até março de 2010 apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n.16 de 1999 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2006, na Extradução n. 954/2006); e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 5 de 1985 (ver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no RE 511961). Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros constata que oitenta casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que, reitera-se, apenas dois casos se amparam na jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse sentido: SILVA, 2010, p. 529. Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – nesta direção, foram localizados 79 Acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal.

¹³ As reformas institucionais devem ser, sobretudo, endereçadas ao aparato de segurança e Forças Armadas, sendo inaceitável que perpetradores de atrocidades no passado permaneçam com o monopólio das armas no país.

reformas institucionais. Na experiência argentina, os direitos à justiça e à verdade têm sido plenamente assegurados. Como evidenciado por este artigo, a jurisprudência do sistema interamericano e do sistema global de proteção reconhece que leis de anistia violam obrigações jurídicas internacionais no campo dos direitos humanos, adotando como perspectiva a proteção aos direitos das vítimas (“*victim centric approach*”). Estudos demonstram que justiça de transição tem sido capaz de fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos, não representando qualquer ameaça ou instabilidade democrática, tendo, ainda, um valor pedagógico para as futuras gerações. Como atentam Sikkink e Walling (2006, p. 20-21):

O julgamento de violações de direitos humanos pode também contribuir para reforçar o Estado de Direito, como ocorreu na Argentina. [...] os cidadãos comuns passam a perceber o sistema legal como mais viável e legítimo se a lei é capaz de alcançar os mais poderosos antigos líderes do país, responsabilizando-os pelas violações de direitos humanos do passado. O mais relevante componente do Estado de Direito é a idéia de que ninguém está acima da lei. Deste modo, é difícil construir um Estado de Direito ignorando graves violações a direitos civis e políticos e fracassando ao responsabilizar agentes governamentais do passado e do presente. [...] Os mecanismos de justiça de transição não são apenas produto de idealistas que não compreendem a realidade política, mas instrumentos capazes de transformar a dinâmica de poder dos atores sociais.

Sob a óptica republicana e democrática, considerando ainda as obrigações internacionais do Estado em matéria de direitos humanos, implementar os mecanismos da justiça de transição é condição para romper com uma injustiça permanente e continuada, que compromete e debilita a construção democrática. A absoluta proibição da tortura, o direito à verdade e o direito à justiça estão consagrados nos tratados internacionais, impondo aos Estados-partes o dever de investigar, processar, punir e reparar graves violações a direitos humanos, especialmente em se tratando de crime internacional. Leis de anistia não podem autorizar a manifesta violação a *jus cogens*, como a absoluta proibição da tortura, no plano internacional. Assegurar os direitos à memória, à verdade e à justiça é condição essencial para fortalecer o Estado de Direito, a democracia e o regime de direitos humanos na região sul-americana.

REFERÊNCIAS

BOUILLON, César P.; BUVINIC, Mayra. Inequality, exclusion and poverty in latin america and the caribbean: implications for development. Seminar on Social Cohesion in Latin America, Brussels, p. 3-4, par. 2.8, june 5-6, 2003. Disponível em: <<http://www.iadb.org/sds/doc/soc-idb-socialcohesion-e.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

BRASIL. Lei 12.257, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília (DF), 18 nov. 2011, edição extra.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 153/2010. Relator Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/adpf153.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

BUERGHENTAL, Thomas. **The practice and procedure of the inter-american court on human rights**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2014a.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Barrios Altos Vs. Peru. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014b.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2014c.

DEMOCRACY and the downturn: the latinobarometro poll. **The Economist**, London (UK), 13 de novembro de 2008. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/12607297>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

ECLAC: Social Panorama of Latin America - 2006. Disponível em: <<http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpli-i/top-bottom.xsl>>. Acesso em: 30 jul. 2007.

ECONOMIC COMMISSION FOR LATIN AMERICA AND THE CARIBBEAN. Social Panorama of Latin America – 2006. Disponível em: <<http://www.eclac.org/>>

cgibin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/4/27484/P27484.xml&xsl=/dds/tpli/p9f.xsl&base=/tpl-i/top-bottom.xslt >. Acesso em: 14 jul. 2007.

INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. B-32: American Convention on Human Rights “Pact of San José, Costa Rica”. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Humanos. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Recomendação Geral n. 20. 1992. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/6924291970754969c12563ed004c8ae5?Opendocument)>. Acesso em: 2 fev. 2014a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Comitê de Direitos Humanos. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Recomendação Geral n. 31. 2003. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.21.Rev.1.Add.13.En?Opendocument)>. Acesso em: 2 fev. 2014b.

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

PASQUALUCCI, Jo M. **The practice and procedure of the inter-american court on human rights**. Cambridge (MA): Cambridge University Press, 2003.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. O STF de costas para a humanidade. Folha de São Paulo, São Paulo, 5 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0505201008.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2014.

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

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Journal of Peace Research*. Los Angeles: Sage, v. 44, n. 4, 2007, p. 427-445. Disponível em: <<http://www.unc.edu/~fbaum/teaching/articles/J-Peace-Research-2007-Sikkink.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The effect of trials on human rights in latin America. Paper to be presented at NYU Law School, p. 427-445, april 2, 2007.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. The Emergence and Impact of Human

Rights Trials e do Human Rights Trials Improve Human Rights? Artigo apresentado no Princeton International Relations Faculty Colloquium, em março de 2006.

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

Data do Recebimento: março/2014. Data da Aceitação: maio/2014

Rumo a uma Constituição Global? história, terceiro mundo e a constitucionalização do Direito Internacional

JOSÉ LUIZ QUADROS DE MAGALHÃES¹

HENRIQUE WEIL AFONSO²

Resumo: O objetivo deste trabalho é propor dois eixos de análise para o tema constitucionalismo global. Após uma apresentação das principais correntes doutrinárias engajadas na temática (as Escolas Funcionalista, Normativa e Pluralista), o artigo se põe a discutir dois desafios para a constitucionalização do Direito Internacional. O primeiro desafio, proposto pela historiografia crítica do Direito Internacional, é a produção de um discurso histórico apto a conciliar as contrastantes, ambivalentes e contextualizadas visões das relações jurídicas globais. O segundo teste, avançado pelas abordagens do Terceiro Mundo para o Direito Internacional (TWAIL), alerta para a importância do constante exame dos processos coloniais e imperiais, exame este que não deve ser confinado nos referenciais clássicos da disciplina; outras formas de organização social ou de arranjos constitucionais que podem ter sido ocultados ou deslegitimados ao longo dos últimos séculos. O trabalho conclui pela proposição de um engajamento crítico contínuo com a história, o colonialismo e o imperialismo, aberto ao diálogo e aos arranjos constitucionais menos evidentes.

Palavras-chave: Constitucionalismo Global; Historiografia; Teoria do Direito Internacional.

Abstract: The purpose of this survey is to suggest two analytical axes to global constitutionalism. The main doctrinal branches are presented (Functionalist, Normative and Pluralist Schools) as a preparation for a discussion of two elected challenges to the constitutionalization of International Law. The first challenge springs from international legal critical historiography, and revolves around the production of a historical discourse that is apt to conciliate contrasting, ambivalent and contextualized perceptions of the global legal relations. The second test, stirred by the works of the Third World Approaches to International Law movement (TWAIL), sheds some light to the relevance of an ongoing examination of colonial and imperial processes that is capable of surpassing traditional readings of the theme; other forms of social organization or constitutional designs might as well have been eclipsed or lack conventional legitimacy over the past centuries. This paper concludes by enforcing a continuous critical engagement with history, colonialism and imperialism, and an open dialogue with less evident constitutional designs.

Keywords: Global Constitutionalism; Historiography; International Legal Theory.

¹ Especialista, mestre e doutor em Direito pela UFMG. Professor dos programas de mestrado da FDSM e PUC-MG. Professor da UFMG.

² Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2008). Mestre em Direito (2010) e Doutor em Direito na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2014). Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais. Professor e pesquisador.

1 INTRODUÇÃO

Desde o começo da década de 1990, a ideia de constitucionalização do Direito Internacional vem ganhando proeminência nos fóruns de debates e na agenda dos internacionalistas. No núcleo destas discussões está a questão da necessidade de regulação das relações internacionais em meio a um processo de aumento de centros de autoridade situados além dos Estados, que evocam participação nas questões globais, mas que, em contrapartida, pode não vir acompanhada da atribuição de responsabilidade final por seus atos – *accountability*.

A carência de uma autoridade centralizada e capaz de impor a força da lei, atributo típico da sociedade internacional, permite que variados centros de poder disputem a legitimidade no trato das questões mais urgentes – como os Direitos Humanos, o comércio ou a proteção ambiental – e, ao desempenharem papéis antes reivindicados com exclusividade pelos entes estatais, trazem consigo novos questionamentos, dentre os quais se destacam, sem prejuízo dos demais, a relevância normativa do Direito Internacional, o risco de fragmentação do sistema jurídico, o papel das organizações internacionais, os limites dos poderes dos órgãos executivos (por exemplo, as *smart sanctions* do Conselho de Segurança), ou a participação de entes não-estatais na governança global.

A variedade de abordagens que o tema desperta autoriza que se organizem as diferentes propostas em pelo menos três grandes Escolas de pensamento (WIENER, 2012; WIENER et al, 2012). A Escola Funcionalista espera mapear as instituições com a finalidade de identificar aquelas que já desempenham, ou que possam vir a desempenhar, alguma função tipicamente constitucional. A denominada Escola Normativa emprega esforço diverso: propor um rol de normas que irão moldar a sociedade global, conjunto este de normas

geralmente espelhado nas experiências constitucionais domésticas. Já a Escola Pluralista, terceiro grupo, conjuga uma combinação de iniciativas que mapeiam as múltiplas experiências constitucionais, não confinadas aos seus referenciais domésticos ou supranacionais, e propostas de arranjos institucionais contingentes e historicamente situados. A primeira parte deste trabalho (Seções 2 e 3) é destinada à apresentação dos postulados centrais de cada uma destas Escolas.

O que torna os debates contemporâneos envolvendo a constitucionalização do Direito Internacional particularmente relevantes é a sua abertura a diferentes propostas, originadas de variadas fontes políticas e jurídicas. No cerne da análise da Escola Pluralista, dois eixos de apreciação se sobressaem: de um lado, os desafios propostos pela historiografia crítica jusinternacionalista e, de outro, o resgate das dinâmicas coloniais e imperiais em seu cotejo na consolidação do discurso legalista no começo do século XXI. A segunda parte deste trabalho (Seção 4) é destinada ao desenvolvimento destes dois temas, em particular sua contribuição para o pensamento constitucionalista em nível global.

O objetivo da Seção 4 é trazer a lume algumas contribuições da teoria crítica do Direito Internacional para todo o projeto do constitucionalismo global. O estudo da história da disciplina, antes situado como uma tarefa metódica e rotineira, cada vez mais confere ao internacionalista uma responsabilidade que não pode ser descartada. Não é sem razão que pensadores como Koskenniemi (2001, 2011), Anghie (2004, 2006) e Kennedy (1999) destacam o ressurgimento dos estudos históricos do Direito Internacional. A forma como se concebe a história repercute na visão do presente e lança luz sobre o que é imprescindível ou o que é dispensável; de outro modo, relega ao esquecimento eventos, práticas e processos que podem permitir uma melhor compreensão das vozes, histórias ou “não-eventos” que lutam por reconhecimento. Em sintonia com estes estudos, a percepção de possíveis persistentes elementos imperiais e coloniais no bojo da teoria constitucional (e internacional) contemporânea ilustra o grau de abertura dialógica vis-à-vis a produção de uma teoria constitucional plural, diversa, cultural e temporalmente contingente. Nesse sentido que se torna importante compreender a enorme contribuição do “novo constitucionalismo latino-americano” para se pensar um novo sistema mundo ou a construção de um constitucionalismo plurinacional global que pode ser pensado a partir das experiências e construções constitucionais que hoje ocorrem na Bolívia e Equador.

2 O CONSTITUCIONALISMO ALÉM DO ESTADO

O constitucionalismo moderno, seja em sua vertente nacional, seja em arranjos supra ou internacionais, alicerça sua legitimidade em dois imperativos igualmente fundamentais,

porém antagônicos. O primeiro é a ideia de que o poder governamental – ou estatal – é gerado pelo consentimento do povo. O segundo consiste na máxima de que, para ser efetivo e sustentado, tal poder deve ser dividido, exercido e restringido por distintas formas institucionais. Loughlin e Walker (2007) explicam a relevância desta tensão essencial, ou paradoxal, que exprime a oposição clássica entre democracia e legalismo:

O poder que eles [o povo] possuem, assim pode parecer, só pode ser exercido pelas formas constitucionais já estabelecidas ou no processo de serem estabelecidas. Isto indica o que, em sua formulação mais elementar, poderia ser chamado de paradoxo do constitucionalismo (LOUGHLIN; WALKER, 2007, p. 1)

A conciliação do paradoxo em questão parece demandar uma análise de aspectos que não se confinam nas fronteiras do Estado. Assim, os citados autores apontam certas tendências globais aptas a conferir ao constitucionalismo moderno novas (ou antigas) versões e significados. Assim sendo, o discurso triunfalista da democracia liberal, as rivalidades étnicas confinadas no espaço geográfico estatal, as múltiplas identidades com suas variadas políticas de autoafirmação cultural e a emergência de redes transnacionais de governança são todos temas de repercussão contemporânea a desafiar os arranjos institucionais oriundos da modernidade.

A identificação do corpo político com as formas constitucionais em que se insere, e sobre as quais exerce a expectativa de permanente reconciliação desta identidade, traz à tona questão da necessidade de afirmação de estruturas constitucionais provisionais, não resistentes às demandas sociais (ROSENFELD, 1994). Mas, esta premissa está condicionada à forma como se caracteriza o papel do povo: ou se admite a concepção hobbesiana de povo enquanto multidão passiva, ou se admite a radical expressão do povo como agente de mudança.

Os debates contemporâneos acerca do *constitucionalismo global*, também referido como a *constitucionalização global*, incidem diretamente nas estruturas do Direito Internacional. Ao discutir este fenômeno, especialistas em Direito e em Ciência Política devem considerar a questão essencial levantada por Loughlin e Walker, também referida por Wiener: as raízes da legitimidade do poder estatal repousam na concepção de que os membros de uma comunidade política, personificando o poder constituinte, estabelecem um acordo comum sobre a criação das que irão regular sua comunidade (LOUGHLIN; WALKER, 2007; WIENER, 2012). A dinâmica que resulta da interação entre poder constituído e poder constituinte repercute não apenas na aferição da legitimidade das regras e do poder em nível estatal, como também tem se mostrado, desde já, elemento crucial para os contornos teóricos e práticos do constitucionalismo global.

Certa confusão revolve os conceitos de constitucionalismo global e governança global. Ainda que ambos tratem da relação entre ordem e poder no plano internacional, é imperativo constatar que possuem delimitações claras. A atividade do constitucionalismo global reflete uma guinada nas relações internacionais: de relações globalizadas tipicamente desreguladas para um aprimoramento institucional e referência normativa difusa, compondo um cenário de “constitucionalismo livre” (WIENER et al, 2012). Os postulantes da governança global, cujo marco temporal é simbolicamente situado no fim da Guerra Fria, acenam para uma nova Era na qual a autoridade estatal sofre deslocamento contínuo, tanto internamente, quanto sob a influência de entidades supranacionais. Em consequência, o exercício das atividades que viabilizam a vida humana – governança – pode ser derivado ou não de fontes legais prescritas, e realizados ou não por órgãos governamentais. Em suma, a governança global equaciona as mudanças advindas da globalização e almeja compor um plano de trabalho em que se confere menos relevância à fonte da autoridade do que à sua eficácia.³

Contudo, o reexame da tensão entre poder governamental e poder constituinte, que também é externada pelas dicotomias democracia *versus* legalismo e transformação *versus* estabilidade, pode colocar em xeque a fundação contratualista das modernas constituições. Por outro lado, as constituições geralmente conectam suas origens a algum momento edificante da comunidade política que trará definições sobre como direcionar a tensão em tela. Enquanto a defesa da tese do povo como abstração pode resultar na resolução da tensão em favor das formas constitucionais, o urgente reconhecimento de tal momento edificante pode carregar um teor retórico capaz de legitimar a exploração de minorias e a manter intactas profundas desigualdades sociais. O povo, neste último caso, nada mais é que um artifício de manobra, sobre o qual advertem Loughlin e Walker: “a autoridade constituída (os executores do poder) simplesmente usa o discurso do constitucionalismo como um meio para promover sua regra.” (2007, p. 3).

Uma forma válida de se examinar o paradoxo constitucional consiste em tratar o constitucionalismo não apenas como uma ferramenta a serviço de formas hegemônicas – muitas vezes ocultas – de poder nas sociedades modernas em vários níveis, mas também, e especialmente, como o ponto de partida para releituras contra-hegemônicas do papel da constituição e sua relação com a Democracia. A primeira abordagem pretende revelar as tensões intrínsecas que a racionalidade dominante esconde, ou seja, expor as forças, dinâmicas e discursos inscritos em uma visão específica da realidade. É uma atividade desconstrutiva. Por sua vez, o segundo engajamento insiste na reconstrução do

³ O texto de referência para este assunto é de James Rosenau (2000).

constitucionalismo e de seu paradoxo, cultural e temporalmente situado, de modo a contemplar as experiências e manifestações constitucionais ofuscadas pelo binômio modernidade/colonialidade (QUIJANO, 2007; MIGNOLO, 2000, 2007).

As experiências constitucionais, em variados níveis – não somente nacional ou global, mas também subnacional, regional, etc., podem não apresentar os contornos clássicos propostos pela tradição constitucional moderna. O enfoque constitucionalista, consoante à indispensável reflexão de Tully (1995, 2008), deve sempre trazer consigo significados contextualizados, o que evidencia o inerente caráter contingencial do constitucionalismo. Sendo uma atividade pautada pela contingência e, portanto, localizada em contextos culturais e históricos específicos, únicos em suas particularidades, tem-se que a insistência na adoção de um modelo único e universal, ou seja, a adoção de *standards* constitucionais universais, consoante advoga parcela das propostas do constitucionalismo global, carrega o risco de descredenciar, deslegitimar ou ocultar práticas constitucionais contextualmente situadas.

3 UM EXAME DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL: ABORDAGEM FUNCIONALISTA, NORMATIVA E PLURALISTA

Os debates doutrinários em torno do constitucionalismo global podem ser caracterizados, a um só tempo, como heterogêneos e interdisciplinares. São heterogêneos porque estruturam suas teses sobre diferentes e contrastantes pressupostos. E são interdisciplinares na medida em que não limitam suas análises a parâmetros estritamente legalistas. Desse modo, em recente apanhado bibliográfico sobre o tema, Wiener et al⁴, identificam, de um lado, três Escolas com propostas bem distintas e, de outro lado, algumas propostas interdisciplinares, em geral abrangendo perspectivas jurídicas, sociológicas e filosóficas (WIENER et al, 2012).

A primeira Escola é apresentada pela designação *funcionalismo* e reponde pelos estudos dos processos de constitucionalização que são revelados por meio de barganhas e negociações nos ambientes institucionais. A tarefa central desta Escola é mapear o terreno global à procura de procedimentos e acordos que regulam estruturalmente as relações internacionais contemporâneas, identificando institutos capazes de desempenhar funções tipicamente constitucionais: controle e divisão do poder em nível global, controle jurisdicional

⁴ Conferir também Wiener (2012).

de atos normativos, proteção a um *hall* de direitos humanos fundamentais, em particular. Esta abordagem tem sua melhor exposição no trabalho de Dunoff e Trachtman (2009).

Diferente exploração é conduzida pela *Escola Normativa*. O conjunto de doutrinadores que compõe este grupo antevê no constitucionalismo global um movimento estratégico para o estabelecimento de uma constituição global ou, na impossibilidade desta, o fortalecimento do constitucionalismo global para que esteja apto a fornecer, de forma compensatória (PETERS, 2006, 2009), determinado conteúdo normativo que tenha sido esvaziado em nível estatal em decorrência das forças da governança global e da globalização. A ênfase recai sobre o progressivo desenvolvimento ou reforma política e legal de práticas além da esfera de influência dos Estados, sugerindo um comprometimento com *standards* constitucionais. As dinâmicas peculiares do constitucionalismo derivado do Direito Comunitário Europeu, o fortalecimento das normativas comerciais empregadas em sede da Organização Mundial do Comércio e a defesa da Carta das Nações Unidas como o melhor esboço de uma constituição (FASSBENDER, 2009) para a sociedade internacional, compreendem três dos eixos de pesquisa que mais ganharam evidência na última década.

O teor universalista presente nas duas primeiras escolas é rebatido pela *Escola Pluralista*. Esta Escola procura teorizar o constitucionalismo enquanto fenômeno contextualizado, contingente e constitutivo. A vocação crítica desta corrente lança luz para a tendência de se aplicar ideais regulativos neokantianos – sob as formas do federalismo e do liberalismo cosmopolita – para o estabelecimento dos alicerces regulatórios do constitucionalismo global. A Escola combina uma análise reflexiva típica do mapeamento dos processos sociais com uma atividade de natureza construtiva. Escreve Wiener a respeito da vocação dos pluralistas:

A escola leva em consideração as práticas sociais do constitucionalismo na medida em que elas se estendem para além dos limites do estado moderno, com a intenção de identificar uma variedade de possíveis e desejáveis princípios, normas, e regras do constitucionalismo que são consideradas apropriadas por uma pluralidade de atores globais (WIENER, 2012).

