

sur

revista internacional
de direitos humanos

6

2007
Número 6 • Ano 4
Edição em Português

- **Upendra Baxi**
O Estado de Direito na Índia
- **Oscar Vilhena Vieira**
A desigualdade e a subversão do Estado de Direito
- **Rodrigo Uprimny Yepes**
A judicialização da política na Colômbia:
casos, potencialidades e riscos
- **Laura C. Pautassi**
Há igualdade na desigualdade?
Abrangência e limites das ações afirmativas
- **Gert Jonker e Rika Swanzen**
Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que
depõem em tribunais criminais da África do Sul
- **Sergio Branco**
A lei autoral brasileira como elemento de restrição
à eficácia do direito humano à educação
- **Thomas W. Pogge**
Para erradicar a pobreza sistêmica:
em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais



REDE UNIVERSITÁRIA
DE DIREITOS HUMANOS

SUR

Um projeto da Conectas Direitos Humanos

SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS é uma revista semestral, publicada em inglês, português e espanhol pela Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos. Está disponível na internet em <<http://www.surjournal.org>>

CONSELHO EDITORIAL

Christof Heyns

Universidade de Pretória (África do Sul)

Emílio García Méndez

Universidade de Buenos Aires (Argentina)

Fifi Benaboud

Centro Norte-Sul do Conselho da União Européia (Portugal)

Fiona Macaulay

Universidade de Bradford (Reino Unido)

Flavia Piovesan

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

J. Paul Martin

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Kwame Karikari

Universidade de Gana (Gana)

Mustapha Kamel Al-Sayyed

Universidade do Cairo (Egito)

Richard Pierre Claude

Universidade de Maryland (Estados Unidos)

Roberto Garretón

Ex-Funcionário do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (Chile)

EDITOR

Pedro Paulo Poppovic

COMITÊ EXECUTIVO

Andre Degenszajn

Daniela Ikawa

Juana Kweitel

Laura D. Mattar

PROJETO GRÁFICO

Oz Design

EDIÇÃO

Daniela Ikawa

EDIÇÃO DE ARTE

Alex Furini

COLABORADORES

Catharina Nakashima, Miriam Osuna e Thiago Amparo

CIRCULAÇÃO

Catharina Nakashima

IMPRESSÃO

Prol Editora Gráfica Ltda.

ASSINATURA E CONTATO

Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos

Rua Pamplona, 1197 – Casa 4

São Paulo/SP – Brasil – CEP 01405-030

Tel. (5511) 3884-7440 – Fax (5511) 3884-1122

E-mail <surjournal@surjournal.org>

Internet <<http://www.surjournal.org>>

Essa publicação recebeu o apoio do Fundo das Nações Unidas para a Democracia.

SUR – REDE UNIVERSITÁRIA DE DIREITOS HUMANOS é

uma rede de acadêmicos com a missão de fortalecer a voz das universidades do Hemisfério Sul em direitos humanos e justiça social e promover maior cooperação entre estas e as Nações Unidas.

A SUR é uma iniciativa ligada à Conectas Direitos Humanos, uma organização internacional sem fins lucrativos com sede no Brasil. (Websites: <www.conectas.org> e Portal: <www.conectasur.org>.)

CONSELHO CONSULTIVO

Alejandro M. Garro

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Antonio Carlos Gomes da Costa

Modus Faciendi (Brasil)

Bernardo Sorj

Universidade Federal do Rio de Janeiro / Centro Edelstein (Brasil)

Bertrand Badie

Sciences-Po (França)

Cosmas Gitta

PNUD (Estados Unidos)

Daniel Mato

Universidade Central da Venezuela (Venezuela)

Eduardo Bustelo Graffigna

Universidade Nacional de Cuyo (Argentina)

Ellen Chapnick

Universidade de Colúmbia (Estados Unidos)

Ernesto Garzon Valdés

Universidade de Mainz (Alemanha)

Fateh Azzam

Universidade Americana do Cairo (Egito)