Dentre as propostas interdisciplinares, pode-se constatar eixos de pesquisa que exploram a intersecção de duas Escolas de pensamento, integrando ainda métodos de análise típicos das Ciências Sociais e, em especial, das relações internacionais. O fator interdisciplinaridade vem à tona de forma mais evidente nestas abordagens, deixando transparecer ainda a escassa delimitação das fronteiras entre as escolas. Neste sentido, pesquisa recente sobre o *global administrative law* combinou, em sua metodologia, instrumentos típicos das escolas normativa e pluralista (KRISCH; KINGSBURY, 2006).

3.1 A Escola Funcionalista

Dunoff e Trachtman empregam metodologia funcionalista a fim de compreender as três tarefas essenciais desempenhadas pelo constitucionalismo global.⁵ A primeira função consiste na identificação de normas que favorecem a produção do Direito Internacional ordinário. Nesta categoria se enquadram a Carta das Nações Unidas, que confere ao Conselho de Segurança o poder de criar normas vinculantes aos Estados, e a Corte Europeia de Justiça – de alcance regional, cujas decisões ajudam a firmar a autoridade de atores nacionais e supranacionais. Esta primeira função tem por objetivo permitir a alocação de autoridade. A segunda função é exercida por normas constitucionais que restringem a produção do Direito Internacional ordinário. Assim, soberania e *jus cogens* seriam categorias de normas cuja atuação impede a produção de normas que possam comprometê-las. Por exemplo, enquanto o artigo 24(1) da Carta da ONU atribui certos poderes ao Conselho de Segurança, o artigo 24(2) restringe sua atuação, vinculando o exercício de poder deste órgão à realização dos objetivos e princípios da Carta.⁶ Por fim, a terceira categoria de normas constitucionais opera mediante suplementação das normas nacionais, suprindo deficiências domésticas ou redefinindo o escopo de aplicação de normas de variados níveis. Estas normas atuam quando algum atrito entre as esferas domésticas, supranacional e internacional, der origem a dúvidas quanto à extensão da efetividade de provimentos internacionais em face dos demais sistemas jurídicos. Em conjunto, as três funções mediam e reconciliam as demandas oriundas da sociedade internacional e a regulamentação destas pelo direito:

Entendemos as constituições legais como esforços para efetuar ou instanciar as estruturas sociais escolhidas. De outro modo, podemos entender a seleção de aspectos específicos de uma constituição, tanto inicialmente quanto dinamicamente, como uma oportunidade para (re)negociar, implicitamente ou explicitamente, estruturas sociais fundamentais (DUNOFF; TRACHTMAN, 2009, p. 18).

Um conjunto de mecanismos constitucionais, na expressão de Dunoff e Trachtman, entra em ação a fim de executar as funções do constitucionalismo global. Mecanismos de

⁵ Segundo esclarecem os autores, a metodologia funcional possui o mérito de permitir o exame das funções desempenhadas por determinado instituto ou conjunto de regras, e evitar as armadilhas que se formam em torno das análises que buscam propor conceitos fechados, isto é, definir o que é e o que não é uma norma constitucional. Cf. Dunoff e Trachtman (2009, p. 9-10). Bardo Fassbender (2009) emprega a metodologia funcionalista ao postular a Carta da ONU na posição de constituição global.

⁶ Artigo 24 – 1. A fim de assegurar pronta e eficaz ação por parte das Nações Unidas, seus Membros conferem ao Conselho de Segurança a principal responsabilidade na manutenção da paz e da segurança internacionais e concordam em que no cumprimento dos deveres impostos por essa responsabilidade o Conselho de Segurança aja em nome deles. 2. No cumprimento desses deveres, o Conselho de Segurança agirá de acordo com os Propósitos e Princípios das Nações Unidas.

governança podem atuar em nível horizontal, devidamente dotados de parcela de poder decorrente da divisão ou separação de funções e competências no contexto internacional. Em nível vertical, mecanismos de governança funcionam estabelecendo diretrizes e procedimentos. Em adição, a constitucionalização em nível global pode contribuir para o estabelecimento de regras hierarquicamente superiores, amparadas em uma visão monista com prevalência do Direito Internacional.

Estes primeiros mecanismos coexistem com outros importantes marcos constitucionais. A estabilidade das normas constitucionais difere de arranjos de *soft law*, pois oferecem certa resistência às pressões contingenciais e se assemelham a regras produzidas pela via convencional. Ademais, a tradição constitucional funda sua legitimidade na garantia de direitos fundamentais, os quais existem em nível global. Fundada na ideia de supremacia, a garantia de sistemas de revisão constitucional, ou de controle de atos normativos em face do corpo constitucional, asseguraria melhores patamares para acordos políticos e harmonização de interesses. Finalmente, a tarefa constitucional não apenas cria condições para o exercício democrático, como também é objeto de atuação deste mesmo exercício, limitando poderes, fixando novas metas, ou reinventando os moldes de legitimação democrática.

De contornos funcionalistas, muita atenção tem sido dada à ideia de fragmentação do Direito Internacional. Em síntese, levanta-se a tese de que o crescimento descoordenado e independente dos chamados regimes internacionais subsistêmicos possa colocar em xeque as tentativas de sistematização do Direito Internacional como um todo. O desenvolvimento autossuficiente dos regimes – Direitos Humanos, comércio, meio ambiente, Direito Penal, por exemplo – poderia comprometer a consistência e a abrangência da disciplina, uma vez que cada regime seguiria uma lógica institucional própria, adaptada às demandas particulares de cada tema tratado. Em decorrência da coexistência de racionalidades institucionais díspares, decisões contraditórias de órgãos jurisdicionais globais ou regionais poderiam afetar negativamente a coerência normativa geral do direito internacional (FISCHER-LESCANO; TEUBNER, 2004).

A fragmentação traz à tona questionamentos sobre a relevância das normas gerais de Direito Internacional em um contexto de diferenciação sistêmica e especialização funcional, quando os subsistemas ora parecem se afastar do regramento geral, ora não hesitam em reafirmar a natureza residual do Direito Internacional geral. A solução que o constitucionalismo global poderia trazer para este cenário se desdobra em duas vias: a primeira trabalha com a promoção de hierarquia e ordem por meio de mecanismos capazes de gerenciar ou resolver eventuais conflitos, conferindo maior previsibilidade às relações

internacionais, e a segunda, um esforço de coordenação de racionalidades específicas, em oposição à produção de hierarquias a partir da centralização do poder global (PAULUS, 2009).

As dinâmicas sociais e históricas, de um lado, e os arranjos de poder, de outro, conferem a esta estrutura funcionalista diferentes usos e configurações. O paradoxo constitucional estudado por Loughlin e Walker (2001) reflete a tensão entre estabilidade e mudança que a abordagem funcionalista discute e elege como componente nuclear da matéria constitucional. Se se adotar como ponto de partida a experiência doméstica, o paradoxo constitucional em nível internacional apresentará questões ainda mais complexas, além de indefinições teóricas que devem ser escrutinadas.

3.2 A Escola Normativa

O internacionalista Paulus levanta argumentos contrários às premissas adotadas pelo funcionalismo e ilustra sua crítica com exemplos de limitações das supostas funções constitucionais do sistema institucional da Organização das Nações Unidas (ONU). O art. 103 da Carta, neste sentido, não almeja maior aplicação do que nas ocasiões de conflitos de normas, assim como o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), rol de fontes clássicas da matéria, não está integrado à Carta. Contudo, parece que sua crítica repousa de modo mais incisivo na constatação de que a Carta da ONU não está voltada para a aplicação de sanção frente ao desrespeito do Direito Internacional. Mas, está dedicada à manutenção da paz e da segurança. Todavia, nem esta última constatação está isenta de apreciação cética, haja vista o histórico de abusos de membros permanentes do Conselho de Segurança. Se se considerar que os argumentos contrários à supremacia constitucional da Carta da ONU e de seus órgãos são suficientemente fortes e convincentes, abre-se o caminho para a visão fragmentária do Direito Internacional. Por esta via, há a seguinte conclusão:

A defesa do constitucionalismo internacional é duvidosa não apenas se comparada aos modelos domésticos – que também podem ser menos perfeitos e abrangentes que o sugerido pelo modelo ideal – mas também com respeito ao seu reconhecimento pelos sujeitos de direito. Elemento adicional do constitucionalismo formal, a ideia de que um sistema legal internacional completo se deriva de uma fonte particular e concreta traz à tona o espectro da fragmentação, e não o da constitucionalização (PAULUS, 2009, p. 81).

Certas propostas de constitucionalização do Direito Internacional defendem a identificação de normas substanciais, em geral princípios, que estruturam a ordem normativa global ao ponto de comporem um núcleo material universal. As normas de *jus cogens*, cujo

catálogo típico inclui a proibição do uso da força e do genocídio, direitos humanos básicos, e o direito à autodeterminação, integram o referido núcleo, mas não podem ser considerados elementos suficientes e necessários ao constitucionalismo global. Assim, se existem dúvidas razoáveis acerca da universalidade do conteúdo das normas cogentes, o caminho mais promissor para a composição do constitucionalismo global seria, em primeira análise, a identificação, em nível internacional, de equivalentes para certos elementos do constitucionalismo nacional. Um exercício analógico desta natureza teria o benefício de apontar tanto para aspectos de proximidade entre as duas perspectivas, quanto para temas sobre os quais dificilmente se poderia advogar de forma plausível, em defesa de um *standard* mínimo de equivalência.

Dentre esses estudos, Paulus comenta a importância da Democracia, segundo ele o mais relevante componente do constitucionalismo moderno. As características da sociedade internacional repercutem na habitual constatação de inegável *déficit* democrático, e as perspectivas de contorná-lo parecem demasiadamente frágeis. Diferentes soluções para o problema da deliberação democrática em nível internacional planam, de um lado, entre o idealismo liberal que pretende equiparar os modelos doméstico e internacional e, de outro lado, a linha dura dos defensores do irrestrito respeito à soberania dos Estados, que veda a imposição de normas de cima para baixo. Os esforços devem se localizar em um ponto crucial: a despeito dos desafios, inconsistências e incertezas da democracia no plano global ainda existem motivos suficientes – em particular, a proteção dos direitos individuais – para justificar a defesa de maior democratização do Direito Internacional (PAULUS, 2009).

O fortalecimento do constitucionalismo global traria consigo mais amplo controle sobre a legitimidade do Direito Internacional. Em resposta para a crítica que atribui ao constitucionalismo em nível global um papel, de um lado, ora central na legalização das relações de poder, e de outro, ora por demais idealista e afastado dos problemas reais da sociedade internacional, certos autores evitam se posicionar em algum destes extremos, focando a análise nos usos e abusos e ao afastamento das necessidades quotidianas que podem resultar. Nesse sentido, é o posicionamento de Peters (2009, p. 402) para quem “o constitucionalismo global, enquanto agenda acadêmica, deveria seguir o caminho do meio entre um mero dignificar do *status quo* e um ancorar em sonhos acadêmicos.”. Peters sugere pensar o constitucionalismo menos em termos de suas funções e mais em seu potencial normativo e prescritivo, esforço que conduziria a análises mais substanciais das carências do sistema jurídico internacional. Quando se tem em mente a projeção do constitucionalismo para além do Estado, é imprescindível que tal projeção não se limite às formas constitucionais estatais, cujos contornos são bem sedimentados na tradição jurídi-

ca ocidental. Em consequência, pensar o constitucionalismo globalmente em termos materiais repercutirá em melhor controle sobre a legitimidade das normas internacionais, além de interferir positivamente na constitucionalização de pontos frágeis em nível estatal. Dito de outra maneira, o constitucionalismo global se relacionaria subsidiariamente com as constituições nacionais:

Em uma perspectiva constitucionalista, a valoração das normas em jogo deve ser conduzida de maneira mais sutil, de acordo com seu peso e importância substantivos. Tal perspectiva, não-formalista e orientada pela substância, sugere que provisões de constituições estatais de menor significância teriam que ceder espaço para importantes normas internacionais (PETERS, 2009, p. 406).

O mais forte elo entre as constituições nacionais e a constituição internacional é a proteção do ser humano, assim postulam Slaughter e Burke-White (2002). O mundo pós-11 de Setembro de 2001 experimenta um “novo momento constitucional internacional” no qual a máxima da inviolabilidade civil veio, de forma gradual, porém resoluto, a eleger a proteção do ser humano na condição de norma estruturante de todas as normas de *jus bellum*. O panorama de conflitos internacionais que se estabeleceu nas últimas décadas significou que os Estados guerreiam menos entre si e que estes mesmos representam, em diversas ocasiões, a maior ameaça à paz e aos seus próprios cidadãos. As guerras étnicas, civis, os movimentos de secessão, além das ações voltadas para o extermínio total ou parcial da própria população e do terrorismo, realizam-se dentro da proteção da clássica concepção de soberania estatal, desafiando os limites legais às ações da comunidade internacional. Em análise, o artigo 2(4) da Carta da ONU⁷, no entender dos referidos autores, não lograria mais êxito na tarefa de impedir o uso da força armada em um mundo radicalmente transformado, no qual o inimigo transcende os limites estatais e atua sob a forma de redes multiconectadas e independentes, de alcance e influência global. Por isso, em vez de se falar em guerras, ao se “focar em ‘ações armadas’ [...] reconhece-se as muitas maneiras pelas quais conflitos armados organizados podem ameaçar a paz e a segurança internacional, independentemente da identidade dos ofensores ou o alcance territorial de sua causa.” (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2002, p. 5).

Em vista desse novo cenário, a ênfase da constitucionalização do Direito Internacional deve ser canalizada para o reconhecimento do princípio da inviolabilidade civil. Diversos diplomas legais internacionais, como as Convenções de Genebra de 1949 – cuja proteção

⁷ Carta da ONU, Artigo 2.º A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: [...] 4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

do indivíduo em situações diversas daquelas consideradas conflitos internacionais vem prevista no artigo 3, comum às quatro Convenções⁸, e a experiência dos Tribunais criminais *ad hoc*⁹ desde 1990 contribuíram para o estreitamento dos esforços para a criação de uma jurisdição penal permanente, de atuação complementar à jurisdição estatal. A grande relevância da legislação internacional de Direitos Humanos e de Direito Humanitário, dos arranjos *ad hoc* e da jurisdição permanente do Tribunal Penal Internacional remete à tendência de individualização do Direito Internacional.

A consolidação deste processo traria melhores perspectivas para o endereçamento de uma urgente questão: o terrorismo. Em face das dificuldades em se alcançar um consenso sobre a definição de terrorismo¹⁰, uma alternativa abordagem sugerida é redirecionar a análise para aqueles que foram ou são vítimas em potencial. À luz do novo momento constitucional sugerido por Slaughter e Burke-White, a aplicação do princípio da inviolabilidade civil permitiria central atenção na proteção destes últimos e, com isso, evitar-se-iam os inconvenientes da delimitação de um conceito para o terrorismo. Os autores defendem esta conclusão quando insistem que “[...] o ponto fundamental em risco não é o desejo de disseminar o terror, mas sim os tipos de alvos visados. Os civis

⁸ A referência às Convenções de Genebra de 1949 converge para o artigo 3 que provê as disposições a serem aplicadas em ocasião de conflito armado que não se enquadrem na definição estipulada pela Carta da ONU: Artigo 3. No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados. [...]

⁹ No julgamento do caso *Prosecutor v. Martić*, o Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (1996, parágrafo 8.º), considerou que “[...] the rule that the civilian population as such as well individual citizens shall not be the object of attack is a fundamental rule of international law applicable to all armed conflicts [...] irrespective of their characterization as international or non-international”.

¹⁰ A carência de uma definição que possa seguramente orientar a prevenção e repressão ao terrorismo fazem do termo objeto de retórica, desprovido de poder analítico. Explicam Slaughter e Burke-White (2002, p. 12): “Traditionally, international treaties or national criminal statutes regulating terrorism have focused on preventing the spread of terror. This focus is rhetorically expedient but analytically constraining. Terror does not exist in isolation; it is spread for a purpose, generally to advance or publicize a cause or undermine public order as part of a political, ethnic, or religious struggle. It is this communicative aspect associated with ‘terrorism’ that leads to the old adage and analytic dead end: ‘one man’s terrorist is another man’s freedom fighter.’”

não devem ser alvos de ataques deliberados, em nenhuma circunstância, por nenhum propósito.” (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2002, p. 12).

A defesa da constitucionalização do princípio da inviolabilidade civil está a depender da tomada de um próximo passo na concretização da individualização do Direito Internacional. Enquanto em um primeiro momento os diplomas internacionais enfatizam o dever dos Governos de proteger seus próprios cidadãos, o grande desafio reside na implementação de mecanismos legais visando a transparência dos Governos e, com isso, permitindo sua responsabilização. Os mecanismos internacionais de repressão à violação do princípio da inviolabilidade civil funcionariam em sede complementar. No esforço contra o terrorismo, o esforço internacional na proteção deste princípio justificaria o ataque ao aparato material de Estados cuja conduta torne indistintas as ações governamentais e de entidades terroristas. Em suma, “nos últimos oitenta anos a inviolabilidade civil foi transformada de uma exceção retórica a um princípio básico em diversas áreas do direito internacional. Já é tempo de torná-la um princípio constitucional do sistema legal internacional.” (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2002, p. 21).

3.3 A Escola Pluralista

A Escola Pluralista enfatiza a importância de se distinguir as diferentes *eras* do constitucionalismo: antigo, moderno e pós-moderno. A característica distintiva dos trabalhos de autores identificados com esta Escola é o engajamento crítico dispensado às concepções universalistas do Direito. Para os pluralistas, a tarefa de teorizar os arranjos constitucionais deve levar em conta o caráter contingente, contextualizado e constitutivo destas experiências (WIENER et al, 2012). Tipicamente, a Escola procura desconstruir os ideais universais contidos em propostas neokantianas para a normatização das relações internacionais, seja o liberalismo em sua vertente internacionalista, seja a percepção comunitária restrita ao âmbito nacional. A ênfase do papel crítico da escola consiste em mapear a genealogia das experiências constitucionais e propor novos desenhos mais inclusivos, aptos a realçar e a reconhecer visões de mundo ofuscadas pela projeção universalista do constitucionalismo centrado no Estado-nação.

Ademais, a Escola Pluralista concentra parte de seus esforços na compreensão das dinâmicas de poder e autoridade em circunstâncias de interação entre instâncias normativas específicas. Em setembro de 2008, a Corte Europeia de Justiça (CEJ) emitiu julgamento sobre o caso *Kadi & Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* (Kadi), caso este considerado por especialistas como a mais importante provisão jurisdicional acerca da relação entre o Direito Comunitário Europeu e a ordem jurídica

internacional. Neste notório julgamento, um indivíduo desafiou a implementação, pelos órgãos comunitários Europeus, de Resoluções do Conselho de Segurança da ONU que o identificavam como terrorista e, por conta disto, determinavam o congelamento de seus recursos econômicos no continente Europeu. A CEJ, em análise de segunda instância, proferiu marcante sentença que anulou a implementação, conduzida pelos órgãos comunitários através de Regulamentos, de Resoluções (1.267, 1.333, 1.390) do Conselho de Segurança da ONU (CS-ONU) que ordenavam o congelamento de recursos econômicos de indivíduos suspeitos de terrorismo, fundamentando sua decisão na remediação de violações de direitos fundamentais assegurados pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

O ponto central do julgamento acena para a afirmação da autonomia do Direito Comunitário em face do Direito Internacional. Sem mencionar explicitamente a Carta da ONU, a CEJ declarou que “[...] um acordo internacional não pode afetar a alocação de poderes fixada pelos Tratados [da UE] ou [...] a autonomia do sistema legal da Comunidade” (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 2008, § 285), que “[...] as obrigações impostas por um acordo internacional não pode ter o efeito de prejudicar os princípios constitucionais do Tratado da UE” (2008, § 317) e que a União Europeia é um sistema legal “interno” e autônomo “[...] que não deve ser prejudicado por um acordo internacional.” (2008, § 316).

Em um contexto de proliferação de organizações internacionais, a governança global, pautada pelo critério da efetividade, ignora a ameaça decorrente da expansão da autoridade sem a necessária responsabilização final amparada pelo Direito Internacional – *accountability*. Neste cenário, o caso Kadi discutiu os limites do Poder Legislativo do Conselho de Segurança da ONU no tocante a tais Resoluções, amparadas no Capítulo VII da Carta da ONU, que requerem que os Estados congelem os recursos econômicos de indivíduos suspeitos de apoiarem o terrorismo. Búrca (2010) alerta para o vácuo legal resultante do aumento do número de instituições, seja porque a própria instituição em questão não concebe mecanismo de revisão judicial algum, seja porque as autoridades nacionais ou supranacionais não se consideram competentes para agir. A perspectiva de controle de atos do CS-ONU por órgãos da União Europeia o aspecto de maior relevância para a autora, que assim conclui: “[...] o julgamento apresenta uma figura provocativa de uma organização regional [UE] a um só tempo fiel e subordinada, enquanto simultaneamente se constitui como um controle independente, aos poderes exercidos em nome da comunidade internacional sob a Carta da ONU.” (BÚRCA, 2010, p. 22).