Guy Haarscher

Universidade Livre de Bruxelas (Bélgica)

Jeremy Sarkin

Universidade de Western Cape (África do Sul)

João Batista Costa Saraiva

Juizado Regional da Infância e da Juventude de Santo Ângelo/RS (Brasil)

Jorge Giannareas

Universidade do Panamá (Panamá)

José Reinaldo de Lima Lopes

Universidade de São Paulo (Brasil)

Juan Amaya Castro

Universidade para a Paz (Costa Rica)

Lucia Dammert

FLACSO (Chile)

Luigi Ferrajoli

Universidade de Roma (Itália)

Luiz Eduardo Wanderley

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Brasil)

Malak El Chichini Poppovic

Conectas Direitos Humanos (Brasil)

Maria Filomena Gregori

Universidade de Campinas (Brasil)

Maria Herminia de Tavares Almeida

Universidade de São Paulo (Brasil)

Mario Gómez Jiménez

Fundação Restrepo Barco (Colômbia)

Miguel Cillero

Universidade Diego Portales (Chile)

Milena Grillo

Fundação Paniamor (Costa Rica)

Mudar Kassis

Universidade Birzeit (Palestina)

Oscar Vilhena Vieira

Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Brasil)

Paul Chevigny

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Philip Alston

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Roberto Cuéllar M.

Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica)

Roger Raupp Rios

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil)

Shepard Forman

Universidade de Nova York (Estados Unidos)

Victor Abramovich

Centro de Estudos Legais e Sociais (Argentina)

Victor Topanou

Universidade Nacional de Benin (Benin)

Vinodh Jaichand

Centro Irlandês de Direitos Humanos,

Universidade Nacional da Irlanda (Irlanda)

APRESENTAÇÃO



O sexto número da SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos possui um significado especial para nós, pois reflete os primeiros resultados de um projeto de pesquisa conjunto em andamento na nossa rede. Em junho de 2006, a SUR iniciou uma pesquisa sobre “A Justiciabilidade dos Direitos Humanos: Índia, Brasil e África do Sul”, com o objetivo de comparar a implementação dos direitos humanos e dos direitos constitucionais pelas Cortes Supremas desses três países.

Índia, Brasil e África do Sul compartilham muitas características comuns. Todos eles desfrutam de sistemas democráticos relativamente estáveis e ocupam posições-chave em suas respectivas regiões, tanto no âmbito político, quanto no econômico. Eles compartilham também problemas comuns, especificamente o desafio de superar a pobreza, a discriminação e a desigualdade, bem como a dificuldade de promover o acesso igualitário à justiça, à educação de boa qualidade, à saúde e a programas de habitação. Nesse sentido, os três países possuem o desafio de consolidar o Estado de Direito e as instituições democráticas, como instrumentos para a realização dos direitos humanos para todos, conforme o exigido pelas suas próprias constituições e pelos tratados internacionais por eles ratificados.

O objetivo dessa pesquisa é entender o papel das Cortes Constitucionais na Índia, no Brasil e na África do Sul na promoção e proteção de direitos humanos. O estudo também leva em consideração o papel da sociedade civil e das organizações de interesse público em suas intervenções no sistema judiciário.

Nesse número da Revista, incluímos dois artigos que refletem um diálogo inicial entre os pesquisadores envolvidos com essa questão, um escrito pelo Prof. Upendra Baxi, responsável pela pesquisa na Índia, e o outro elaborado pelo Prof. Oscar Vilhena Vieira, coordenador do projeto e responsável pela pesquisa no Brasil. O artigo de Rodrigo Uprimny, que tem cooperado com o projeto, discute alguns aspectos da judicialização da política na Colômbia.

Estamos certos de que compartilhar conhecimento e estabelecer parcerias em pesquisa

são instrumentos muito eficientes e consistentes na criação de uma comunidade intelectual mais forte no Sul Global. Os passos iniciais dessa pesquisa têm confirmado essa nossa percepção. Através da pesquisa em conjunto, laços fortes têm sido construídos pelos professores e novas idéias e oportunidades de parceria têm sido descobertas.

O número 6 da Revista SUR também analisa o direito das mulheres na América Latina e o direito das crianças na África do Sul. O artigo de Laura Pautassi trata dos vários passos dados na América Latina no sentido de assegurar a igualdade entre mulheres e homens, com especial foco na responsabilidade do Estado com relação às regulações trabalhistas. O artigo elaborado por Gert Jonker e Rika Swanzen apresenta a experiência de serviços de intermediação para crianças testemunhas em casos judiciais no subúrbio de Johannesburg.

O artigo de Sergio Branco é fruto de sua palestra no VI Colóquio Internacional de Direitos Humanos (nov. 2006) sobre o impacto da regulação dos direitos autorais nos direitos humanos, dentro do contexto brasileiro. Ele analisa como a atual estrutura de direitos autorais e o uso impróprio da tecnologia criam sério risco para a efetivação do direito humano à educação.

Thomas Pogge foca na discussão da desigualdade entre o Norte e o Sul. Ele argumenta que a atual apropriação da riqueza em nosso planeta é muito desigual, invocando três diferentes razões para a injustiça: o efeito das instituições sociais compartilhadas, a exclusão não compensada do uso dos recursos naturais e os efeitos de uma história comum e violenta –, o objetivo do autor é mostrar que talvez seja possível reunir partidários de correntes dominantes do pensamento político normativo ocidental numa coalizão voltada para a erradicação da pobreza mundial mediante a introdução de um Dividendo dos Recursos Globais, ou DRG.

Nós gostaríamos de agradecer aos seguintes professores e parceiros por sua contribuição na seleção dos artigos para esse número: Ann Skelton, Alejandro Garro, Fateh Azzam, Flavia Piovesan, Florian Hoffmann, Glenda Mezarobba, J. Paul Martin, Jeremy Sarkin, Juan Amaya Castro, Lorena Frías, Maria Herminia Tavares de Almeida, Roberto Garretón, Thami Ngwenya e Vinodh Jaichand.

Finalmente, gostaríamos de anunciar que a próxima edição da Revista SUR será um número especial sobre justiça transicional, a ser publicada em colaboração com o Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ).

SUMÁRIO

UPENDRA BAXI	7	O Estado de Direito na Índia
OSCAR VILHENA VIEIRA	29	A desigualdade e a subversão do Estado de Direito
RODRIGO UPRIMNY YEPES	53	A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos
LAURA C. PAUTASSI	71	Há igualdade na desigualdade? Abrangência e limites das ações afirmativas
GERT JONKER E RIKA SWANZEN	95	Serviços de intermediação para crianças-testemunhas que depõem em tribunais criminais da África do Sul
SERGIO BRANCO	121	A lei autoral brasileira como elemento de restrição à eficácia do direito humano à educação
THOMAS W. POGGE	143	Para erradicar a pobreza sistêmica: em defesa de um Dividendo dos Recursos Globais



UPENDRA BAXI

Upendra Baxi é, desde 1996, professor de Direito em Desenvolvimento na Universidade de Warwick. Foi professor de Direito na Universidade de Delhi (1973-1996), da qual foi também vice-reitor (1990-1994). Formou-se pela Universidade de Gujarat, é mestre em Direito pela Universidade de Bombaim (Mumbai) e doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade da Califórnia em Berkeley.

Endereço: University of Warwick

Coventry CV4 7AL, UK

Email: u.baxi@warwick.ac.uk

RESUMO

O autor destaca que o discurso do Estado de Direito liberal patrimonial geralmente desconsidera tradições alternativas. Primeiro não permite qualquer reflexão sobre as concepções de Estado de Direito socialista normativo. Segundo, desconsidera a própria existência de outras tradições de Estado de Direito: por exemplo, a pré-colonial, aquelas moldadas pela revolta contra o Velho Império, ou as contribuições não-miméticas do Poder Judiciário pretensioso de algumas “sociedades em desenvolvimento”.