4 DOIS DESAFIOS PARA O CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

O constitucionalismo global, na óptica pluralista, pode ser confrontado a partir de pelo menos dois eixos analíticos críticos: primeiro, a relação entre o estudo da História e o Direito revela uma narrativa histórica com imediatas implicações para a compreensão do papel do Direito Internacional; segundo, a genealogia do constitucionalismo vis-à-vis processos globais do colonialismo e imperialismo.

No primeiro caso, o exame da História tem o condão de esclarecer as possíveis conexões entre determinadas propostas de constitucionalização do direito global com visões unificadoras do tempo e espaço (KOSKENNIEMI, 2001, 2011; KENNEDY, 1999; ANGHIE, 2004, 2006; BERMAN, 1999; TROUILLOT, 1995). No segundo eixo, desenvolvem-se ferramentas analíticas destinadas a questionar vertentes do pensamento jurídico que em geral desprezam o papel das práticas coloniais e imperiais na propagação dos ideais constitucionais localizados nas experiências de países Europeus. Os defensores das abordagens pós-coloniais e descoloniais argumentam no sentido da perpetuação, por outros meios e instituições, destas práticas, insistindo, em contrapartida, na necessidade de construção de novos arranjos constitucionais mais promissores, dialógicos e voltados para o mútuo reconhecimento da diversidade (TULLY, 1995; QUIJANO, 2007; MIGNOLO, 2000, 2007).

Num primeiro registro da relevância da história do Direito Internacional, o ato de recorrer ao passado pode estar associado a uma narrativa focada no progresso da disciplina, desde suas origens, passando por momentos cruciais e culminando na configuração contemporânea. Um conhecido exemplo desta inclinação à exaltação do progresso pode ser encontrado em Oppenheim, segundo o qual a relevância do estudo da história do Direito Internacional consistiria em celebrar seus feitos e instruir os internacionalistas do presente. A história atestaria não apenas a formação da disciplina, mas também proporcionaria aos estudiosos e aplicadores das normas internacionais os meios para trabalharem com mais precisão e conhecimento, e com um claro papel de sua função social. Portanto, a compreensão das origens dos institutos seria complementada pela articulação de uma ampla narrativa histórica que posicionaria a evolução do Direito Internacional lado a lado com a evolução da sociedade internacional. Registra Oppenheim que o trabalho do historiador é reconciliar, de forma harmoniosa, o passado e presente da disciplina, na qual

o grande historiador [...] deverá, em especial, trazer à luz o papel que certos Estados desempenharam no desenvolvimento vitorioso de certas regras e quais foram os interesses econômicos, políticos, humanitários, religiosos ou outros que ajudaram a estabelecer as presentes regras do direito internacional (OPPENHEIM, 1908, p. 317).

Concebida nestes termos, a história do Direito Internacional seria escrita a partir de uma investigação da procedência de uma dada regra ou instituto. O ato de compreensão de uma regra ou instituto é também uma inquirição sobre sua história em um sentido muito específico: a regra ou instituto chega aos dias atuais devido a um percurso evolutivo cujo começo é encontrado na esfera da política e, por via de uma série de acertos, desacertos, avanços e retrocessos, culmina em sua inserção nos domínios do direito. A relação presente entre o profissional do direito internacional e a história do último apresenta natureza funcional, pois o acesso à história é motivada pela necessidade de compreensão de determinado aspecto no presente. Conceber a história neste sentido significa, no entender de Kennedy, inquirir sobre a procedência dos elementos constitutivos da ordem jurídica internacional:

Um argumento sobre uma regra ou princípio, ou uma técnica institucional em direito internacional é quase sempre, também, um argumento sobre a história – uma norma particular tem uma procedência enquanto direito [positivo] ao invés de [uma procedência] política, que tornou-se uma norma geral ao invés de específica, que veio, por meio da história, a situar-se de fora da história (KENNEDY, 1999, p. 88).

Enquanto método de estudo de normas e institutos, a prática da *história como procedência* situa os internacionalistas na condição de instrumentos do direito, isto é, são intérpretes do direito que os precede e que sempre estará logo ali, pronto para ser identificado. Um efeito imediato desta abordagem é “[...] reforçar a fantasia de que aquele algo chamado ‘direito internacional’ teve e vem tendo uma presença contínua através das diferenças no tempo e lugar.” (KENNEDY, 1999, p. 90). Há uma expectativa, uma crença – Kennedy usa a palavra ‘fantasia’ – inabalável no Direito Internacional *como ele é*, ou seja, a forma como ele chega à atualidade já é, em si, notável.

Idealizado como um verdadeiro projeto de direito, o risco imediato desta abordagem é negligenciar as implicações da prática historiográfica, os discursos identificáveis nas entrelinhas evolutivas dos institutos e regras, os processos de inclusão/exclusão que orbitam os domínios do direito – ocultados pela pretensão de neutralidade, universalidade e racionalidade. A narrativa histórica assume um conjunto de elementos em princípio constantes, amparados pela celebrada neutralidade do investigador em relação ao objeto investigado. Mais que uma história do sucesso do projeto que convencionamos chamar Direito das Gentes, a aproximação da construção histórica com a narrativa do progresso conta com aspectos poucos explorados pela historiografia tradicional. A bem-sucedida empreitada, um tanto quanto “eurocêntrica” na qualificação de Gathii (1998, 1999), Anghie (2004, 2006) e Koskeniemi (2011), pode ter encoberto – e estar encobrindo – processos de violência, exploração e exclusão ao longo de sua trajetória.

Estas linhas críticas permeiam o trabalho de historiadores do Direito Internacional que vêm tomando consciência dos desafios ligados aos estudos historiográficos. Neste sentido, trabalho de fôlego foi conduzido por Koskenniemi (2001) ao defender a tese central de sua obra *The Gentle Civilizer of Nations*, na qual examina as narrativas de surgimento de uma sensibilidade para assuntos internacionais como parte de projetos ou ideais liberais de eminentes pensadores desde meados do século XIX. As condições metodológicas para a execução desta empreitada foram discutidas pelo autor, constando-se, inicialmente, uma rejeição da concepção de evolução histórica linear. Este entendimento veio a influenciar decisivamente as narrativas clássicas da história do Direito Internacional no século XX, cabendo destacar o método empregado por Grewe (2000). Prescrevendo a sucessão de três grandes épocas no Direito Internacional, Grewe aborda a formação da disciplina a partir do exame das proximidades, evoluções e progressos entre a Era Espanhola (séc. XVI), a Era Francesa (sécs. XVII e XVIII) e a Era Inglesa (séc. XX), culminando no debate contemporâneo centrado na relevância do Direito Internacional em um contexto de uma única grande potência, os Estados Unidos.

Koskenniemi é particularmente inquisitivo quanto aos pressupostos metodológicos empregados por autores como Grewe, por um lado, e a adoção de um conjunto de valores supostamente neutros e universais, de outro lado: “a grande história que pinta uma tela das ‘épocas’ que seguem umas às outras sob alguma lei metahistórica do funcionamento da ‘cultura’ ou ‘poder’ nos destinos de pessoas ou civilizações, padrões de criação, desenvolvimento e declínio.” (KOSKENNIEMI, 2001, p. 6). De um modo geral, trata-se de histórias que reduzem as possibilidades de compreensão da história da disciplina.

O método da história como progresso propõe uma análise dos eventos internacionais pela qual os eventos do presente sucedem os eventos do passado. O modo como os eventos do passado são insertos na narrativa não é problematizado; o que se verifica, sobretudo, é a simplificação, compressão e reconstrução do passado a fim de confecção de uma lista de fatores ligados às causas e às consequências de seu sucesso ou insucesso ou reflexos para o presente/futuro. A finalidade da investigação do passado, portanto, é aderir um evento já ocorrido a um evento presente, de modo que a preocupação central do historiador reside na identificação de uma tênue tradição de pensamento, resultando em uma prática à qual é atribuída normatividade.¹¹

A agenda proposta pela vertente liberal da historiografia jusinternacionalista no contexto pós-Guerra Fria revela, em fina adesão à visão linear da história, a promessa da expan-

¹¹ Esta reflexão está presente no trabalho de Kennedy (1999).

são das Democracias e da economia de mercado como os grandes pilares do desenvolvimento global e do progresso dos Estados e povos (GATHII, 1999). A ideia de uma paz perpétua entre Estados democráticos, fomentada por instituições nacionais homogêneas e pela aproximação pelo comércio, teve sua mais difundida formulação com o filósofo Immanuel Kant, em fins dos anos setecentos. Contemporaneamente, internacionalistas neokantianos fizeram renascer tais ideais: a emergência de um direito à governança democrática, já no começo da década de 1990, defendida por Franck (1990), a proposição de uma filosofia do Direito Internacional ancorada nas concepções kantianas de ser humano, liberdade, Estado e Direito pelo argentino Tesón (2001) e os trabalhos de Slaughter (1995, 2002) convergem para a postulação normativa de ideais liberais políticos, práticas de economia de mercado e instituições democráticas tanto em nível doméstico, como em um projeto global mais amplo.

A narrativa histórica tradicional, focada no progresso e na linearidade do registro historiográfico, exposta nos parágrafos anteriores, é confrontada em suas próprias bases por visões alternativas do papel da história na formação dos processos e dos atores engajados na produção desta narrativa. A prática historiográfica, no entender de Trouillot (1995), carrega consigo grande poder: o de silenciar determinados eventos, ou mesmo qualificá-los como “não-eventos”¹², assim produzindo a história oficial, composta por aqueles eventos dignos de registro e suficientemente relevantes para figurar na narrativa definitiva. Em termos de teoria constitucional, Tully (1995) considera a adesão à teoria da história como progresso um dos elementos constitutivos da linguagem do constitucionalismo moderno.

O historiador indiano Dipesh Chakrabarty, destacado membro do *Subaltern Studies Group*, não apenas partilha da crítica de Trouillot, como propõe os alicerces de uma nova atitude intelectual perante a história. Reconhecendo, num primeiro momento, que os alicerces teóricos da historiografia indiana, até a década de 1970, eram compostos predominantemente por referências europeus, isto é, localizados em uma determinada tradição, e, em seguida, sugerindo mecanismos responsáveis por sua universalidade e secularidade, termina por antever, na vertente historiográfica dominante – o historicismo – a consolidação definitiva da dominação colonial e imperial. Disso resulta uma história formada por estádios com povos desenvolvidos e outros subdesenvolvidos, ou civiliza-

¹² É este o caso da Revolução Haitiana, de 1790. Revolução liderada e realizado por escravos, em revolta ao jugo colonial francês, foi vista, em fins do século XVIII, como um não-evento histórico: uma Revolução de escravos não era propriamente uma “revolução”, na medida em que não é orientada, primeiro, por um *modus operandi* europeu e, segundo, porque uma Revolução há de ser conduzida por homens livres, o que não é o caso da “Revolução” Haitiana. Destarte, um não evento-histórico. Conferir Trouillot (1995, cap. 3).

dos ou não-civilizados, compartimentados conforme os referenciais temporais e epistemológicos Europeus:

O historicismo, então, posiciona o tempo histórico como a medida da distância cultural (pelo menos quanto ao desenvolvimento institucional) que se acreditava existir entre o ocidente e o não-ocidente. Nas colônias, isto legitimou a ideia de civilização. Na Europa em si, isso possibilitou histórias da Europa nas quais a Europa era descrita como a primeira ocorrência do capitalismo, modernidade ou Iluminismo (CHAKRABARTY, 2000, p. 7).

Nesses termos, os projetos de constitucionalização do Direito Internacional que dispensem o exame crítico de seus precedentes, situando-os no cerne dos processos históricos de inclusão, exclusão, encobrimento ou distorção, parecem inaptos a perceber a diversidade e heterogeneidade da sociedade global e suas práticas contextualizadas e contingentes. Um discurso constitucional único que faz as vezes de “história oficial” para o século XXI termina por uniformizar as possibilidades discursivas, emancipatórias e construtivas que a prática constitucional pode revelar. Enfim, o modo como se aborda a história do Direito Internacional condiciona os termos dentro dos quais os debates doutrinários são inseridos.

Algumas vertentes jusinternacionalistas ilustram o tipo de sensibilidade realçada por Chakrabarty (2000) e Trouillot (1995) e discutem o tipo de relação que pode ser traçada entre o Direito Internacional e os processos históricos do colonialismo e imperialismo. Dentre estas correntes, uma se destaca: o movimento¹³ denominado genericamente *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) que foi proposto por um grupo de internacionalistas engajados no exame da condição dos países em desenvolvimento¹⁴, na explicitação do viés ideológico da disciplina – sua história “oficial” e suas instituições – e na proposição de modos alternativos de conceber o direito e as relações internacionais.

TWAIL congrega um conjunto de esforços investigativos lastreados por um ponto de partida comum: ao contrário das doutrinas tradicionais baseadas na convicção acadêmica de que o Direito Internacional é um projeto científico acabado e consolidado, os proponentes da teoria crítica típica de TWAIL trabalham com a ideia nuclear de que a disciplina jusinternacionalista é também um produto histórico-cultural contextualizado, atributo este que distingue as propostas críticas das formulações científico-pragmáticas.

¹³ Optou-se pela designação genérica de movimento, uma vez que, sob este nome, a doutrina inclui uma série de abordagens de variadas estirpes e influências teóricas. Não deixa de existir, todavia, representativo grau de proximidade entre elas, o que justifica a nomenclatura genérica. Ver, a este respeito, Parmar (2008).

¹⁴ A expressão “Terceiro Mundo”, presente na designação TWAIL, é mais comumente adotada, apesar de contestada por parte da doutrina (OKAFOR, 2005).

Ademais, concebe-se o Direito Internacional moderno como o resultado de uma ordem internacional desenhada por um número restrito de Estados ao longo dos últimos cinco séculos.¹⁵ Conforme pontua Obiora Okafor (2005), a ênfase conferida à questão da ordem implica por retirar a legitimidade e relevância das vozes que postulam a denúncia das injustiças e os desejos de emancipação de nações e povos do Terceiro Mundo. Outrossim, desqualificam-se as proposições de alternativas ao *status quo* que não estejam formuladas e firmemente embasadas na tradição epistemológica dominante.

Ao tomar este referencial para sua agenda, o movimento demonstra uma vocação para o exame de questões aparentemente externas a uma disciplina jurídica, mas que, em um sentido histórico-cultural, tornam-se constitutivas e determinantes para as instituições jurídicas e, de forma não menos incisiva, para a sistematização do discurso jusinternacionalista. Okafor assim descreve o movimento:

Os acadêmicos TWAIL (ou ‘TWAILers’) estão solidamente unidos por compromisso ético partilhado engajado no esforço intelectual e prático de expor, reformar, ou até remover aqueles atributos do sistema jurídico internacional que ajudam a criar ou manter a injusta, desarrazoada e iníqua ordem global [...] trata-se de um comprometimento de centrar o resto ao invés do ocidente, para tanto tomando as vidas e experiências daqueles que se auto-identificam como Terceiro Mundo muito mais seriamente do que, em geral, vem sendo o caso (OKAFOR, 2005, p. 176-177).

Contar as histórias não contadas do Direito Internacional, como realça Parmar (2008), é o objetivo primeiro daqueles que integram o movimento. Ao tratar de temas normalmente ausentes dos círculos acadêmicos conservadores, TWAIL agrega à sua pauta um esforço voltado para a elucidação das possíveis relações entre imperialismo e colonialismo, de um lado, e a construção do sistema jurídico internacional, de outro. Neste sentido, Anghie (2004) argumenta que o Direito Internacional moderno nasce do encontro colonial há cinco séculos, o que o leva a questionar os princípios da soberania e da igualdade soberana que tradicionalmente estruturam a disciplina. Por sua vez, Koskeniemi (2001) sustenta a tese de que o Direito Internacional contemporâneo encontra sua gênese nos trabalhos de pensadores europeus do século XIX comprometidos com a tarefa de “civilizar” as relações internacionais. E Berman (1999) pontua a ambivalência do discurso histórico no qual operam poderosos artifícios retóricos, tal qual a invocação de valores universais ou de uma comunidade internacional, que potencialmente ofuscam as inerentes contradições da sociedade internacional, mas atestam a universalidade de determinados marcos temporais (1648 ou 1945, por exemplo).

¹⁵ Dentro da tradição sociológica europeia que propõe uma distinta visão sobre a relação entre modernidade e imperialismo, de ramificações definidoras para a prática e teoria jurídica, veja-se o estudo de Santos (2010).

De fato, ao trazer à tona a centralidade dos processos coloniais e imperiais enquanto condicionantes de muitos dos reveses da sociedade internacional, em vez de simplesmente tratá-los como subprodutos remediáveis de uma ordem internacional em constante progresso, a teoria crítica de TWAIL faz coro com destacados ramos do constitucionalismo crítico (TULLY, 2008; HICAPÏE; RESTREPO, 2012).

Assim como TWAIL, o conjunto de pensadores identificados com este ramo de pesquisa costuma destacar os graves problemas que resultam de se fazer tábula rasa das intrincadas relações entre constitucionalismo e as práticas imperiais: o constitucionalismo articula um processo histórico específico, apoiado em formas descritivas e avaliativas dos diferentes níveis de amadurecimento social. Desse modo, a identificação de um poder constituído (Europa, posteriormente também os EUA) em oposição às formas costumeiras (inferiores) de arranjos constitucionais nos demais povos, assim como a necessidade de um soberano ou a presença de técnicas modernas de governabilidade, são exemplos do *standard* constitucional diante do qual, “os processos discursivos globais foram predicados simultaneamente na modernização constitucional dos estados e nos seus projetos imperialistas desde o começo do período moderno.” (TULLY, 2008, p. 479; 1995).

Ao contrário do que é sustentado pelos defensores da tese do fim da história, ou dos defensores de um novo momento para o Direito Internacional a partir da década de 1990 (SLAUGHTER, 1995, 2002), os referenciais sugeridos por Tully parecem persistir nas formas contemporâneas do capitalismo financeiro em instituições econômicas internacionais e nas iniciativas de governança global: “a democratização constitucional de baixa intensidade das antigas colônias, e os regimes transnacionais quase constitucionais e os regimes internacionais que os superam se for necessário, agora provêm as bases políticas e legais para a nova fase do capitalismo global.” (TULLY, 2008, p. 487).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Alguns pontos merecem ser destacados porque sugerem uma reflexão mais ampla sobre os rumos do constitucionalismo global. A análise da Escola Funcionalista é direcionada para as estruturas institucionais já existentes e isto é discutível ao menos sob dois aspectos. Em um tempo, questiona-se em que medida o funcionalismo não evoca uma narrativa histórica triunfalista, que atestaria as virtudes do presente e sua adequação para a regulação das relações internacionais. Em um segundo momento, a Escola parece conceber a sociedade internacional nos parâmetros de uma ideia de igualdade estritamente formal. Não confere importância aos processos coloniais e imperiais que, à luz de teorias críticas como TWAIL, parecem persistir, inclusive, por meio das normas internacionais.

No tocante à Escola Normativa, um aspecto de maior projeção deve ser confrontado. O conteúdo material das normas tipicamente constitucionais, mesmo que pautado em temáticas de relevância indiscutível para a sociedade internacional – Direitos Humanos ou meio ambiente, por exemplo – remete, em sua integralidade, à tradição constitucional moderna. A universalização do Direito Internacional tornou possível a universalização da dogmática constitucional moderna, seus postulados e estruturas normativas típicas. A leitura que a teoria crítica é capaz de fazer, tanto sob a perspectiva histórica, quanto do Terceiro Mundo, atua no sentido de questionar as bases materiais do constitucionalismo moderno, e o faz defendendo uma conexão inescapável entre os processos coloniais e imperiais e a bem-sucedida trajetória dos postulados essenciais do Direito Internacional.

No esteio destes dois cenários, pelo menos dois riscos adicionais são identificados: o aumento das fontes de autoridade normativa não é acompanhado, assim se receia pela indispensável *accountability* capaz de reverter a presunção da completa liberdade de atuação e nenhuma responsabilização. Nesse particular, a experiência do julgamento do caso Kadi ilustra de forma clara o tipo de ameaça que emerge quando se negligencia a relevância da responsabilidade final de poderosas instituições globais. Já num segundo momento, realça-se a crescente despolitização de temas de relevância global causada pela especialização funcional dos diversos ramos do Direito Internacional – fragmentação. As lógicas subsistêmicas em confrontação aparentam não demonstrar a reverência necessária frente a qualquer parâmetro de aferição de legitimidade democrática.

À guisa de desfecho deste trabalho, algumas considerações restam ser tecidas sobre a Escola Pluralista. Um dos méritos desta Escola reside na proposição de bases constitucionais capazes de identificar manifestações legítimas de organização social e política que se situam fora dos padrões geralmente aceitos pela doutrina jusinternacionalista. Realçam os pluralistas que não existe um, mas, sim, vários constitucionalismos, de modo que as tentativas de uniformização das propostas de constitucionalização (uma única Constituição, com um único conteúdo atribuível para todos os povos) implicam por aproximar o constitucionalismo global da racionalidade própria do colonialismo e imperialismo: a uniformização de condutas e modos de vida sob os ditames de um molde central ou ideal. Questões adicionais envolvem o desenvolvimento de técnicas de conciliação e diálogo permanente entre as várias tradições, de modo que sejam reconhecidas em seus próprios termos e referenciais.

REFERÊNCIAS

ANGHIE, Antony. Decolonizing the Concept of “Good Governance”. In: JONES, Branwen Gruffydd (Ed.). **Decolonizing international relations**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2006, p. 109-130.

ANGHIE, Antony. **Imperialism, sovereignty and the making of international law**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2004.

BERMAN, Nathaniel. In the wake of empire. In: **American University International Law Review**, v. 14, n. 6, p. 1515-1569, 1999.

BÚRCA, Gráinne de. The european court of justice and the international legal order after Kadi. In: **Harvard International Law Journal**, v. 51, n. 1, p. 1-49, 2010.

CHAKRABARTY, Dipesh. **Provincializing europe: postcolonial thought and historical difference**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA (CUE). Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation vs. Council of the European Union and Comission of the European Communities. Joined Cases C-402/05 P and C-415/05 P. 2008. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu>>. Acesso: 25 ago. 2013.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. A functional approach to international constitutionalization. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, p. 3-36.

DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009.

FASSBENDER, Bardo. Rediscovering a forgotten constitution: notes on the place of the UN charter in the international legal order. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.). **Ruling the world?: constitutionalism, international law, and global governance**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, p. 133-147.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. In: **Michigan Journal of International Law**, v. 25, n. 4, p. 999-1.046, 2004.

FRANCK, Thomas M. The emerging right to democratic governance. In: **American Journal of International Law**, v. 86, n. 1, p. 46-91, 1992.

GATHII, James Thuo. International law and eurocentricity. In: **The European Journal of International Law**, v. 9, n. 1, p. 184-211, 1998.

GATHII, James Thuo. The limits of the new international rule of law and good governance. In: QUASHIGALI, E. K.; OKAFOR, Obiora Chinedu (Ed.). **Legitimate governance in Africa**. Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 207-231.

GREWE, Wilhelm G. **The epochs of international law [epochen der völkerrechtsgeschichte]**. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 2000.

HINCAPIÉ, Gabriel Méndez; RESTREPO, Ricardo Sanín. La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global. In: **Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales**, año 4, n. 8, p. 97-120, 2012.

KENNEDY, David. The disciplines of international law and policy. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 12, n. 1, p. 9-133, 1999.

KOSKENNIEMI, Martti. Histories of international law: dealing with eurocentrism. In: **Rechtsgeschichte**, v. 19, p. 152-176, 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. **The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2001.

LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. Introduction. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Ed.). **The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form**. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 1-7.

MIGNOLO, Walter. Delinking: the rhetoric of modernity, the logic of coloniality and the grammar of de-coloniality. In: **Cultural Studies**, v. 21, n. 2-3, p. 449-514, 2007.

MIGNOLO, Walter. **Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

OKAFOR, Obiora Chinedu. Newness, imperialism and international legal reform in our time: a TWAIL perspective. In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 43, n. 1 e 2, p. 171-191, 2005.

OPPENHEIM, Lassa. The science of international law: its task and method. In: **American Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 313-356, 1908.

PARMAR, Pooja. TWAIL: an epistemological inquiry. In: **International Community Law Review**, v. 10, p. 363-370, 2008.

PAULUS, Andreas L. The international legal system as a constitution. In: DUNOFF, Jeffrey L.; TRACHTMAN, Joel P. (Ed.). **Ruling the world?:** constitutionalism, international law, and global governance. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, p. 69-109.

PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures. In: **Leiden Journal of International Law**, v. 19, n. 3, p. 579-610, 2006.

PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. In: **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Coloniality and modernity/rationality. In: **Cultural Studies**, v. 21, n. 2-3, p. 168-178, 2007.

ROSENAU, James N. Governança, ordem e transformação na política mundial. In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernst-Otto (Org.). **Governança sem governo:** ordem e transformação na política mundial. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 11-46.

ROSENFELD, Michel (Ed.). **Constitutionalism, identity, difference, and legitimacy:** theoretical perspectives. Durham/London: Duke University Press, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do sul.** São Paulo: Cortez, 2010, p. 31-83.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International law in a world of liberal states. In: **The European Journal of International Law**, v. 6, n. 3, p. 503-538, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. An international constitutional moment. In: **Harvard International Law Journal**, v. 43, n. 1, p. 1-21, 2002.

TESÓN, Fernando R. **A philosophy of international law.** Boulder: Westview, 1998.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (TPII). Prosecutor vs. Martić, Case No. IT-95-11. Decisão de 8 de março de 1996. Disponível em: <<http://www.icty.org/case/martic/4>>. Acesso: 25 ago. 2013.

TROUILLOT, Michel-Rolph. **Silencing the past:** power and the production of history. Boston: Beacon, 1995.

TULLY, James. Modern constitutional democracy and imperialism. In: **Osgoode Hall Law Journal**, v. 46, p. 461-493, 2008.

TULLY, James. **Strange multiplicity**: constitutionalism in an age of diversity. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1995.

WIENER, Antje. **Global constitutionalism**: Oxford bibliographies online. 2012. Disponível em: <<http://www.oxfordbibliographies.com>>. Acesso: 31 de ago. 2013.

WIENER, Antje et al. Global Constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law. In: **Global constitutionalism**, v. 1, n. 1, p. 1-15. 2012.

Data do Recebimento: março/2014. Data da Aceitação: maio/2014

A Memória de um País: um conceito que perpassa pelas noções de arquivo e direito

LEONARDO GOULART PIMENTA¹

RAFAEL SOARES DUARTE DE MOURA²

Resumo: O objetivo deste artigo monográfico é procurar tecer algumas considerações a respeito a configuração do(s) sentido(s) de arquivo, bem como de sua relação com a dinâmica funcional do Direito. Não se pretende, com essas linhas, apresentar de forma demasiadamente aprofundada a temática, mas sim problematizar alguns apontamentos que merecem detida atenção. Muito já se falou sobre o objeto desse artigo, de forma que se procurará dar uma abordagem que pretenda acrescentar algo de novo à temática de extrema relevância, não apenas para o mundo científico-acadêmico, mas, igualmente, para a sociedade como um todo, já que a formação da memória de uma nação perpassa pelo esclarecimento de fatos da vida político-social em que, no caso específico da história brasileira, se verifica muito por ser resgatado e difundido no contexto de uma democracia em processo de consolidação e (re)conhecimento de seu passado.

Palavras-chave: Arquivo. Ditadura. Direitos Humanos.

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

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

1 A MEMÓRIA E O ARQUIVO: O SENTIDO DO DOCUMENTO (NÃO) EMANCIPADO DO SEU AUTOR

Para se iniciar a discussão sobre o arquivo, faz-se por bem delimitar algumas conceituações, necessárias como ponto de partida, a respeito de definições prévias a formação conceitual do arquivo e a sua metamorfose conceitual verificada no perfilhar do tempo.

Quando Michel Foucault desenvolve em sua obra “Arqueologia do saber” toda uma reflexão sobre o *a priori* histórico e o arquivo, esclarece um ponto de essencial e prévia compreensão para se chegar à compreensão de arquivo. Trata-se da positividade do discurso.

Segundo Foucault (1986), se a positividade de um discurso se caracteriza como uma unidade através do tempo, tem-se que essa unidade não pode ser apreendida como fator determinante quanto a verificação do dizer ou não a verdade a respeito de alguma coisa, algum fato, algum dado histórico, Portanto, faz-se por equivocada o entendimento de uma positividade definidora de quem raciocinava rigorosamente, ou mesmo quem mais bem se adaptava a seus próprios postulados.

Para tanto, definir o aspecto de positividade do discurso necessariamente perpassa pela abordagem do aparecimento da medida enquanto aquela que poderia significar o falar a mesma coisa, colocar-se no mesmo nível, na mesma distância ou mesmo desenvolver o mesmo campo conceitual. Nesse sentido, a medida apresentaria e definiria um espaço limitado de comunicação, como sendo aquele relativamente restrito, mas, ao mesmo tempo, extenso quando se toma em consideração a interlocução que proporciona a prática da influência exercida por um indivíduo ao outro (FOUCAULT, 1986).

Dessa forma, a positividade dos discursos, os fatos, as versões sobre os acontecimentos, tudo seria formado nessa contínua e ininterrupta imbricação resultante do processo de comunicação, no qual a força argumentativa, seus pressupostos lógicos interacionais, proporcionariam como resultado, ainda que parcial, o convencimento do interlocutor.

Deve-se, porém, atentar-se para o fato de que os indivíduos e os fatos em si não comunicam apenas pelo prisma do encadeamento lógico das proposições que eles representam, muito menos pela recorrência dos temas, nem pela pertinência de uma significação transmitida, esquecida, redescoberta. A comunicação é estabelecida pela forma mesma de positividade de seus discursos. Essa forma definiria um campo em que podem vir a ser desenvolvidas identidades formais, continuidades temáticas, translações de conceitos, jogos polêmicos (FOUCAULT, 1986).

A positividade desempenharia, assim, um papel que se poderia chamar de um *a priori* histórico, que não significa uma condição de validade para juízos, mas representa, sim, uma condição que expressa a realidade para enunciados. De uma história determinada. Nesse sentido, compete ao *a priori* deve proporcionar *lócus* de análise, verificação e existência dos enunciados em sua dispersão (estabilidade de reativação, sucessão, rapidez de desencadeamento ou de rotação).

Portanto, segundo Foucault (1986), deve o *a priori* poder contribuir para que se destaque o fato de o discurso não possui apenas uma verdade ou um sentido, mas uma história. E uma história específica que não o reconduz às leis de um devir estranho. Exatamente porque o discurso se encontra imerso a uma realidade histórico-temporal específica, sendo fruto dessa realidade que se apresenta aos olhos do atento observador. O *a priori*, ao não escapar a historicidade mesma, denota que ele não é somente o sistema de uma dispersão temporal, mas é um conjunto transformável nas malhas temporais do existir histórico.

O pensamento foucaultiano estatui, dessa forma, que o *a priori formal* é uma figura empírica, que possibilita a compreensão dos discursos na lei do seu devir efetivo. Nesse ponto de definição conceitual, o discurso pode acolher, utilizar ou mesmo, excluir, esquecer ou desconhecer uma ou outra estrutura formal. Aclarado, portanto, se demonstra que os *a priori* formais podem ter na história pontos de injunção, de irrupção, lugares de inserção e de emergência, ocasiões ou domínios de utilização. Nessa esteira, o *a priori* contribui para que se compreenda que a história pode ser não uma contingência absolutamente extrínseca, não se restringindo apenas a uma necessidade de se delimitar a forma com que se desenvolve sua própria dialética, mas uma regularidade específica, na qual conceber o *a priori* histórico como um *a priori* formal, ou seja, apreendê-lo como

uma figura, previsível, predestinada, estática e fatalista seria um equívoco conceitual significativo (FOUCAULT, 1986).

Figura-se uma necessária diferenciação dos *a priori* formal e histórico, pois que não são nem da mesma natureza e nem do mesmo nível. Ocupam, portanto, dimensões diferentes, que possibilitam enriquecedora interface. Nessa interface, o domínio dos enunciados, segundo os *a priori* históricos, além de receber deste uma enriquecedora contribuição pautada pelos diferentes tipos de formações discursivas e positividade distintas, não apresentam aspecto previsível consubstanciado em uma monótona planície que fosse indefinidamente prolongada. Trata-se, portanto, de uma clara complexidade evidenciada nas diferenciações estabelecidas por regiões heterogêneas guiadas por distintas regras que não se podem superpor. Dessa forma, figura-se, segundo o pensamento foucaultiano (1986), na discursividade prática, os sistemas que instauram enunciados como acontecimentos e coisas.

Pode-se, dessa forma, delimitar os acontecimentos tendo em consideração suas condições e domínio de aparecimento, ao passo que as coisas seriam compreendidas na possibilidade e campo de utilização. O arquivo seria, portanto, consubstanciado nesses sistemas de enunciados compostos por coisas e acontecimentos. Poder-se-ia definir, portanto, na esteira de Michel Foucault (1986), ser arquivo:

- o que faz com que tantas coisas ditas por tantos homens tenham aparecido graças a todo um jogo de relações que caracterizam o nível do discurso;
- é, de início, a lei do que pode ser dito, o sistema que rege o aparecimento dos enunciados como acontecimentos singulares;
- o que faz com que todas as coisas ditas não se acumulem indefinidamente em uma massa amorfa, linear, vindo a desaparecer ao simples acaso dos acidentes externos;
- o que faz com que as coisas ditas se agrupem em figuras distintas, se componham umas com as outras segundo relações múltiplas, se mantenham ou se esfumem segundo regularidades específicas;
- ele é o que faz com que todas as coisas ditas não recuem no mesmo ritmo que o tempo, mas as que brilham muito forte venham até nós, quando outras contemporâneas estão já pálidas;
- é o que define o modo de atualidade do enunciado-coisa; é o sistema de seu funcionamento;

- é o que diferencia os discursos em sua existência múltipla e os especifica em sua duração própria;
- prática que faz surgir uma multiplicidade de enunciados como tantos acontecimentos regulares, como tantas coisas oferecidas ao tratamento e à manipulação;
- entre a tradição e o esquecimento, ele faz aparecerem as regras de uma prática que permite aos enunciados subsistirem e, ao mesmo tempo, se modificarem regularmente;
- é o sistema geral da formação e da transformação dos enunciados;
- incontornável em sua atualidade.

Igualmente, e ainda tendo em vista a evolução conceitual de arquivo que não pode passar despercebida, não se pode caracterizar como arquivo, na esteira do pensamento foucaultiano, como sendo apenas:

- a soma de todos os textos que uma cultura guardou em seu poder;
- as instituições que, em determinada sociedade, permitem registrar e conservar seus discursos;
- apenas aquele que guarda/protege;
- o que recolhe a poeira dos enunciados que se tornaram inertes e que permite o milagre eventual de sua ressurreição;
- o que unifica aquilo que foi dito no grande murmúrio difuso de um discurso;
- o que assegura a existência do discurso mantido no meio;
- aquele que carrega o peso da tradição;
- aquele que se constitui na biblioteca atemporal e sem *locus* material específico de todas as bibliotecas;
- o esquecimento acolhedor que abre a qualquer palavra nova o campo de exercício de sua liberdade;
- descritível em sua totalidade.

Claro se faz, portanto, que o conceito de arquivo é muito mais amplo do que uma redução em um espaço físico de documentos recolhidos criteriosamente no decorrer da história. Bem como, apresenta-se como impossível descrever a exaustão todo o arquivo de uma sociedade e de uma época. Acrescente-se que não é possível descrever o próprio arquivo individual, já que é no interior de suas regras que se existe e se comunica, é ele que possibilita a visualização do que se diz, suas formas de coexistência e existência, seu sistema de historicidade, acúmulo e de desaparecimento (FOUCAULT, 1986).

Partindo destas observações um tanto sumárias, podemos nos prevenir contra o fetichismo do documento, tão difundido em nossos dias, e que caminha lado a lado com a obsessão, igualmente suspeita, de uma transparência absoluta – uma palavra que é aliás problemática, pois tornar alguma coisa transparente é também torná-la invisível [...] Nenhum documento jamais falou por si só: este é sem dúvida o clichê mais difícil de combater e o mais difundido, sobretudo no que se refere aos arquivos ditos “sensíveis”. Existe um abismo entre aquilo que o autor de um documento pôde ou quis dizer, a realidade que esse documento exprime e a interpretação que os historiadores que se sucederão em sua leitura farão mais tarde (ROUSSO, 1996, p. 90).

A análise do arquivo, por conseguinte, comporta uma região privilegiada, o próprio tempo que cerca o presente, que o domina e que o indica em sua alteridade. O tempo é o que delimita a cada indivíduo. A descrição de arquivo, nos passos do pensamento foucaultiano, desprende das continuidades de cada um; dissipa essa identidade temporal em que cada indivíduo gostaria de se olhar para conjurar as rupturas da história; rompe o fio das teleologias transcendentais; faz com que o outro e o externo se manifestem com evidência e estabelece que todos existem na diferença, a razão é a diferença dos discursos, a história de cada um é a diferença dos tempos. Cada Eu é a diferença das máscaras. A revelação do arquivo, como anteriormente salientada, dificilmente se encontra integralmente alcançada e acabada. Ela forma o horizonte geral a que pertencem, segundo Foucault, a descrição das formações discursivas. A análise das positivities e a demarcação do campo enunciativo, em uma realidade em que a diferença, longe de ser origem esquecida e recoberta, representa a dispersão do que cada pessoa é e faz em sociedade.

Mas, no tocante ao propósito destas reflexões, faz-se por demasiadamente relevante tecer uma ponte de ligação entre o arquivo e todas as suas implicações conceituais, e o Direito, manifestado nas leis e estruturas normativas. Nesse momento, faz-se por deveras apropriado abordar o pensamento de Cornélia Vismann, que soube captar com propriedade alguns acentos sobre esta questão.

Inicialmente, em suas reflexões são pautados alguns apontamentos sobre a busca conceitual desenvolvida por Derrida, por Deleuze e por Foucault sobre os desenvolvimentos do

Direito e da linguagem enquanto visualizados na tematização do arquivo. Tem-se que o pensamento derridiano busca estabelecer proximidade entre o direito e a linguagem. Neste sentido, a compreensão de arquivo perpassa necessariamente pela análise do discurso, sendo, portanto, matéria reservada, ou pelo menos associada a essa ideia, na obra *Mal de Arquivo*, a relação apresentada entre o arquivo e a lei, segundo Vismann, sugere que os primórdios da lei estão no arquivo. O arquivo seria, portando, um objeto autorreferencial, que, não apenas armazenaria uma história, mas, igualmente, teria uma própria. O arquivo armazena e tem uma história. A questão do arquivo será tematizada na palavra, não se restringindo a uma mera estrutura material.

Por outro lado, o pensamento foucaultiano, conforme já exposto, apresenta a relação entre arquivo e lei de forma distinta da exposta por Deleuze. Se, para esse, o que se apresenta como relevante é a sua clara simpatia em relação a tudo o que anula a lei, compreendida essa e o Direito como resignados a ser sinônimo de julgamento, tão somente relacionados ao aparato estatal. Foucault, apesar de manifestar sua abertura positiva ao pensamento de Deleuze, não apresenta um pensamento de rejeição à lei e a todo o fenômeno de vigência, regulação e validade como um todo. Ela exerce papel proeminente, mas, aqui se diferenciando de Derrida, não sob o aspecto da autoridade, pois ela é compreendida como matéria das instituições e de suas práticas, como, por exemplo, a administração governamental, suas técnicas de ordenação, controle, padronização e detenção. Na análise do discurso, para o pensamento foucaultiano, o que importa é o arquivo e não a força executiva de lei (VISMANN, 2008).

Para Derrida, *Arkhé*, ou arquivo, deve ser pensado como sob o prisma do *Arkhéou*, ou seja, o que precede. Nesse sentido, Cornélia (2008) apresenta uma digressão histórica que direciona o curso de reflexão de Derrida até o arquivo. Nessa reflexão, são apresentados a figura dos Arconte, que possuíam uma prerrogativa hermenêutico-competencial na Grécia antiga. Eles tinham prerrogativas de interpretar os arquivos. Apesar de na *polis*, os documentos oficiais ficam arquivados no *arkheion* (casa dos arcontes), para Derrida o arquivo é principalmente um modo e, não, um lugar. Dessa forma, é o modo, ou seja, a lei, de acordo com o qual o ato de arquivamento é conduzido ou ditado pela atividade de *arkheion*. O verbo traduz-se de modo correto por “preceder”. Derrida sustenta, dessa forma, ser a origem da lei encontrada na Grécia. O destaque dado a palavra grega *arkhé* sugere que as ligações eficazes entre Direito e arquivo aconteceram lá.

Portanto, pode-se sustentar que a lei, abstratamente considerada, nada mais é do que um arquivo virtual, que precede o caso individual assim como os textos arquivados precedem

aos atuais. Nesse sentido, há um momento determinante no tempo quando o arquivo se torna a regra da lei, pois, de uma perspectiva jurídica histórica, a imbricação entre regra e lei se inicia após a referência aos textos arquivais ter sido abolida, pois transformados foram os conteúdos deles em estruturas legais. Percebe-se que o arquivo precede o presente, criando uma possibilidade inicial de referência (ao precedente), de forma a constituir uma clara e efetiva possibilidade de referência. Todos os arquivos, *arkheia*, *scrinia*, *tabularia* ou *archivi*, dessa forma, conotam governar com lei, eles transformam a estrutura *arkhé* na arquitetura que, porém não deve ser entendida como um lugar físico específico, mas um *topos*, uma materialização de um discurso, neste caso da retórica endereçada como *nomos* (VISMANN, 2008).

Escrito, oral ou filmado, o arquivo é sempre o produto de uma linguagem própria, que emana de indivíduos singulares ainda que possa exprimir o ponto de vista de um coletivo (administração, empresa, partido político, etc.) (ROUSSO, 1996, p. 88).