Nesse contexto, o autor analisa a peculiaridade do Estado de Direito indiano e sustenta que o mesmo oferece revisões das concepções liberais de direitos. O autor acrescenta que o Estado de Direito indiano se ergue normativamente não somente como uma espada contra a dominação do Estado, mas também como um escudo, autorizando uma intervenção estatal “progressista” na sociedade civil. Por fim, são introduzidas algumas tendências atuais na jurisprudência constitucional, destacando-se a liderança da Suprema Corte indiana no desenvolvimento de uma forma extraordinária de jurisdição sob a rubrica de litígio de ação social.

Original em inglês. Traduzido por Pedro Soares.

PALAVRAS-CHAVE

Estado de Direito – Federalismo – Noção estrita de Estado de Direito – Noção abrangente de Estado de Direito – Revisão judicial.



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

O ESTADO DE DIREITO NA ÍNDIA

Upendra Baxi

Um discurso novo?

O Estado de Direito (como um conjunto de princípios e doutrinas – doravante EDD) tem uma longa história normativa que o privilegia como uma contribuição inaugural da teoria política liberal euro-americana. O EDD surge de formas variadas, seja como uma noção “estrita” que impõe restrições processuais a formas de poder soberano e conduta governamental, capazes de autorizar práticas políticas holocásticas,¹ seja como uma concepção “abrangente” que envolve as teorias sobre o “bom”, o “certo” e o “justo”.²

O discurso do EDD liberal patrimonial ignora tradições alternativas. Ele não permite nem ao menos uma reflexão mínima sobre as concepções do EDD socialista normativo. Desconsidera a possibilidade de que outras tradições de pensamento do EDD alguma vez tenham existido: por exemplo, a pré-colonial, moldada pela revolta contra o Velho Império, ou as contribuições não-miméticas do Poder Judiciário pretensioso de algumas “sociedades em desenvolvimento”.³

Do mesmo modo, um conjunto de historiadores críticos demonstra que, nos países de origem, tanto a versão “estrita” quanto a “abrangente” foram condizentes, por longos períodos da história, com a exclusão social violenta; as histórias institucionais do EDD na metrópole foram durante muito tempo rubricas da dominação dos homens sobre as mulheres, dos

Ver as notas deste texto a partir da página 24.

donos dos meios de produção sobre os possuidores da força de trabalho, e da perseguição de minorias religiosas, culturais e civilizacionais. Estudiosos do colonialismo/imperialismo destacam que os valores do EDD foram um assunto totalmente ligado “aos brancos apenas”.⁴ A celebração entusiasta do EDD como um “bem humano completo” chega ao ponto de reduzir as lutas contra o colonialismo/imperialismo a um desdobramento último na história humana dos valores liberais codificados pelo EDD.⁵ Até mesmo as histórias insurgentes que geraram um reconhecimento universal do direito humano à autodeterminação e favoreceram os itinerários dos direitos humanos contemporâneos são reconhecidas erroneamente como uma imitação da imaginação histórico-mundial do EDD euro-americano! O fato histórico de que comunidades de resistência e povos em luta não-ocidentais tenham enriquecido as concepções do EDD “abrangente” é simplesmente encoberto pelos mitos persistentes das origens “ocidentais”;⁶ a promoção do EDD como exportação cultural valiosa mantém a velha contaminação em formas ainda mais agressivas nessa era da globalização contemporânea.