Nessa divagação pelo desenvolvimento conceitual histórico-temporal do arquivo, Cornélia continua sua reflexão já no império estabelecido por Roma. Nele, inicialmente, observava-se que o discurso arquivado no tribunal era examinado para o estabelecimento das regras que auxiliariam na busca por solucionar do caso em concreto apresentado. Em um período de transição, coincidente com o triunfo do Direito Romano, o ato de governar com lei se estabeleceu como resultado da prática de referência ao arquivo, de forma que, após esse período intermediário, se estabiliza a ideia de lei como sendo aquela feita de modo a já conter as regras de acordo com o caso a ser decidido, baseada nos textos jurídicos. Portanto, os textos arquivados são sintetizados em forma codificada, tornando-se lei.

Percebe-se, com todas estas reflexões desenvolvidas, que o estudo dos arquivos comporta uma dimensão linguístico-comunicacional, bem como estrutural, no seu aspecto material mesmo. Tem-se que o arquivo, sob essa perspectiva, é um assunto gramatológico preocupado com textos e operações textuais como se referir a algo já dito, ler e interpretar textos existentes. O arquivo consiste de textos que precedem e apontam para o início do precedente do qual o seguinte pode ser deduzido, Derrida o apresenta como uma forma de direito. Por outro lado, arquivo também representa aquele que sai da ordem simbólica. Ele se refere ao que não fala, ou seja, o espaço do arquivo, as prateleiras, o papel, a poeira. Portanto, tanto as estruturas linguísticas, *Arkheé*, *alétheia*, os textos jurídicos, como as condições materiais, *Arque* e *arca*, instituições históricas se complementam, pois, segundo Cornélia (2008), para o Direito, o arquivo, tanto como uma instituição quanto como uma operação textual, é igualmente relevante. Por conseguinte,

deve ser permitido a toda a sociedade, ao “historiador ou o arquivista devem poder ter acesso ao maior número possível de fontes.” (ROUSSO, 1996, p. 90), mesmo porque, em sendo o arquivo a memória presente, passada de um povo, não se concebe que a este seja negado o acesso as informações sobre sua trajetória histórico-político-social, sob prejuízo de ser o futuro de todo um povo ser construído sob um passado e um presente insuficientemente compreendidos e conhecidos.

Essa compreensão, mais uma vez salienta-se, deve perpassar pelo pleno acesso as fontes de informações arquivadas, sejam elas públicas ou privadas, bem como pelas fontes testemunhais que imprimem todo um olhar sobre o que se encontra impresso no papel. “Nunca é demais frisar que a disponibilização de fundos documentais [...] é fundamental para o conhecimento dos fatos e para a escrita da história, assim como para a consolidação dos próprios regimes democráticos.” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 191).

Deve-se ressaltar que essa busca por uma resposta aos fatos que a história imprimiu não pode ser vista como um caminho de via única. Não se trata de uma única, simples e confortável posição a respeito dos fatos, mesmo porque, não há como se oficializar e “definir o que é a ‘verdade histórica’, mas posso estimular a reflexão sobre a multiplicidade de interpretações possíveis.” (FICO, 2012, p. 48)

A busca pela verdade representa o mais valioso compromisso com a memória de um país.

Uma das principais peculiaridades da História do Tempo Presente é a pressão dos contemporâneos ou a coação pela verdade, isto é, a possibilidade desse conhecimento histórico ser confrontado pelo testemunho dos que viveram os fenômenos que busca narrar e/ou explicar (FICO, 2012, p. 44).

O arquivo apresenta-se, desta forma, como um complexo sistema testemunhal, formado, seja pela via institucionalizada, quando se trata de arquivos estatais, ou mesmo pela via privada, caso dos acervos particulares. A questão a ser visualizada é a busca pela verdade na análise das informações. A verdade é por deveras conceitualmente complexa e ampla para ser absorvida de uma única fonte. Claro está que

os arquivos em si não são guardiães da “verdade”, mas o resultado da acumulação de documentos produzidos ao longo das atividades desenvolvidas por uma instituição, como instrumentos de seu funcionamento. Devem ser submetidos, pelo pesquisador, a procedimentos de análise que permitam compreender os documentos como produtos desse contexto. Consequentemente, a proteção à vida privada das vítimas da repressão política deveria passar menos pela restrição do acesso a esses arquivos do que pela construção social de uma chave interpretativa que permita melhor captar o significado dos produtos de um regime autoritário (JOFFILY, 2012, p. 143).

Nesse meio, considera-se, e ai pensando-se no aspecto comunicacional do arquivo, outras fontes como igualmente valiosas em se tratando de registros da história e da memória, trata-se das verbalizações de fatos e ocorridos, pois, “a retenção de arquivos é geradora de fantasmas. Quanto menos os arquivos são acessíveis, mais nos voltamos aos testemunhos.” (COMBE, 2008, p. 22).

O testemunho deve ser compreendido como uma importante e relevante prova arquivística exatamente porque imprime um olhar único sobre aquele fato. O narrador de um fato/acontecimento representa um importante elemento na formação complexa do quadro de reconstrução de um período feito pelos historiadores, arquivistas, juristas, cientistas políticos, sociólogos, filósofos, cidadãos em geral.

Quando o fato ou ocorrido pode ser ainda verificado por meio de testemunhas, como anteriormente ressaltado, sejam elas meros observadores ou partícipes ativos daquele momento, a fonte da qual se pesquisa adquire um frescor que escapa aos relatos impressos no papel. Ainda que não se deva considerar apenas os relatos e testemunhos como versão oficial, expressão que pode ser considerada questionável e por deveras limitador das realidades e impressões do fato histórico, eles apresentam um importante elemento que é a impressão na subjetividade fixada na mente da testemunha. De certa maneira, os testemunhos possuem acentos de humanização quando se trata de pesquisas em extensas e intermináveis pilhas de papel. Como se fosse um sopro sonoro a competir com as velhas caligrafias, as poeiras em meio as páginas envelhecidas que testemunham silenciosamente os signos impressos nelas.

Terminadas estas considerações, que se reputam mais do que necessárias para que a compreensão do arquivo e a sua dinâmica social sejam compreendidas com um novo olhar, passa-se neste momento a se pensar concretamente como se dá a relação entre memória, democracia e o aparato estatal no exercício de suas competências regulamentadoras a respeito do acesso, utilização e qualificação do caráter das informações.

2 A COMPREENSÃO DEMOCRÁTICA DE ARQUIVO EM FACE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À INFORMAÇÃO: O CARÁTER ABERTO DO ARQUIVO FRENTE AO DIREITO CONSTITUCIONAL À PRIVACIDADE

Deve-se considerar os arquivos em sua verdadeira e paradoxal existência. Presente e passado se misturam quando da reflexão feita sobre os arquivos. Os dados e fatos de um passado podem ser mais do que presentificados no cotidiano do olhar e ouvido do pesqui-

sador. Não se pode ignorar que uma ação pode e, em muitas vezes, se estende na linha da história tendo em consideração que os atos e fatos geram consequências percebidas (in)conscientemente na estrutura social.

O passado tem como filho o presente, que justamente se coloca como resultado e fruto de toda uma dinâmica de escolhas, momentos, decisões e ocorridos de outrora. Sendo assim, não se concebe sustentar que os arquivos são informações “mortas”, acessadas como que uma exumação feita em arquivos enterrados e que depois retornam ao silencioso descanso a sete palmos de terra.

Os arquivos devem ser entendidos no seu duplo, paradoxal e conflituoso papel. Arquivos como memória, por conseguinte, testemunhas de acontecimentos ou de ações passadas, mas também como dispositivos no presente, portanto, muitas vezes, incômodos (RODRIGUES, 2011, p. 257).

O passado vive como que cicatrizes impressas no presente, que não podem deixar de ser consideradas, ou ignoradas, ainda que incômodas ou que venham a gerar sofrimento. Ainda que “compreender o passado não significa justificá-lo.” (FICO, 2012, p. 48), a memória prospectada no ato de esclarecer o passado obscuro representa uma verdadeira alvorada nos vales nevoados e sombrios de determinados períodos da história de um povo.

O descortinar das luzes da consciência poderá acarretar o surgimento de dolorosas lembranças, ou mesmo de revoltas e mágoas com um fato erroneamente apresentado em versões que não correspondessem com a verdade real. Porém, a verdade é como um remédio amargo, pois, apesar do sabor indesejável, tem como efeitos a cura esperada e desejada.

Para falar sobre os arquivos produzidos pela repressão, é imprescindível fazer referência à repressão propriamente dita, ou, ao menos, aos sistemas de informações, pois foi essa estrutura burocrática que produziu tais documentos (BAUER; GERTZ, 2009, p. 173).

Em um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro, não se pode mais imaginar e conceber que o passado não seja esclarecido por meio dos mais diversos atores sociais que juntos trabalhariam por forjar a chave que abriria o olhar da sociedade para a verdade real. No tocante a busca pela verdade e pelo esclarecimento completo, destaca-se que se trata de uma missão das não fáceis de ser levadas em frente.

Felizmente, “com as pressões cada vez maiores no sentido de assegurar a transparência administrativa dos poderes públicos, existe hoje, em nível internacional, uma forte tendên-

cia em favor do acesso às informações de arquivos.” (COSTA, 1981, p. 195), o que resulta no fortalecimento e maturidade de muitas das democracias que não mais temem “enfrentar” o passado, procurando esclarecer e, simbolicamente que seja, reparar abusos e violações ocorridos em tempos de repressão.

Poder-se-ia pensar em uma quase completa impossibilidade de se reconstituir uma memória da qual não existissem mais fontes documentais e testemunhais, seja pela destruição material ou pela morte. Porém, constata-se que a história e o tempo não foram de todo ingratos para com o Brasil, na medida em que grande parte de seus registros, materiais e humanos, ainda podem ser acessados e escutados pelos pesquisadores e interessados.

O Brasil passou por momentos de intensa turbacão político-social-institucional. A sociedade foi marcada por ditaduras, das quais a mais recente teve longa duracão, desde o Golpe em 1964, e forte impacto nas estruturas sociais pelas violacões e crimes cometidos em nome da “ordem pública”. Na mesma dinâmica em que o regime militar ia assentando suas estruturas e desenvolvendo suas políticas repressivas, formavam-se os arquivos, seja como forma de uma inflada burocracia oficial, seja como forma de se reunir dados e forjar situacões e fatos deliberadamente intencionais para que atitudes “oficiais” fossem, com isso, “legitimadas” a serem exercidas.

Os documentos da ditadura não são um testemunho da verdade, mas a memória do arbítrio. Mas, se nós entendermos “verdade” em seu sentido relativo, como um esforço contínuo de esclarecimento e explicacão dos fenômenos, então podemos afirmar que a “verdade” que os documentos da ditadura registram é mobilizadora (FICO, 2012, p. 58).

Dessa realidade político-institucional, desenvolveram-se e recolherem-se inúmeras informacões que hoje são mais do que imprescindíveis ser conhecidas a fim de que se possa “montar” o delicado quebra-cabeça da história política nacional. Esses arquivos certamente não são os repositórios da verdade dos fatos, mas suas informacões são de extremo valor histórico social, como forma de serem confrontadas com outras fontes de arquivos igualmente apreciáveis e que muito tem a contribuir para com a consolidacão de uma memória afastada das sombras da ignorância e do silêncio que por tantos anos foram a regra nas estruturas estatais brasileiras.

Seja como for, passados os assombros ditatoriais, e chegada a democracia, ainda que cuidadosamente autorizada em uma transição controlada pelo antigo regime, tem-se um importante desafio a ser percorrido que é o pleno acesso à informacão, pensado este na política de aberturas dos arquivos oficiais.

A tradição brasileira em relação ao acesso aos arquivos assenta-se, preferencialmente, na “salvaguarda” das informações, o que se traduz, na verdade, pela ênfase no sigilo (RODRIGUES, 2011, p. 280).

Não é das tarefas das mais fáceis a questão da abertura dos arquivos, mesmo porque interesses políticos e pressões de grupos organizados se fazem sentir quando do estabelecimento de discussões públicas sobre a temática, bem como da elaboração de projetos de lei, como o que atualmente se transformou na mais recente legislação de acesso a informação, a Lei n.º 12.527, de 2011, cujo “texto constitui inegável avanço na matéria da legislação de acesso aos arquivos e atende a um apelo social crescente pela transparência governamental.” (JOFFILY, 2012, p. 138).

A frustração diante da impunidade e da ausência de uma verdadeira ruptura torna a transição brasileira um processo que não terminou. Não surpreende que ainda estejamos às voltas com o tema. Em 2008, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) registrou no Supremo Tribunal Federal (STF) uma “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” cujo objetivo era excluir “os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar” dos abrangidos pela Lei da Anistia de 1979.³⁹ A ação somente foi julgada em 2010 e o STF confirmou o entendimento do “perdão aos torturadores”. Há um aspecto a mais que vincula o tema da frustração ao dos documentos secretos: a desconfiança da política. A antiga percepção de que seria difícil realizar uma história política sobre o período vivido, na medida em que as decisões realmente importantes são ocultadas do público (FICO, 2012, p. 52).

A questão que se coloca diante dos olhares do cidadão é a de que a democracia brasileira muito tem de caminhar para chegar e promover um ambiente em que passado e presente dialoguem sem restrições quanto a matérias, áreas proibidas de serem tematizadas, ou qualquer forma de “censura” sustentada sob o argumento de não ser retomados assuntos “enterrados” no passado e que, às vezes em tons de ameaça, são desaconselhados de ser problematizados pela sociedade, pois isso afetaria a estabilidade democrática do Estado brasileiro.

Sabe-se que os

arquivos da repressão são conjuntos documentais produzidos pelos órgãos de informação e segurança do aparato estatal em ações repressivas, durante os períodos não democráticos.

Em sua maioria, os arquivos da repressão se compõe de registros elaborados ou incorporados a partir da ação policial cotidiana (fichas pessoais, depoimentos, prontuários, dossiês, relatórios, informações, ordens de busca e prisão, etc.), mas também de documentos roubados (livros, publicações, correspondências pessoais, documentos de organizações, etc.), ou de declarações tomadas em interrogatórios que desrespeitam tanto os códigos

penais (duração do interrogatório, horário em que foram feitos, presença de testemunhas, etc.) quanto os Direitos Humanos (torturas físicas e psicológicas) (BAUER; GERTZ, 2009, p. 177).

É exatamente nesse contexto de produções e armazenamentos documentais que se faz necessário o pleno estabelecimento de políticas públicas que favoreçam o pleno acesso a informação, visto esse não apenas como um trabalho de resgate histórico, de valor científico-acadêmico, mas de um verdadeiro ato de resgate identitário a que qualquer nação democrática deve insistentemente perseguir.

Memória e identidade são elementos complementares da estrutura de uma nação, não podendo ser solapadas ou impedidas de ser constituídas pelo povo de um Estado. Para tanto, necessário se faz a proteção e o favorecimento do amplo acesso a informação, consubstanciado esse, notadamente, ao pleno alcance dos documentos ditos “oficiais” que se apresentem como relevante contribuição para a reconstituição de um passado que se apresenta como a sombra do conseqüente presente.

No tocante à política de arquivos, no Brasil, o estabelecimento do sigilo dos arquivos ainda se apresenta como uma realidade que se imprime na letra da lei. Faz-se necessário

transformar a mentalidade do sigilo, que predomina ainda hoje nas instituições e órgãos governamentais, e que certamente tem suas origens nas estruturas patrimonialistas herdadas de Portugal. Essa concepção de “segredo de Estado”, indicativa de uma estrutura de Estado centralizada e burocrática, impediu a implementação de uma política de arquivos, seja no nível de recolhimento sistemático dos documentos pelo Arquivo Nacional, seja no nível de uma política de acesso (COSTA, 1981, p. 196).

Percebe-se que, assim como a democracia se apresenta em constante construção e aprimoramento, a realidade das regulamentações a respeito da política de acesso à informação não escapa a essa realidade em processo contínuo de revisitação e (re)elaboração. Mas, considera-se por relevante destacar que a evolução positiva do acesso à informação no Brasil, como em outros países de tradução democrática, só prosseguirá em uma escala evolutiva na medida em que for ela fruto de uma mobilização efetiva dos mais diversos atores sociais que, exercendo ativamente sua cidadania, contribuirão para a intensificação e publicização dos debates sobre questão cara à memória da nação e ao pleno e responsável exercício da liberdade de expressão.

Ainda que se reconheça um avanço considerável na nova política de regulamentação de acesso às informações, este se apresenta de forma escalonada de acordo com o teor e classificação das informações dos arquivos. A questão que se coloca, então, seria o como estabelecer o caráter de uma informação? Quem seriam os atores sociais responsáveis

por essa definição que poderia modificar os rumos do esclarecimento da história numa relação sem precedentes? O fato de haver pessoas que estabeleçam a classificação das informações não é, em si, um fato reprovável. Até porque se faz necessário uma orientação vinda de quem possa realizar com competência técnica e política essa atividade. A questão que se coloca seria esclarecer como se dá a “escolha” dos cidadãos que irão “rotular” o grau de acesso ou sigilo das informações arquivadas? O Estado proporcionaria uma forma dialogada e democrática com representantes da sociedade de forma a chegar a uma escolha de pessoa(s) que fossem laborar nessa seara?

São questões que ainda não tiveram uma atenção detida, diga-se até mesmo uma sensibilidade em escutar a sociedade de forma a dela conseguir pessoas engajadas e competentes para repensar a definição do grau de acesso às informações.

Evidente que não se deve pensar que o fato de ser problematizada uma formação de comissão representativa da sociedade, aos moldes da comissão da verdade, que objetiva investigar violações, por agentes públicos, aos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988 no Brasil, para repensar a catalogação da natureza das informações representaria uma atitude irresponsável ao ser oportunizado a esta o acesso de forma irrestrita aos documentos arquivados.

É necessário se quebrar esta desconfiança sobre a (im)possibilidade, como sustenta Fico, de se realizar uma história política com o facilitado, responsável e pleno acesso às informações necessárias para tanto. O monopólio estatal absoluto e irrestrito das informações não se condiz com a atual ordem constitucional democrática. A mesma lógica deve ser aplicada às informações privadas de interesse público que, não obstante a polêmica ausência de definição legal quanto as especificidades deste caráter, tem-se que,

Conquanto seja ponto pouco discutido, a proteção à vida privada impede, na prática, o livre acesso a diversos acervos atualmente abertos à consulta pública. A ausência de regulamentação precisa que determine os contornos do direito à intimidade termina por limitar arbitrariamente o acesso a quantidade apreciável de documentos (JOFFILY, 2012, p. 139).

Faz-se imperioso o estabelecimento de regulamentações que se debrucem sobre esta temática, procurando dar direcionamentos balizando e ponderando os tênues limites entre os direitos conferidos a cada pessoa, diante do apelo social de conhecer e buscar a verdade dos fatos de relevante impacto nas estruturas do país.

Considera-se que, “se os arquivos são ‘a memória da nação’, o dever de memória e a exigência (democrática) de transparência implicam que eles estejam em condições de ser facilmente pesquisados e não apenas por investigadores licenciados.” (HARTOG,

2011, p. 234). Essa afirmação enfática de certa maneira ainda encontra obstáculos em ser verificada quando da análise do acesso à informação dos órgãos públicos, mesmo depois da publicação da Lei 12.527, que, a passos largos, muito avançou em matéria de regulamentação frente a leis precedentes. O antigo problema que se deve atenta e criticamente procurar avaliar e, posteriormente, buscar soluções, em havendo necessidade, é se a burocracia estatal se encontra devidamente preparada, em matéria de capacitação, com recursos humanos e materiais, para implementar e aplicar de forma atenta e fidedigna as disposições normativas.

Não obstante essa problemática, a questão que, também, enseja uma reflexão neste momento, diz respeito à extensão do acesso à informação quando pensada esta na sua modalidade/categorização pública ou privada.

Os arquivos da repressão possuem especificidades que vão desde dúvidas sobre sua existência, passando por sua organização, preservação de divulgação, questões que extrapolam os limites da arquivística e atingem os âmbitos ético e político. Esses documentos afetam, de forma direta, a sociedade em que foram produzidos e recuperados (Estado, agentes de repressão, vítimas, familiares, organizações em Direitos Humanos, Forças Armadas), principalmente porque, no caso das ditaduras militares, seus protagonistas ainda estão vivos e por constituírem fatos do passado recente dessas sociedades. Isto traz à tona a discussão sobre a privacidade e a preservação da intimidade das pessoas. Além disso, esses arquivos possuem, somado ao valor histórico e judicial, grande valor para a definição da memória histórica e para a constituição da identidade (BAUER; GERTZ, 2009, p. 178).

Se, no Estado de Direito, o direito a intimidade possui consagração igual ao valor atribuído ao interesse público, como se pode administrar o acesso às informações que possuam natureza íntima? Como se pode mesmo definir e delimitar quais podem ser compreendidas com de aspecto essencialmente privado?

Quando se pensa na história política brasileira, tem-se verificado indícios de que a problematização mesma do caráter público e privado das informações, ou seja, a definição do que seja público e privado, quais seriam as inúmeras interfaces encontradas nestas categorias, não têm sido debatidas de forma suficiente ou mesmo de forma “desparadigmatizada”.

O informe produzido pela Unesco a respeito do tratamento ético e técnico a ser dispensado aos arquivos resultantes de regimes autoritários não chega a aprofundar o tema do resguardo à vida privada, mas recomenda que “os direitos individuais das vítimas da repressão política [tenham] preferência sobre a investigação histórica” (QUINTANA, 1999, 17). Enrique Serra Padrós, que reconhece a importância da aberturados arquivos repressivos, em suas “quatro dimensões do exercício da cidadania (individual ou coletiva): histó-

rica, política, pedagógica e administrativa” (2009, 42), pondera que essa documentação “Pode trazer de volta imagens e sensações de dor, humilhação, constrangimento; talvez, a exposição da fragilidade, da claudicação. Pode revelar condutas ambíguas diante da provação, da ameaça de violência e da aplicação da violência concreta” (2009, 41). A nova Lei de Acesso à Informação parece conduzir-se por uma lógica distinta, subordinando, em algumas situações, o direito individual à intimidade ao direito coletivo à informação, ao prever que “a restrição de acesso à informação relativa à vida privada não poderá ser invocada [...] em ações volta das para a recuperação de fatos históricos de maior relevância” (Lei 12.527, Seção V, § 4.º). Resta saber o que se entende por “fatos históricos de maior relevância” [...] Da parte dos pesquisadores, a dependência da autorização dos perseguidos – ou de seus familiares, em caso de morte – para consultar os dossiês pessoais levanta uma série de problemas (JOFFILY, 2012, p. 139-140).

Ainda assim, percebe-se certa cristalização conceitual ou mesmo aversão a se abrir à agora social para que sejam colocados em cena debates de enorme repercussão para o esclarecimento da memória da nação por certos grupos e indivíduos em sociedade. “Embora a preservação da vida privada seja o elemento central a restringir o acesso a parte da documentação do período militar, esse tema não tem sido alvo de discussões públicas.” (JOFFILY, 2012, p. 130).

Uma postura de aversão à tematização mesma sobre essas questões conceituais pode vir, e com razão, a ser interpretada como um comportamento defensivo daqueles a quem não interessa suscitar, trazer a lume, uma reflexão crítica sobre como as informações arquivadas têm sido tratadas e enquadradas.

Trata-se, hoje de reconhecer que “à importante palavra de ordem ‘transparência’, opõe-se, no caso dos arquivos, outro princípio que é também bastante enfatizado por cada um e por todos: o da proteção da privacidade.” (HARTOG, 2011, p. 234). A questão que se coloca seria refletir sobre qual seria a extensão da privacidade diante da transparência buscada e esperada quando se trata de uma política pública de acesso a informação? Poder-se-ia sustentar a absolutização irrefreada do acesso às informações a todo o custo sobre todo e qualquer tipo de dados?

Veja-se que, mesmo em se tratando de informações de natureza privada, como aquelas existentes em arquivos “domésticos”, por assim dizer, devem ser tratadas de forma diversa de uma “privatismo” que confere poder absoluto quanto a utilização, destinação e manejo dos documentos privados. Se, por um lado, a

intervenção do Estado decorrente do ato classificatório não elimina os direitos de propriedade que o titular do arquivo ou seus herdeiros possuem sobre os documentos, mas lhe faculta o direito de controle sobre o arquivo,

em nome do interesse público. Tal dispositivo implica sobretudo a obrigatoriedade da parte do proprietário ou detentor do arquivo de preservar os documentos considerados relevantes para a história do país ficando, nesse sentido, proibida a sua destruição, perda ou exportação. Convém ainda lembrar que, em alguns países, inclusive no Brasil, a legislação prevê o direito de preferência do Estado nos casos de alienação por venda (COSTA, 1998, p. 196).

Atente-se que a preservação acima mencionada reflete o caráter de apreço público as informações que podem ser adquiridas nos arquivos privados. Dessa forma, a manutenção destes arquivos, mesmo a sua abertura à *pesquisa* representa um efetivo ato de responsabilidade e, mais do que isso, de consciência cidadã.

Compete ao Estado procurar regulamentar, ou disciplinar de forma mais pormenorizada, como já feito em outros países, como se dará o apoio e atuação das políticas públicas quanto à identificação, catalogação, incentivo à manutenção e disposições sobre o acesso às informações contidas nestes arquivos.

Diante da regulamentação que ainda permite a existência de vazios conceituais e definidores sobre a temática da definição do caráter público e privado, tendo em consideração a complexidade de uma reflexão para se buscar uma resposta, se é que se pode dizer que exista uma solução simples e binária para resolver a *quaestio*, parte-se, inicialmente, da compreensão de que “o público aproxima-se do social, enquanto o privado restringe-se ao círculo da intimidade.” (ARENDDT *apud* COSTA, 1981, p. 190). Neste sentido,

Público hoje está muito mais próximo da idéia de social e de coletivo do que da idéia intrinsecamente política atribuída pelos gregos, que excluía de sua definição tudo o que se relacionasse às necessidades vitais (ARENDDT, 1981, 46). [...] Só após a Segunda Guerra, com a emergência do direito à informação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o acesso aos arquivos passou a ser regulado por legislação específica, deixando de ser prioritariamente privilégio dos historiadores. O direito à informação é, portanto, um dos mais novos direitos do homem. Consiste em poder receber informações e difundi-las sem restrições, e também na possibilidade de opinar e de se exprimir livremente. [...] Tal direito está vinculado à liberdade de opinião e expressão, que integra as liberdades públicas tão caras à Grécia antiga e que foi posteriormente restaurada pela ilustração. [...] Se considerarmos o direito à informação como um correlato do direito de liberdade de expressão, poderemos inclusive inferir que ele estava implícito na Constituição Política do Império, que determinava que todos poderiam comunicar os seus pensamentos por palavras e escritos e publicá-los na imprensa, sem dependência de censura, desde que respondessem, perante a lei, pelos abusos que cometessem no exercício desse direito (COSTA, 1998, p. 190-193).

Como se poderia administrar e definir, dessa forma, a questão da liberdade de expressão, manifestada, inclusive, no pleno acesso à informação sem que ocorressem abusos decorrentes da utilização leviana, ou mesmo irresponsável de informações de caráter público ou mesmo privado?

Percebe-se que essa problematização se encontra diante da complexa ponderação de princípios constitucionais, pois o acesso à informação certamente é uma garantia constitucional que convive juntamente com o direito à intimidade, manifestado pela vida privada. Até que ponto se poderia eleger o interesse público acima da liberdade individual e a sua garantia ao pleno exercício da intimidade? O que seria definido como interesse público e privado? Quem os definiria?

Existem várias classificações de direitos privados adotadas pelos autores que trabalham com essa questão. Uma das mais abrangentes, utilizada pelo Bureau de Droit Civil Général, do Ministério da Justiça francês, enumera oito categorias de direitos relativos à vida privada, cujo sigilo deve ser respeitado: vida sentimental, conjugal e familiar; direito ao nome; à saúde, incluindo informações sobre a causa da morte; eventos familiares; emoções; lazer; opiniões políticas, filosóficas e religiosas; e patrimônio (HURTAUD *apud* COSTA, 1998, p. 193).

Tem-se que a abordagem da responsabilidade poderia se apresentar como uma solução ao pleno acesso às informações como decorrente do exercício da liberdade de expressão e manifestação. Ainda que a

restrição de acesso à informação sobre a vida privada “não poderá ser invocada como intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido” (Seção V, § 4.º). Afora isso, o consentimento das pessoas citadas nos documentos é dispensado quando as informações ali contidas forem necessárias à “realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem”, “à defesa de direitos humanos” ou “à proteção do interesse público e geral preponderante” (Seção V, § 3.º) (JOFFILY, 2012, p. 138).

Apesar do esforço do legislador na lei de acesso à informação de 2011 em destacar a preponderância do interesse público, essa expressão ainda não se apresenta clara, gerando margem a argumentações e a interpretações múltiplas que, certamente, não contribuiriam de forma positiva para a política de acesso à informação.

Mesmo que na lei seja conferida proteção à identificação da pessoa a que as informações se referirem, o que em si representa uma garantia à privacidade, apresenta-se como de não fácil implementação quando, por exemplo, tratar-se de acesso a informações presentes em residências particulares.

Diante dessa especificidade, pode-se perfeitamente ponderar, por meio da hermenêutica constitucional, o pleno exercício de cada uma das liberdades consagradas como direitos fundamentais, de forma a se verificar na especificidade de cada caso, de cada situação e dificuldade apresentada, qual seria a correta medida ou princípio que preponderaria em face do caso concreto, bem como se daria o acesso e a utilização da informação acessada de forma a que ela fosse trabalhada na responsabilidade, com parâmetros éticos e profissionais.

A legitimidade e a universalidade do direito à informação não impedem que ele sofra restrições de outros direitos igualmente importantes para o indivíduo e para a sociedade, como por exemplo o respeito à vida privada e a garantia da soberania do país (COSTA, 1998, p. 193).

Está claro que nenhum exercício de direito é absoluto, pois que comporta a sua visualização em ponderação aos outros direitos constitucionalmente previstos. A aferição da importância, no tocante a dinâmica do acesso a informações arquivadas, traduz-se pela relevância delas para a história do País, no que diz respeito à memória, à busca pela “verdade” histórica, manifestada no esclarecimento de circunstâncias, fatos e atos sobre os quais pairam a dúvida ou mesmo o atordoador “silêncio oficial”, gerado pelo lacre imposto aos documentos que poderiam rompê-lo.

Assim como a vida privada e a intimidade são os principais limites à liberdade de informação, o inverso também é verdadeiro. No confronto entre esses dois direitos, contudo, não se deve perder de vista o interesse público, que, especificamente no que diz respeito aos arquivos, se traduz na demanda de informações e na necessidade de difundi-las em função do exercício pleno da democracia e da pesquisa científica (COSTA, 1998, p. 194).

A nomeação do caráter público ou privado é de não fácil precisão, tendo em consideração a própria indefinição conceitual que permeia a publicidade manifestada no acesso e na informação em face da privacidade verificada na proteção a intimidade. Diante dessa perspectiva, deve preponderar o “bom senso que, na maioria das vezes, as soluções devem ser buscadas no exame de cada caso.” (COSTA, 1998, p. 195). Neste contexto, a análise caso a caso permitirá a devida atenção que deve ser conferida a todos os casos apresentados e que representam realidades únicas, com especificidades que, em não sendo apreciadas, poderiam ensejar violação clara à identidade, à individualidade e à privacidade quando da verificação do contexto dos fatos.

Tem-se, numa equilibrada apresentação conceitual, a construção e o pleno exercício da cidadania consubstanciado no equilíbrio que manifestado em “garantir a transparência e a visibilidade, sem abrir mão do respeito à privacidade e à vida reservada dos sentimen-

tos.” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 197). Ressalte-se que mesmo as informações encontradas em arquivos privados, em sendo classificadas como “de interesse público, apesar de continuarem a ser bens privados, integram o patrimônio cultural da nação.” (JOFFILY, 2012, p. 197).

Portanto, quando da análise conjectural e pontual decidir pela relevância pública daquela fonte ser acessada, devem as fontes privadas ser consultadas mediante prévia metodologia que estabeleça diretrizes éticas quanto ao acesso e ao tratamento dos dados, a fim de que não sejam violados, como acima destacado, os sentimentos e a vida reservada pelo pálio da intimidade. Neste sentido, “torna-se um imperativo preservar e facultar à consulta as fontes privadas, sem que com isso se tenha que ultrapassar as fronteiras da intimidade.” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 198).

Apesar de “a Lei de Arquivos brasileira instituiu, no seu Capítulo III, a figura jurídica da ‘classificação de arquivos privados como de interesse público e social’, a exemplo de outros países como França, Canadá, Itália e Espanha.” (COSTA, 1998, p. 196). Resta ainda uma maior e mais detalhada disposição sobre como se poderia acessar e manejar de forma adequada as informações provenientes destes arquivos.

Sugestões quanto as opções a serem adotadas no momento do acesso à informação, já qualificada como privada diante das especificidades e peculiaridades verificadas em prévia análise, podem ser exemplificadas ao se “evitar a nomeação dos protagonistas quando esse procedimento não compromete a compreensão da pesquisa.” (JOFFILY, 2012, p. 141) e pela “assinatura de um termo de responsabilidade individual sobre a difusão das informações.” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 143). Veja-se que este termo serviria como um entrave ético e jurídico aos pesquisadores quando da análise do material privado em que se buscasse o esclarecimento de um fato histórico ocorrido.

Apresenta-se como de suma importância estas diretrizes que seriam muito bem-vindas. Contribuiriam para o acesso pleno a um dado de relevância histórica, garantindo com isso o pleno acesso à informação e à liberdade de expressão comunicativa, sem gerar situações constrangedoras e exposições desnecessárias, aos que são analisados em dados extraídos de sua vida privada.

Outra

solução possível seria oferecer um prazo de tempo razoável (algo como dois anos) para que aqueles que possam se sentir lesados consultem a documentação disponível sobre sua pessoa e entrem com uma ação legal – facilitada do ponto de vista burocrático – requerendo que esses papéis sejam preser-

vados da consulta pública pelo prazo vigente na lei (até 100 anos) e justificando o pedido (BAUER; GERTZ, 2009, p. 144).

Certamente seria uma forma de resguardo jurídico para aqueles que viessem a ser vítimas de uma incorreta utilização dos dados pessoais, mais uma vez ressaltado que o trabalho responsável dessas informações é de suma importância para que um ambiente de segurança mútua seja gerado entre o autor das informações apreciadas e os investigadores/interessados.

Nota-se que, por outro lado, há que se “evitar tomar a parte pelo todo, ou seja, em nome de um suposto direito individual não necessariamente evocado pelos próprios interessados, impedir ao coletivo a pesquisa em vastos acervos.” (BAUER; GERTZ, 2009, p. 144). Para tanto se faz necessário perscrutar a intenção por trás de uma suposta objeção que deve ser justificada com argumentos sólidos e relevantes que impliquem o não acesso à fonte de pesquisa.

Sabe-se que não poucos são aqueles que, como possuidores de acervos particulares, ou mesmo sendo os sujeitos de informações de caráter privado, possam vir a obstruir o acesso a essas fontes de forma discricionária, tornando-se, muitas vezes, a sociedade investigativa refém da “boa” vontade do detentor das fontes. Nesse sentido, “cabe ao Estado, entretanto, definir políticas de incentivo à pesquisa por meio de dispositivos legais que estimulem os proprietários de arquivos a facultar o acesso aos seus documentos.” (JOFFILY, 2012, p. 197).

Toda essa reflexão baliza o entendimento de que as informações, mais do que compreendidas na materialidade do papel, são verificadas em um complexo arquivo chamado sociedade. A sociedade encontrou e encontra diversas formas de preservar, manter, divulgar e definir como sua memória será transmitida para as gerações presentes e vindouras.

Nessa dinâmica, de se verificar e procurar trabalhar o arquivo em suas dimensões material e comunicacional, encontram-se a sociedade, manifestada pelas suas estruturas, dentre elas o Estado e as mais diversas organizações e representações civis que buscam tratar sobre a temática do acesso às informações arquivadas. Como inserto está o Estado brasileiro em um regime Democrático, há muito o que ser feito para se proporcionar o pleno e efetivo acesso à memória passada, que ainda clama por ser reconhecida e conhecida.

Os longos períodos de ditadura muito influenciaram a formação e política de arquivamento que, ainda hoje, não passam despercebidas do olhar atento quanto a dificuldade em se

esclarecer fatos sociais, bem como de ter pleno e efetivo acesso aos dados compilados, recolhidos e custodiados pelo antigo regime. Mas, democrática e dialogalmente, a sociedade avança, ainda que a passos discretos rumo à consagração cada vez mais efetiva do direito constitucional ao acesso à informação e a liberdade responsável de expressão.

Para tanto, espera-se que se estabeleçam cada vez mais possibilidade de diálogos públicos coma efetiva e participativa representação dos mais diversos grupos sociais que, juntos ponderarão sobre diretrizes que representem, na pluralidade, o melhor caminho, ou as melhores opções, enquanto políticas públicas que favoreçam o pleno acesso à informação.

A memória de uma nação representa o caro aspecto da identidade que deve ser plenamente buscada e esclarecida para que se possa eliminar os fantasmas do obscurantismo que ainda grassam nas especulações sobre verdades ainda não sabidas ou, pelo menos, não adequadamente esclarecidas sobre períodos inteiros da história político-social do país. Muito já foi alcançado de positivo com a nova lei de acesso a informação de 2011.

Há, ainda, um longo caminho a ser percorrido em uma democracia nunca acabada, sempre sendo reinventada e que necessita de uma ativa e consciente participação cidadã para que suas estruturas, em sendo aprimoradas, sejam reflexo dos valores constitucionais, como o pleno acesso à informação e à liberdade de informação, que ainda esperam por uma melhor e mais eficaz implementação e regulamentação.

REFERÊNCIAS

BAUER, Caroline Silveira; GERTZ, René E. Arquivos de regimes repressivos: fontes sensíveis da história recente. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; DE LUCA, Tania Regina (Org.). **O historiador e suas fontes**. São Paulo: Contexto, 2009, p. 173-193.

COMBE, Sônia. Resistir à razão de estado. *In*: SALOMON, M. (Org.). **Saber dos arquivos**. Goiânia: Ricochete, 2011, p. 19-27.

COSTA, Célia Leite. Intimidade *versus* interesse público: a problemática dos arquivos. *In*: **Estudos históricos**, v. 11, n.º 21, 1998, p. 189-199. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2066>>.

FICO, Carlos. História do tempo presente, eventos traumáticos e documentos sensíveis: o caso brasileiro. *In*: **Varia Historia**, v. 28, n.º 47, jan.-jun. 2012, p. 43-59.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-87752012000100003&script=sci_abstract&tlng=pt>.

FOUCAULT, Michel. O *a priori* histórico e o arquivo. *In: A arqueologia do saber*. Tradução de Luís Filipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 145-151.

HARTOG, François. Arquivos e história (1979-2001). *In: Evidência da história: o que os historiadores veem*. Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira et al. Belo Horizonte: Autêntica, 2011, p. 231-238.

JOFFILY, Mariana. Direito à informação e direito à vida privada: os impasses em torno do acesso aos arquivos da ditadura militar brasileira. *In: Estudos históricos*, v. 25, n.º 49, jan.-jun. 2012, p. 129-148. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/3766>>.

RODRIGUES, Georgete Medleg. Legislação de acesso aos arquivos no Brasil: um terreno de disputas políticas pela memória e pela história. *In: Acervo*, Rio de Janeiro, v. 24, n.º 1, jan.-jun. 2011, p. 257-286. Disponível em: <<http://revistaacervo.an.gov.br/seer/index.php/info/article/view/478>>.

ROUSSO, Henry. O arquivo ou o indício de uma falta. *In: Estudos históricos*, v. 9, n.º 17, 1996, p. 85-91. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2019>>

VISMANN, Cornelia. The archive and the beginning of law. *In: GOODRICH, Peter et al. (Ed.). Derrida and legal philosophy*. Tradução de Wadson Damasceno. Hampshire and New York: Palgrave MacMillan, 2008, p. 41-54.

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

Direitos Humanos e Classes Subalternas: a abordagem dos direitos humanos como estratégia teórico-metodológica de enfrentamento da pobreza

LUCI HELENA SILVA MARTINS¹

GEUSIANE PEREIRA DA SILVA²

MARIELLE MOTA SOARES³

¹ Doutora em Serviço Social pela UNESP.

² Mestre em Desenvolvimento Social pelo PPGDS, Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

³ Graduada e Pós-Graduada *lato sensu* em Serviço Social.

1 INTRODUÇÃO

O presente capítulo tem como objetivo apresentar a abordagem dos direitos humanos como estratégia teórico-metodológica para o enfrentamento da pobreza, proposta pelo Observatório Social de Educação em Direitos Humanos. O Observatório é um programa de extensão em interface com a pesquisa da Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), por meio do qual se cria a oportunidade de refletir acerca da dificuldade histórica de consolidar os direitos humanos no Brasil. Principalmente, em se levando em consideração que a pobreza, e outras desigualdades, são vistas como consequência da modernidade, concebidas pelo pensamento hegemônico como “lamentável, mas inevitável” (TELLES, 1998), para o que não há recursos éticos ou monetários suficientes.

Com o objetivo de constituir espaços públicos mais democráticos, foi criado na Unimontes o programa de educação em direitos humanos, atualizando temas sobre a possibilidade da política e do “direito a ter direitos” (ARENDR, 2006). A constituição do Programa teve em vista a estratégia de fortalecimento para que sujeitos políticos superem a necessidade e encontrem no plano da política, da ação e da liberdade, as possibilidades de propor, executar e implementar políticas públicas focadas na abordagem dos direitos humanos, individuais e coletivos.

2 A ABORDAGEM DOS DIREITOS HUMANOS COMO ESTRATÉGIA TEÓRICO-METODOLÓGICA DE ENFRENTAMENTO DA POBREZA

Os direitos humanos foram propostos pelos homens a partir de uma categoria filosófica e de princípios e valores originários da ética. São frutos de correlações de forças historicamente condicionadas e de consensos políticos entre os homens, tornando-se princípios

legitimados pela lei, tidos, em tese, como universais. Assim pensados, poderiam permitir numa certa independência cultural e nacional face ao universal, mas um relativismo cultural tem na violação dos direitos do homem o limite para a sua legitimidade, sendo consensual o repúdio à violência enquanto princípio da ação, e o diálogo e o pensamento como condição da ação. Isto implica compreender o Outro, colocando-se em seu lugar, comparando, respeitando as tradições culturais e propondo o desenvolvimento sem degradação ambiental e uma série de outros direitos tidos como consensuais entre os que pactuaram.