A “novidade” do discurso contemporâneo sobre Estado de Direito

No discurso contemporâneo, no entanto, o EDD torna-se transnacional ou global. Não é mais uma concepção limitada, mas se apresenta agora como uma noção universalizadora/globalizadora. Em parte, o novo “estado de direito global” relaciona-se com as noções emergentes de política social e regulamentação global.⁷ Mais especificamente, as redes de comércio internacional e os regimes de investimento promovem a idéia de que as constituições nacionais são obstáculos que precisam ser “eliminados” por meio dos discursos modernos do constitucionalismo econômico global.⁸ Hoje, a guerra contra o “terror” redefine totalmente até mesmo as noções “estritas” do EDD.⁹ O paradigma da Declaração Universal dos Direitos Humanos é agora confrontado com um novo paradigma de direitos humanos relacionado com o comércio, e simpático ao mercado.¹⁰ As instituições financeiras internacionais inerentemente não-democráticas, em especial o Banco Mundial, não as autoridades eleitas nas sociedades “em desenvolvimento”, apresentam-se agora como um novo soberano global que decide como os “pobres” podem ser definidos, como a pobreza pode ser medida, como as “vozes dos pobres” podem ser globalmente registradas e como o alívio da pobreza e as condições para o desenvolvimento sustentado podem convenientemente redefinir a “boa governança”. A preciosa, múltipla e diversificada sociedade civil e os novos

movimentos sociais não escapam da dialética Senhor/Escravo; mesmo quando contestam no *atacado* as novas noções e plataformas do EDD globalizante, acabam por aceitá-las no *varejo*.

As limitações de espaço impedem uma análise plena e detalhada da novidade do EDD; porém, é apropriado destacar pelo menos alguns fatores cruciais. Primeiro, a atual extensão do EDD para as esferas internacionais do desenvolvimento, da ordem econômica, estratégica e até militar representa uma descontinuidade em relação à Guerra Fria, que era marcada por pelo menos dois paradigmas de EDD em competição violenta: o burguês e o socialista. Hoje, o EDD socialista, uma ordem na qual a propriedade privada dos meios de produção não era considerada o fundamento de uma “boa” sociedade e da liberdade humana, quase desapareceu de vista.¹¹ Segundo, torna-se cada vez mais difícil manter separado o EDD das novas linguagens dos direitos humanos e da política social global. Posso me referir, por exemplo, à volumosa elaboração atual de tratados de direitos humanos pelos organismos da ONU, o esforço para implementar o direito ao desenvolvimento, os Objetivos e Metas de Desenvolvimento do Milênio, que promovem diferentes tipos de normatividade orientada para o EDD globalizante. Terceiro, a fusão entre esses direitos humanos e a política social global acarreta alguns custos. Os assim chamados direitos humanos universais tornam-se instrumentos eminentemente negociáveis na busca de diversas políticas globais. Quarto, até mesmo a assim chamada “globalização judicial” promove uma projeção sem precedentes dos atores judiciais; sua maneira de fazer justiça militante nos níveis nacional, regional e supranacional introduz novos modos de articulação dos valores e padrões do EDD e, ao mesmo tempo, promove o ajuste estrutural do ativismo judicial.

Quinto, as práticas dos direitos humanos e do ativismo social contribuem mais do que nunca para uma rearticulação múltipla das noções acumuladas de EDD. O ativismo dos direitos sociais e humanos precisa contestar o discurso hiperglobalizante do EDD de maneira clara, atingindo as comunidades de investidores estrangeiros diretos, muitas vezes personificadas pelos novos estados soberanos de corporações multinacionais e, de um modo mais geral, por seus parceiros normativos, principalmente as instituições financeiras internacionais e os regimes de auxílio ao desenvolvimento. Ao mesmo tempo, instâncias ativistas historicamente determinadas também se confrontam com a necessidade de revigorar algumas concepções processuais e de EDD “abrangente”.