O exemplo da *pólis* grega demarcou bem o início de uma tradição em que os iguais conferiam a si o direito à política, transformada em palco dos direitos do homem. Hannah Arendt é uma das autoras a recorrer ao espaço público grego como início de uma tradição que separa o pensamento da ação, o trabalho da política, lugar em que os diferentes se tornam iguais, e conferem a si título de cidadãos. Sennett (1997) e outros também recorrem à cidade como palco dos corpos e da ação política, destacando em Atenas a repressão ao gênero feminino, sendo o corpo do homem, com órgãos sexuais proeminentes, voltados para fora, a metáfora para explicar a especificidade da mulher, com seus órgãos genitais internos, voltados para dentro, portanto, do lar, figura próxima ao animal, que sangra, menstrua e pare filhos. E, como os animais, deve ser domesticada, voltada para dentro, para o quintal, para o mundo privado.

A modernidade marca a emergência dos espaços públicos, do Estado enquanto local para resguardar os direitos humanos, nacionais. Desde então, os direitos humanos vieram se constituindo como direitos nacionais, e mais do que um princípio filosófico, já subsistiam consoante ao jusnaturalismo liberal de John Locke, filósofo que enxergava o controle excessivo do Estado sobre a sociedade civil como desnecessária e defendia a soberania das liberdades individuais.

Os homens, contudo, diferente da realidade dos fatos de que todos nascemos diferentes, na concepção lockiana são livres e iguais, o que caracteriza uma concepção metafísica ainda hoje reproduzida em obras contemporâneas, inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (NASCIMENTO, 2001).

Embora o liberalismo, no fim do século XVIII, fosse o impulsionador dos movimentos nativistas em prol da libertação face ao domínio político, as realidades socio-históricas e as peculiaridades de cada contexto são condicionantes para determinar que tipo de liberalismo, que tipo de sujeito se torna o sujeito político, livre e igual.

Para além do momento inicial, jusnaturalista, a segunda fase dos direitos humanos diz respeito às Declarações de Direitos dos Estados norte-americanos e da Revolução Francesa.

O segundo momento da história da Declaração dos Direitos do Homem consiste, portanto, na passagem da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos do homem ganha em concreticidade, mas perde em universalidade. Os direitos são doravante protegidos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece (BOBBIO, 1992, p. 49).

O terceiro momento ocorre com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, quando os direitos humanos ganham titularidade universal e positiva. Assim, não são direitos deste ou daquele Estado, mas sim direitos coletivos do homem. Contudo, ainda garantidos no plano do Estado-nação. “O que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 50).

As perplexidades dos direitos humanos já foram analisadas por autoras como Arendt (2006) e vale destacar que, para ela, a perda dos direitos do homem não se dá na dimensão da perda de um direito ou outro – perda do direito a exercer profissão, do direito de se alimentar, e outros – mas na experiência da “desolação”, dada quando não se encontra conforto nem no plano privado, da família e do lar, nem na existência pública, dos direitos.

Condenados a serem simplesmente humanos, os indivíduos face à violência e o terror, não podiam recorrer aos direitos humanos, naturais e abstratos, sem autoridade alguma diante da virulência e estupidez das armas. Sem ter “o direito a ter direito”, à vida privada e à existência social, sem direito à família e ao espaço público, o homem perdia o direito à existência. E, deixados a si mesmos, os indivíduos, no estado de natureza, não têm diante de si nada que os resguarde. É como se estivessem colocados na dimensão da animalidade, pertencentes à raça dos animais, sem a dimensão do direito a orientá-los.

De acordo com Arendt, somente uma esfera pública, uma comunidade política, para além da configuração Estado-nação, pode assegurar e garantir os direitos humanos. Somente uma comunidade política pode dar existência social aos indivíduos, e permitir aos homens conceberem-se a si mesmos e aos outros como livres e iguais diante da pluralidade de homens, desiguais e diferentes por natureza, iguais por meio da liberdade, da ação e da política.

O que é chocante é que a compreensão fundada na análise do terror e da violência não levou a outras práticas, menos violentas, mais políticas, genuinamente políticas, voltadas para assegurar a existência do “direito a ter direitos”. Não foi possível ainda a instituição, nos costumes políticos, de uma legislação universal que tivesse autoridade de implementar uma “paz perpétua”, tal como idealizava Emanuel Kant. Os direitos continuam sob constante violação e vigilância, mesmo após a Declaração dos Direitos do Homem, em 1949.

Bobbio (1992) avalia que não é preciso mais fundamentar filosoficamente os direitos humanos, mas pensar estratégias de garantias efetivas que sustentem no plano real a concretização dos princípios éticos que balizam e norteiam a fundamentação destes direitos.

3 CONVITE À AÇÃO E À REFLEXÃO: A DIFÍCIL CONSTITUIÇÃO DO ESPAÇO PÚBLICO BRASILEIRO

É sempre oportuno o convite à reflexão e à ação como abordagem teórico-metodológica para ampliação dos direitos humanos e para o enfrentamento da violência e da pobreza no país e no mundo. As leituras peculiares sobre a realidade brasileira demonstram que a liberdade para os negros escravizados, para os índios nativos ou para os colonos subjugados à coroa portuguesa, mesmo para a classe trabalhadora face ao Estado e aos empresários, foi uma liberdade vivida de forma muito conflituosa. Exemplo é o período pós-abolição da escravatura, em que os sujeitos políticos escravizados emergiram do cativeiro, como que por milagre, assassinando feitores, espalhando o medo e o pânico entre fazendeiros, comprando a própria liberdade, vivendo as noções de liberdade numa luta contínua para exercê-la no cotidiano (CHALHOUB, 1990).

Chalhoub mostra que a interpretação majoritária na historiografia ou no pensamento político e social brasileiro, contudo, não enfatiza esse aspecto do sujeito político negado, mas atuante, na história das evoluções políticas do país. Os autores mais influentes no debate público brasileiro dão ênfase e avaliam, por exemplo, que a independência, uma outra experiência de liberdade foi fruto de um processo menos “revolucionário nacional libertador”. Ao contrário, resultou de concessões alheias à mobilização popular, tendo em vista que o próprio herdeiro ao trono foi posto no poder pela própria coroa portuguesa (CARVALHO; VIANNA, 2000).

No Brasil, há uma grande lacuna entre legalidade e realidade, fator que consequentemente leva a compreensão da cidadania brasileira como despojada de um sentido de completude, ou seja, uma cidadania traçada e reconhecida no plano legal, mas esfacelada no plano da aplicação prática do direito.

Em 1930, ocorreu o que Couto (2005) denominou como sendo a “revolução burguesa às avessas” tendo em vista que o conjunto de ideias iluministas da revolução francesa, e as inglesas, oriundas da revolução industrial, eram indesejáveis para o sistema vigente. Afinal, o Brasil era um país agroexportador e ainda não possuía uma classe burguesa suficientemente forte e consolidada para efetuar uma revolução nos moldes liberais da Europa.

A revolução de 1930, segundo Weffort (1988), apresentou-se como uma peculiar revolução democrático-burguesa e foi, sem sombra de dúvidas, o início de um novo rumo para o país, no que diz respeito ao campo social, econômico e político. O poder político e econômico das oligarquias estava migrando para novas forças urbanas emergentes e as mudanças no campo social foram acima de tudo resultado de uma nova estratégia – o Estado de compromisso.

Por essas terras, os processos históricos aconteceram de maneira idiossincrática. Não se pode falar em uma revolução da burguesia no país, visto que diante da ausência de força para realizá-la e impor um projeto de classe hegemônico, a burguesia brasileira preferiu se aliar ao Estado e usá-lo em favor de seu projeto de classe.

Conforme Goulart (1999), a desigualdade social no Brasil é um elemento estrutural e de raízes históricas.

A exemplo do processo de Independência, o fim da Monarquia e a proclamação da República não obedeceram à lógica da mobilização ampla da sociedade. A rigor, ambos inscreveram-se nas dinâmicas de integração à ordem internacional ditada pela nova divisão do trabalho e de reorganização do país. Resumiram-se a pactos pelo alto, expressando os interesses e conveniências das elites. Esse percurso faz uma enorme diferença se comparado a países em que transformações dessa magnitude resultaram de lutas sociais – casos evidentes de países europeus e mesmo dos Estados Unidos -, as quais serviram de base ao reconhecimento de conflitos próprios da sociedade capitalista e ao estabelecimento de direitos particulares e universais (GOULART, 1999, p. 37).

Um dos impasses mais notórios na ordem da cidadania no Brasil corresponde ao processo de colonização: afinal sujeitar povos ao domínio estrangeiro é irrestritamente negar o caráter universal e inalienável de tais direitos, tendo em vista que todos os povos têm direito à autodeterminação – princípio dos princípios no que diz respeito aos direitos do homem (BOBBIO, 1992).

De acordo com Carvalho e Vianna (2000), a introdução das ideias liberais no Brasil provocou mudanças contínuas no cenário político e social da ordem senhorial e

escravocrata. Essas ideias fundamentaram o projeto civilizatório das classes dominantes, pautado no impulso às atividades mercantis e nos ideais de liberdade. No entanto, sem alterar o pacto com a ordem patrimonial.

Na mesma linha de raciocínio de Carvalho e Vianna, Renato Janine Ribeiro, do grupo de intelectuais chamados recentemente de “repúblicos”, avalia que a democracia, regime dos desejos, é, por excelência, um regime político no qual a soberania do poder reside no povo. Em outras palavras, é a sociedade quem detém o poder deliberativo. Sua gênese, conforme Ribeiro, está nos eternos anseios das massas em atingir um patamar de igualdade próximo ao das elites que, historicamente, concentraram o *status*, o poder e o direito (RIBEIRO, 2000).

Já a República, diz Renato Janine Ribeiro, é uma forma de governo que está relacionada à ideia de sacrifício e dever, pois tem como fundamento defender e resguardar o bem comum, em detrimento dos interesses particulares. Nela, o poder do governante é limitado por mecanismos legais de submissão e controle. Deste modo, a República está pautada na contenção e reeducação dos desejos. No entanto, diz o autor, o que se tem percebido é a formação de pseudorepúblicas nas quais o bem comum não tem sido necessariamente aquele que deveria corresponder aos anseios da parcela hegemônica da população. Ao contrário, tem se restringido a atender a determinadas classes sociais, ou a um pequeno grupo que acabou concentrando o poder em suas mãos, subordinando essa parcela a seus interesses.

Diante dessas questões, a literatura detecta, no contexto republicano, um desafio em combinar os regimes da democratização dos desejos com o regime da contenção, virtude, renúncia e abnegação em detrimento do bem comum. Dificuldade comum devido à natureza da República e da Democracia, o que pode ter contribuído para o desencadeamento de uma crise democrática no país, abalando a estrutura de confiança para com a política e a república.

De acordo com Fernandes (1974), a crise pela qual passou o regime democrático brasileiro, logo após sua emergência com a proclamação da república, foi resultado, entre outras coisas, da propagação “ em nível nacional “ dos sentimentos de receio e desapontamento por parte da população, além de os partidos e governantes acabarem alimentando uma situação de conflito entre si, cujo ordenamento resultou na política, no sentido de *polícia* (RANCIÈRE, 1996), de dirimir os conflitos, movimentos sociais e dissensos próprios da forma democrática.

É certo que a expressiva herança patrimonialista, pautada no exclusivismo agrário, produziu um modelo republicano restrito a um grupo, portanto, incapaz de atingir os anseios (interesses) das massas. A intensificação da ideia da cultura de massa na sociedade brasileira aprofundou para o que Chauí (1980) denominou como o “discurso competente” que, em síntese, é a supremacia do conhecimento do especialista em relação ao das massas consideradas ignorantes. A desigualdade instaurada se pauta na determinação de detentores ou não detentores de competência. E ainda se nutre da ideologia burguesa que considera as aptidões ou talentos humanos próprios da esfera privada, gerando a privatização do público. Na verdade, uma segregação entre os donos do poder e os despossuídos, numa relação de mando e subordinação.

A instauração do regime republicano não foi capaz de modificar a hierarquia social preexistente, fundada nos privilégios e nas diferenças, nem mesmo a mentalidade política dos e face aos brasileiros, considerados “bestializados”. Pelo contrário, manteve-se incólume. O clima de instabilidade social diagnosticado no período contribuiu, paulatinamente, para a ascensão política dos líderes regionais – coronéis. Estes conquistaram sua hegemonia política através de estratégias de manipulação de votos e controle do eleitorado. Deste modo, os interesses particulares das elites predominaram sobre a necessidade irrevogável de aparelhar o Estado e preparar a nação para a democracia. Estes deveriam ter sido os objetivos prioritários.

Dentre as transformações mais expressivas no âmbito da ordem social, houve a emergência do trabalho livre. A substituição da mão de obra escrava pela livre colaborou para soerguer a dignidade social da população por meio do trabalho assalariado, introduzindo assim os direitos sociais (direito a férias, à aposentadoria), legitimando assim a ordem capitalista. A República aplicou, em termos jurídicos, essa transformação na medida em que garante o estado social, e assegura constitucionalmente alguns direitos, garantidos pela igualdade política dos cidadãos (FERNANDES, 1974).

Um dos impasses mais notórios do dilema brasileiro – o de constituir-se como uma República sem democracia, ou uma democracia não republicana – é que o Estado brasileiro, especialmente após se racionalizar, funcionou como um mecanismo claramente legitimador da exploração e foi através deste que a exploração da mais-valia se intensificou como nunca.

Entre as vicissitudes para a efetivação da democracia representativa, deve estar a preocupação em levantar três pontos cruciais. São eles “o colapso da democracia liberal, impasses do partido de massa como partido de classe operária, e a ideia de partido de democracia” (CHAUÍ, 1980, p. 145-146).

O que é de elementar importância para o nosso estudo é a percepção de que essas condicionalidades socio-históricas – um republicanismo antidemocrático, uma revolução burguesa passiva, etc. – delineiam um futuro peculiar para a cidadania brasileira. Os direitos humanos no Brasil, num sentido mais amplo que cidadania, sempre estiveram presos às amarras do passado. Podemos dizer que

a cidadania – como esfera dos direitos assimilados, respeitados e exercidos – praticamente inexistente. No caso brasileiro, tem-se uma situação próxima à alegoria hobbesiana, ou seja, guerra de todos contra todos, posto que o Estado é, via de regra, ausente e a igualdade, um valor abstrato (GOULART, 1999, p. 39).

O mesmo autor, em outra parte da mesma obra, ensina que

[...] Ocorre que no Brasil o desenvolvimento econômico, a despeito de uma razoável inclusão em alguns períodos – notadamente na primavera democrática, compreendida entre 1945-64, e mesmo durante o milagre conduzido pelo Regime Militar –, tem sido marcado e acompanhado da marginalização como regra. Paralelamente à dinamização da economia e à edificação de um poderoso parque industrial, não ocorreu a correspondente distribuição de renda capaz de assegurar patamares mínimos de cidadania econômico-social a imensos contingentes de trabalhadores (GOULART, 1999, p. 41).

A cidadania é um valor abstrato na cultura política brasileira, já que em nosso país as massas populares sempre ficaram à margem dos processos de “mudanças”, incorporaram o papel de “bestializados”, na expressão de José Murilo de Carvalho, e de subalternos, na expressão de Yazbec (2000). Essa abstração do direito real – principalmente o social – tem como consequência uma depreciação da esfera pública, que se expressa na desconfiança que se tem do poder público e de suas leis.

[...] E se a lei, a convivência social e a vida pública revelam-se incapazes de regular a sociedade, um dos efeitos mais trágicos é a violência passar a ser utilizada como recurso de hierarquização social, violência esta também estatal e paraestatal (GOULART, 1999, p. 43).

Outro aspecto fundamental da análise da cidadania brasileira é que ela ainda está associada a uma cultura do trabalho, ou seja, o trabalho é a ponte entre a condição de subalternidade e a cidadania. Porém, essa dimensão é perigosa, uma vez que numa sociedade de trabalhadores em que o pleno emprego é visto como um empecilho a ‘suprema liberdade do mercado’ e o desemprego são vistos como um fator natural do capitalismo. Pensar o trabalho como condição de cidadania é solapar o caráter universal dos direitos humanos e da seguridade social. Neste sentido,

O risco que permanece sempre presente é o de que a emancipação do trabalho em vez de promover uma liberação da necessidade, promova, talvez

paradoxalmente, a completa sujeição de todos à necessidade, pois quanto mais se livram do trabalho, se submetem ao consumo. É tendo isto em consideração que se pode supor que Hannah Arendt não acrescentaria voz ao coro dos que atualmente dão um fervoroso adeus ao trabalho. Não só porque o trabalho e o consumo são dois estágios de um mesmo processo, mas também porque uma sociedade operária, uma sociedade de trabalhadores “que não sabe mais dessas outras atividades superiores e mais significativas [a ação, a contemplação e mesmo fabricação] por causa das quais esta liberdade poderia merecer ser obtida”. Como diz mais à frente, estamos diante da possibilidade “de uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade deixada a eles. Seguramente nada poderia ser pior.” (CORREIA, 2003, p. 240).

Analisando este argumento, percebe-se que o que no primeiro momento salta aos olhos como a panaceia da cidadania se torna um obstáculo a esta, pois numa sociedade em que os níveis de desemprego se acentuam, principalmente com as ondas de crises cíclicas do capital, e a precarização do trabalho se torna um fator ‘necessário’ frente aos contextos de crise, pensar o trabalho como condição única para a cidadania é considerar natural a segregação social.

Conforme Goulart (1999, p. 49-50),

Não bastasse o drama vivido por esse segmento específico de trabalhadores privilegiados, cujas conquistas históricas resultaram também de sua capacidade organizativa, restam ainda milhões de sujeitos que ou estão fora do mercado de trabalho ou sobrevivem em condições precárias as mais diversas, para os quais a noção de direitos inexistente. Ainda não são cidadãos. Por tudo isso, o desafio civilizatório e humanístico de um país estruturalmente desigual como o Brasil consiste em assegurar-lhes o direito de ter direitos, ou, em outras palavras, de democratizar a cidadania.

Democratizar a cidadania significa ampliar a noção de direitos e construir uma cultura política e uma política cultural democrática e inclusiva, em que a esfera pública seja vista como o espaço da mudança e das possibilidades de ação.

É preciso lembrar que direitos não são concessões, mas sim conquistas históricas e sociais. Neste sentido, os movimentos sociais e a sociedade civil, como local de ação das classes subalternas e dos sujeitos coletivos, atuam como um fator elementar na efetivação dos direitos humanos e da cidadania, uma vez que levam para o plano da esfera pública demandas comuns a um grupo social, comunidade, ou mesmo, comuns a toda a sociedade.

Conforme Dagnino (2000), a ampliação da noção de direitos no âmbito das lutas engendradas pelos diversos movimentos sociais na América Latina só foi possível a partir de uma nova forma de articular política e cultura, para além do marxismo tradicional. No plano do marxismo tradicional, a cultura esteve posta em um segundo plano, reduzido ao

economicismo. O marxismo tradicional vê o Estado como a finalidade principal da luta de classes e sua conquista é o objetivo para o qual devem estar voltados todos os esforços, submetendo, assim, fatores como a cultura, a democracia, a cidadania, o indivíduo e a questão social. Neste sentido, Dagnino (2000) aponta o protagonismo da teoria gramsciana no redimensionamento do campo marxista para a relação entre cultura e política, consolidando “um conjunto de concepções alternativas ao marxismo tradicional”.

Gramsci dá uma nova dimensão à transformação social dentro da esquerda, preconizando que esta é um processo a ser construído pela reforma intelectual e moral, pela “elevação cultural das massas” em direção à construção de uma nova hegemonia.

Outro aspecto destacado pelo pensamento gramsciano é a afirmação da sociedade civil com “terreno da luta política, concebida como uma guerra de posições, em vez de uma guerra de manobras ou ataque frontal ao Estado” (DAGNINO, 2000, p. 67). A sociedade civil congrega sujeitos políticos inseridos em movimentos sociais, Organizações-Não-Governamentais (ONG's), democráticas e cívicas, instituições “privadas, porém públicas” (FERNANDES, 1994), bem como as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's).

Nascida por volta dos anos 60, “de costas para o estado”, nos anos 90, a sociedade civil brasileira tem sua autonomia alcançada por uma “confluência perversa”. Tal processo de autonomia histórica conflui com o outro projeto vencedor, neoliberal, dominado pela ideia do estado-mínimo face às questões sociais e o investimento em políticas sociais.

Diante de fatores elementares como uma das maiores concentrações de renda do mundo e um alto índice de desemprego e pobreza, a noção de cidadania, enquanto “direitos a ter direitos” (ARENDRT, 2006) fica, no Brasil, bastante comprometida e desacreditada. Em meio a um emaranhado de relações sociais clientelistas, paternalistas e desiguais, sobre as quais se configura a lógica de que “para os amigos tudo; para os inimigos, a lei”, o perfil socio-histórico da realidade brasileira tem no arcaico aquele que se atualiza como símbolo da modernidade (TELLES, 1992, 1998), configurando-se o que Dagnino (2000) chama de ‘cultura autoritária’, tanto do Estado, quando da sociedade.

Esta cultura autoritária tem como consequência uma desigualdade material e outra cultural, simbolizada pela alienação do ser social quanto ao seu caráter de portador de direitos, o que interfere na qualidade de sua participação política, em alguns casos configurando a exclusão política.

[...] os movimentos populares urbanos alcançaram essa mesma compreensão da imbricação entre cultura e política assim que perceberam que não

tinham que lutar apenas por seus direitos sociais – moradia, saúde, educação, etc. – mas pelo próprio direito a ter direitos (DAGNINO, 2000, p. 82).

O elo que vai conectar os movimentos sociais brasileiros em torno de um campo ético-político comum é a luta pelo “direito a ter direito” – o princípio básico dos direitos humanos – que vem se contrapor a essa cultura autoritária que perpassa as relações sociais no Brasil.

A nova cidadania, articulada aos movimentos sociais, está intimamente relacionada com a proposta de “implementar uma estratégia de construção democrática, de transformação social, que impõe um laço constitutivo entre cultura e política” (DAGNINO, 2000, p. 85). Este elemento se opõe às definições minimalistas de cidadania engendradas pelos ideólogos do projeto neoliberal, para quem a democracia é apenas um ornamento instrumental e a cidadania “uma sedutora integração individual ao mercado”.

A conquista de espaços públicos significativos que relacionam cultura e política, alcançando a dimensão educativa dos significados, vem na forma de “encontro” (DAGNINO, 2002) entre Estado e sociedade civil, materializado em experiências de conselhos gestores, órgãos colegiados, fóruns de orçamento participativo, e nos encontros propostos por movimentos sociais e ONG’s democráticas, e pelos sujeitos livres e pensantes em cada uma das instituições sociais.

4 DIREITOS HUMANOS, TECNOLOGIAS SOCIAIS E ESFERA PÚBLICA BRASILEIRA

As tecnologias sociais partilhadas significam a democratização do saber em direção a práticas transformadoras. Este texto apela para um pacto com o interlocutor no sentido de fortalecer e publicizar o tema, por tratar-se de uma estratégia de constituição de uma esfera pública atuante, para além do Estado, voltada para consolidação e ampliação dos direitos e da consciência dos direitos no país.

O tema das tecnologias sociais e das metodologias de redes chama atenção num primeiro momento porque é novo. Pouco se sabe sobre essa abordagem, pouco se construiu especificamente no Brasil a seu respeito, talvez devido à nossa aspiração pela ação política do Estado face aos problemas sociais. Hoje, ao contrário, diante da crise de intervenção do Estado como agente provedor da sociedade, o tema traz a novidade de reconhecer a importância das redes sociais, das instituições públicas de acesso aos direitos como também das instituições “privadas, porém públicas”, desde que democráticas, que não visem o lucro, mas se mobilizam a partir “de dentro” da sociedade para enfrentar os efeitos de um desenvolvimento nacional, sem integração social.

Trazer o debate das tecnologias sociais para o campo dos direitos humanos e da esfera pública tem o objetivo de levar o pensamento e a ação, também chamados práxis, a partilhar a responsabilidade pelo Outro. Por meio de uma comunidade política, para além do Estado-nação, é possível instituir direitos para além dos reconhecidos até o momento. Por participarmos da comunidade política que abriga e protege os indivíduos nas suas diferenças, pelo fato de ser humano, poderemos imaginar ser protegidos um dia, por termos contribuído para construir um mundo comum mais habitável, confortável e humano, no sentido de que ultrapassamos o estado da natureza, atingindo a esfera dos direitos do homem. Quanto mais cidadãos agirem em rede, acreditando na política, mais haverá o controle público do Estado, por meio de mediações e exigências. E mais poderá ser possível querer, no plano socioantropológico, instituir um novo princípio, o de um Estado justo, menos autoritário, patrimonialista, patriarcal, paternal e corrupto.

A contribuição teórico-metodológica da abordagem dos direitos humanos possibilita compreender o homem para além do *homo laborans*, como sujeito com “direito a ter direitos” (ARENDRT, 2006). A esse homem compete exercer o pensamento e a ação crítica face aos imperialismos e outros “ismos” da história.

Por outro lado, a metodologia dos direitos humanos propõe que a cidadania seja garantida ainda que não haja trabalho para todos. A alternativa de geração de renda e organização social por meio da autogestão, da economia solidária, popular e justa, é uma alternativa para garantir do direito à cidadania e o direito ao trabalho. A existência de pluralidade de projetos e programas voltados para este fim garante a efetividade da participação das Universidades na exigência de políticas públicas para além das existentes (DAGNINO, 2000), para uma intensa articulação em rede, visando fortalecer os sujeitos de direito, os espaços públicos, a consciência e a efetivação da cidadania.

A Política Nacional de Educação em Direitos Humanos sugere envolver o ensino superior na proposição de ações educativas que envolvam ensino, pesquisa e extensão universitária voltados para formar sujeitos políticos, células pensantes que poderão ter a iniciativa de eles próprios se tornarem multiplicadores das noções de cidadania, multiplicadores de iniciativas voltadas para a educação em direitos humanos, para a fundação do político, onde não os há.

Nossa contribuição por meio do programa de extensão Observatório Social de Educação em Direitos Humanos e do projeto em interface com a pesquisa Laboratório de Tecnologias Sociais e Metodologias de Redes (FAPEMIG, Edital 16/07) visa atingir as cidades em que há polos da Universidade Estadual de Montes Claros, por meio de pesquisa-ação e com a hipótese de que a Universidade tem potencialidades para aglutinar e dar visibilidade a um movimento social para romper as contingências sociais.

A metodologia da pesquisa-ação adotada no programa aplica-se, como laboratório-piloto, aos campos de estágio do Curso de Serviço Social da Unimontes, e é conduzida na perspectiva de que os sujeitos envolvidos devem participar da alteração que se quer ver construída. Como formação teórica e orientação aos bolsistas e estagiários, sugerimos estudos que desvelem os vínculos entre ação política, direitos sociais, tecnologias sociais, autogestão, metodologias de redes, economia popular solidária e construção de uma esfera pública democrática.

O debate decorrente deste entrelaçamento de conceitos nos interessa, nesse momento, na medida em que expõe os resultados dos estudos da equipe de professores e estagiários e desvela a dificuldade de constituição dos direitos na sociedade brasileira, em que poderes político e econômico caminham juntos. Esse caminhar juntos dificulta o acesso aos direitos sociais, à cidadania ou mesmo a um mercado e Estado justos, livres da dogmática neoliberal capitalista.

Por sua vez, é longa a discussão que confere à assistência social o custo zero e a responsabilidade de reafirmar e conformar a identidade da classe subalterna. Com efeito, os demandantes da rede socioassistencial encontram-se inseridos na classe que Yazbek (2000) denomina de subalterna, por se revelarem, por meio de indicativos materiais, privados do acesso aos direitos. Conforme Yazbek (2000, p. 66), a exclusão e subalternidade configuram-se como indicativos sociais que ocultam, ora revelam, o lugar que o segmento das classes subalternas ocupa, ao recorrem à assistência social, expulso que está do processo produtivo e em sua condição no jogo do poder e das representações.

Segundo Bobbio (1992), os direitos sociais são direitos “fracos”, precisam de pessoas que o afirmem, que o legitimem. Precisam, enfim, como avaliara Hannah Arendt, de uma comunidade política que os reclame e proteja, concedendo por meio da esfera pública a dimensão da lei e da igualdade.

Telles (1993) e Dagnino (2000, 2004) são autoras-referências no debate que problematiza a questão social brasileira, atualizando as versões clássicas da cidadania, fundadas em autores como Marshall (1950). E confrontando-as com as novas influências do pensamento político contemporâneo, como a de Arendt (2006) e Rancière (1996), trazidos para nos ajudar a compreender em que pontos estamos, dada à complexidade da realidade brasileira.

Busca-se, portanto, apoio teórico numa longa tradição democrática que remonta a Lefort (1975) e Arendt (2001, 2006), no sentido de fomentar a ação e a invenção democrática, baseada no reconhecimento da diferença, a ser respeitada, e da desigualdade, a ser superada, nos meandros da condição humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender as tecnologias sociais e metodologias de redes como estratégia de constituição de uma esfera pública e dos direitos no Brasil significa pautar o pensamento e a ação política no sentido de garantir um controle público do Estado, compreendido como subsistema responsável por legitimar a acumulação capitalista (HABERMAS, 1994). No caso brasileiro, em suas especificidades regionais, um olhar reflexivo poderá identificar os efeitos destrutivos dos projetos de desenvolvimento predatório que não se preocupa em preservar os saberes regionais e as tradições locais, impondo um modelo da superexploração de recursos naturais e de gestão dos espaços públicos.

A contribuição teórico-metodológica da abordagem dos direitos humanos, por sua vez, possibilita compreender o homem, para além do *homo laborans*, como sujeito com “direito a ter direitos” (ARENDRT, 2006) de participar da construção de uma sociedade mais justa e amigável, menos fria e estranha aos excluídos, menos cínica com relação aos doentes, presos, escravos, sadomizados, violados sexualmente, “deserdados da sorte” (TELLES, 1998) por serem pobres, negros ou marginais.

Por outro lado, a cidadania há de ser construída ainda que não haja trabalho para todos. A alternativa de geração de renda e organização social por meio da autogestão, da economia popular e solidária para a efetivação do direito à cidadania e ao trabalho, permite adentrar nesse universo para competir por políticas públicas para além das existentes, por uma intensa articulação em rede, visando fortalecer os sujeitos e os espaços públicos, a consciência e a efetivação dos direitos.

Não só em Minas Gerais, mas em cada parte do mundo, as práticas de violação de direitos deveriam ser reclamadas, afirmadas, reconhecidas e superadas tendo em vista o futuro. E a possibilidade de atuar sobre ele, a partir do presente. O problema dessa assertiva é que ela não se torna norma máxima para aqueles que não têm essa consciência e não é vivenciada pelas instituições mediadoras dos direitos.

É nesse sentido que a participação da Unimontes nas cidades de Minas Gerais de baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IHD), iniciadas pelos seus projetos de extensão e também de pesquisa, poderá ser encorajada e multiplicada, por iniciativas como as dos projetos enunciados, em parceria com as redes de movimentos sociais e instituições atuantes na área de prestação de serviços sociais. Algumas, propícias a multiplicarem a Educação em Direitos Humanos.

O trabalho aqui proposto quer divulgar, portanto, alguns resultados de pesquisa, visando fortalecer a extensão universitária no que tange ao tema dos direitos humanos, das tecnologias sociais, autogestão, controle público do Estado, democracia deliberativa, espaços públicos inclusivos e democráticos e outros que congreguem as iniciativas sociais e os atores da sociedade civil. Também o tema das políticas sociais tem o foco desagregado que clama por metodologias de redes mais integras e menos seletivas.

Com uma equipe de fato pequena formada por duas professoras do serviço social e três professores de ciências sociais, e com o apoio da FAPEMIG, tem sido possível incentivar os alunos por meio das bolsas de iniciação científica e, assim, é possível contar com apoio humano para o desenvolvimento das atividades.

Com um discurso comunicativo, é possível fortalecer os sujeitos políticos e os espaços públicos, trazendo os temas de educação em direitos humanos. Dentre eles, o direito à interpretação e à própria história, como motor da ação e do pensamento, voltado para ampliar a noção de cidadania e para fundar o espaço da política, onde ela é *polícia* (RANCIÈRE, 1996).

A perspectiva do trabalho em rede e da metodologia dos direitos humanos vem nos permitido avançar enquanto curso de serviço social, de natureza pública, para publicizarmos a necessidade de emancipação das coletividades historicamente marginalizadas. Os objetivos do Observatório Social e do Laboratório de Tecnologias Sociais vêm sendo encampados pelo Projeto Político-Pedagógico do Curso. Com isso, propõe-se a realização de material didático divulgando os resultados da pesquisa, com a participação de todos os participantes do trabalho. O Grupo de Apoio e Proteção aos Portadores de HIV-AIDS (GRAPPA) e a Associação dos Municípios da Área Mineira da Sudene (AMAMS), assim como outras instituições, são parceiros dessa proposta por meio dos campos de estágio internos do Curso de Serviço Social da Unimontes. Para tais parceiros, a Universidade cede os assistentes sociais para acompanharem os estagiários.

Como resposta às diversas realidades encontradas, buscamos incentivar a atuação em rede dos projetos, programas e estágios supervisionados da Unimontes. Todos, unidos pelo objetivo de atuar sobre as representações e os costumes políticos, a partir da reflexão e produção de material didático e pedagógico levado ao público para ampliar sua interpretação face à cultura política e a política cultural local, tanto do mando, quando do favor. Desta forma, visa inserir conteúdos sobre os danos historicamente vivenciados pela população, como também temas baseados no direito e na consciência do “direito a ter direitos”.

A metodologia dos direitos humanos empreendida nos encontros do grupo de trabalho envolvendo estagiários, acadêmicos e professores parte da realidade, por meio de sessões temáticas voltadas para discussões de filmes, narrativas, videodocumentários e debates sobre os resultados de pesquisas dos acadêmicos e professores e também dos Mestres formados pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social, em temáticas como gênero, loucura e outras.

Ao longo de nossa experiência, é possível avaliar que as tecnologias sociais e o trabalho em rede são, enfim, fundamentais para a integração social dos indivíduos, grupos e classes sociais subalternas e marginalizadas.

Unidos pela criatividade e pelo esforço comum no desenvolvimento de projetos de integração social, os atores responsáveis por animar os grupos em torno das tecnologias sociais alternativas respondem ao apelo ético da cidadania, da inclusão, do reconhecimento das diferenças e dos direitos humanos dos segmentos apartados do poder. Claro está que, sem a ação em rede, aumentam-se o risco de caos social e instabilidade sistêmica, cujos efeitos recaem sempre sobre os mais pobres, mas, por último, e não menos importante, sobre todas as esferas da vida social.

Para finalizar, gostaríamos de registrar que existe nas Universidades uma divisão entre as Ciências Sociais e as outras Ciências, cujas tecnologias resultam em resultados precisos e geralmente rentáveis, caso comparadas a outras tecnologias, consideradas subalternas. Porém, nos últimos anos as tecnologias sociais têm sido vistas de maneira um pouco diferente e ganhado mais espaço dentro das Universidades e também fora delas. Por exemplo, o Ministério da Ciência e Tecnologia criou a Secretaria de Ciência e Tecnologia para a Inclusão Social (Secis), criando assim o Programa de Tecnologias Socialmente Sustentáveis (PTS) que se constitui num “importante instrumento de política pública”, segundo o Ministro Eduardo Campos. Sendo assim, aspectos positivos terminam por convidar a mais e mais atores a participarem desse movimento de democratização dos saberes adquiridos.

Afinal, democratizar o saber é uma tecnologia social voltada para o enfrentamento das desigualdades e para a ampliação dos direitos humanos, da cidadania e dos espaços públicos democráticos no país.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. O declínio do estado-nação e o fim dos direitos do homem. In: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. Ideologia e terror. In: ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992

CARVALHO, Maria Alice de Carvalho; VIANNA, Luiz Werneck. República e civilização brasileira. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a república**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

COUTO, Berenice Rojas. **O direito social e assistência social na sociedade brasileira**: uma equação possível? São Paulo: Cortez, 2004.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na corte. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **Cultura e democracia**: o discurso competente e outras falas. São Paulo: Moderna, 1980.

CORREIA, Adriano. O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo. In: MORAES, Eduardo Jardim; BIGBOTTO, Newton (Org.). **Hannah Arendt**: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

CORTELLA, Mário Sérgio. O espaço da ética na relação indivíduo e sociedade. In: BONETTI, Dilséa (Org.). **Serviço social e ética**: convite a uma nova práxis. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

COSTA, Fernanda Doz. Pobreza e direitos humanos: da mera retórica às obrigações jurídicas, um estudo crítico sobre diferentes modelos conceituais. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l. n.], ano 5, n.º 9, p. 89-112, dez. 2008.

DAGNINO, Evelina. Cultura, cidadania e democracia: a transformação dos discursos e práticas na esquerda latino-americana. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Cultura e política nos movimentos sociais latino-americanos**: novas leituras. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

_____. **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra/Unicamp, 2002.

DAGNINO, Renato Peixoto; BRANDÃO, Flávio Cruvinel; NOVAES, Henrique Tahan. Sobre o marco analítico-conceitual da tecnologia social. In: DAGNINO, Renato Peixoto; BRANDÃO, Flávio Cruvinel; NOVAES, Henrique Tahan. **Tecnologia social: uma estratégia para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundação Banco do Brasil, 2004.

FERNANDES, Florestan. **Mudanças sociais no Brasil: aspectos do desenvolvimento a sociedade brasileira**. São Paulo: Difusão, 1974.

FERNANDES, Rubem César. **Privado, porém público: o terceiro setor na América Latina**. Rio de Janeiro: Relumê-Dumara, 1994.

FUNDAÇÃO BANCO DO BRASIL. **Tecnologia social: uma estratégia para o desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundação Banco do Brasil, 2004.

GOULART, Jefferson Oliveira. Desigualdade social, estado e cidadania. **Impulso**, Piracicaba, v. 11, n.º 25, p. 1-174, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la acción comunicativa**. México: Taurus, 1994.

MAZZEU, Francisco José Carvalho. **Tecnologias sociais e economia solidária**. In: CONGRESSO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 4., Dourados-MS, 2009.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites do totalitarismo**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. In: **Cidadania, classe social e status**. Tradução de Meton Porto Gadelha. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

NASCIMENTO, José do. Direitos Humanos: questão metodológica e sua aplicação social. In: NASCIMENTO, José do (Org.) **Os direitos humanos e sua aplicação prática com os sistemas sociais**. Campo Grande: UCDB, 2001.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Os sessenta anos da declaração universal: atravessando um mar de contradições. In: **Revista Internacional de Direitos Humanos**, [S. l. n.], ano 5, n.º 9, dez. 2008.

RANCIÈRE, Jacques. **O desentendimento**: política e filosofia. Tradução de Ângela Leite Lopes. São Paulo: Ed. 34, 1996.

RIBEIRO, Renato Janine. Democracia versus república: a questão do desejo nas lutas sociais. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). **Pensar a república**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.

SENNETT, Richard. **Carne e pedra**: o corpo e a cidade na civilização ocidental. Tradução de Marcos Aarão Reis. Rio de Janeiro: Record, 1997.

SILVA, J. O. Políticas públicas municipais de trabalho e renda na perspectiva da economia solidária. In: **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, Cortez, n. 69, p. 121-125, mar. 2002.

TELLES, Vera. **A cidadania inexistente**: incivilidade e pobreza, um estudo sobre trabalho e família na grande São Paulo. Tese (Doutorado em Sociologia)–Universidade de São Paulo, São Paulo, 1992.

_____. Direitos sociais: afinal, do que se trata? **Revista USP**, São Paulo, Edusp, n.37, p. 37-45, mar.-maio, 1998.

WEFFORT, Francisco. **O populismo na república brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

YAZBEK, Maria Carmelita. **Assistência social e classes subalternas**. São Paulo: Cortez, 2000.

Data do Recebimento: janeiro/2014. Data da Aceitação: maio/2014

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para [<eltondx@hotmail.com>](mailto:eltondx@hotmail.com) ou [<eltondx@uol.com.br>](mailto:eltondx@uol.com.br), em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados, sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpi. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração seqüencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre-linhas de 1,5 linha. Artigos e entrevistas deverão ter, no máximo, 15 páginas, incluindo imagens e referências. Resenhas deverão ter, no máximo, 5 páginas.
- 7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:
 - 7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;
 - 7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;
 - 7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre-linhas simples;
 - 7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente o resumo em Português e Inglês.
 - 7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do abstract e receber alinhamento justificado;
 - 7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com duplo de um para outro;
 - 7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

Publicações impressas

Publicações avulsas:

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

Artigos em publicações avulsas:

XAVIER, Elton Dias . A Identidade Genética do Ser Humano como um Biodireito Fundamental e sua Fundamentação na Dignidade do Ser Humano. In: Eduardo de Oliveira Leite. (Org.). **Grandes Temas da Atualidade**: Bioética e Biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

Artigos em publicações periódicas:

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, v.1. n.1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: In praise of theory.

XAVIER, Elton Dias. A Bioética e o conceito de pessoa: a re-significação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet:

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. **Lua Nova**. São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT <www.abnt.org.br> referentes à publicação acadêmica.

7.12 – As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o final do texto;

8. A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.



CAMPUS JK

Av. Osmane Barbosa, 937 - JK
Montes Claros - MG
(38) 3690-3600

CAMPUS SHOPPING

Av. Donato Quintino, 90 - Cidade Nova
Montes Claros - MG
(38) 3224-7900

CAMPUS FASASETE

Av. Villa Lobos, 730 -
Mangabeiras
Sete Lagoas - MG
(38) 3771-8178



Impressa

ISSN 1809-7278



9 771809 727009

Eletrônica

ISSN 2358-9744



9 772358 974005