Sexto, a nova idolatria do EDD, que o apresenta como uma nova forma de bem público global, não é marcada nem perturbada pelas concepções limitadas de EDD, que têm como sua pedra angular a doutrina da separação

dos poderes ou diferenciação das funções de governança. Essa doutrina é que promove a crença na governança limitada, um antídoto à tirania representada pela concentração de poderes. É verdade que, como Louis Althusser¹² nos lembrava, a doutrina também mascara a “unidade centralizada do poder estatal”. O discurso do EDD limitado, pelo menos, proporcionou plataformas de crítica; o EDD globalizante, desconhecendo tal concepção que possa restringir a “boa governança global”, solapa ainda mais a “racionalidade” das concepções do EDD limitado.¹³

No novo discurso do EDD está então em jogo uma profunda contradição entre EDD como um discurso *globalizante*, que celebra várias formas de fundamentalismos do “livre” mercado, e algumas formas novas que buscam “radicalmente” *universalizar* os fundamentalismos dos direitos humanos. Essa incomensurabilidade define tanto o espaço para a diversidade interpretativa quanto um progresso crescente na mensuração que padroniza, via direitos humanos e marcos de desenvolvimento, novos significados essenciais do EDD.

Governo das leis e dos homens

As noções de EDD sofreram muito com dois aforismos populares: EDD significa “governo de leis, não de homens”; “o Estado de Direito é *ambos* e, ao mesmo tempo, significa governo da lei e dos homens”. Se “homens” for usado de forma inclusiva, no sentido de “todos os seres humanos”, as frases podem significar secularismo: não é a autoridade divina, mas o poder humano que faz o governo e a lei. Porém, isso coloca uma questão: as constituições e leis baseadas na religião desqualificam de imediato essas sociedades como não sendo de EDD? Em um plano diferente, nas práticas feministas de pensamento, essa forma inclusiva é sempre suspeita. Ela identifica literalmente as duas frases como representando o governo *de, por e para* os homens. Isso levanta a questão a respeito da feminização do Estado e do direito em uma sociedade pós-patriarcal. Do mesmo modo, a crítica emergente na plataforma dos direitos das pessoas com deficiência traduz “governo” e “homens” como casos de domínio por todos aqueles temporariamente capazes. Isso levanta a questão da indiferença à diferença. Não posso aprofundar esta e outras questões relacionadas por razões de espaço, exceto para dizer que todas as noções de EDD que as ignoram permanecem eticamente fraturadas.

A mensagem do EDD de que aqueles que estão no poder deveriam de algum modo estabelecer e respeitar restrições ao seu próprio poder é certamente importante. Mas a importância dessa exigência sensata não está suficientemente clara. Com certeza, os governantes, bem como os governados,

devem ser limitados pela lei (concebida aqui como uma ordem legal vigente, uma ordem de legalidade), independente do privilégio do poder. Mas nunca está suficientemente claro se eles devem fazer isso de modo instrumental (em termos weberianos, com “propósito racional”, até mesmo uma regra conveniente que segue a conduta), ou intrinsecamente (a legalidade como valor e virtude éticos). A obediência instrumentalista negocia as linguagens do EDD de um modo que abre caminho para hierarquias tirânicas e hegemônicas. Seguir os valores do EDD porque eles definem a conduta “boa”, “certa” e “justa” do direito e do Estado é desenvolver uma ética da governança. É nesse estágio que começam as grandes dificuldades, mesmo quando queremos considerar as tarefas do EDD como aquelas que definem o “império da *boa lei*”.

Elucidar a “boa” lei implica uma “filosofia social completa” que priva a noção de “qualquer função útil”. Como nos lembra com agudeza Joseph Raz:¹⁴ “Não temos necessidade de ser convertidos ao Estado de Direito para descobrir que acreditar nele é também acreditar que o bem deveria triunfar”. Mas o “bem” que triunfa, como uma “filosofia social completa”, pode ser – e de fato, foi com frequência – definido de uma forma que perpetua Estados de Mal Radical; as filosofias sociais completas justificaram e continuam capazes de justificar variedades de exclusão social violenta. Será essa a razão porque os enfoques pós-metafísicos contemporâneos nos convidam a imaginar qualidades de justiça da estrutura básica da sociedade, da economia e da estrutura política, de um modo que tornam ociosas as linguagens do Estado de Direito?¹⁵

Do que trata e do que não trata o EDD?

Em qualquer resposta a esta pergunta, talvez seja útil fazer uma distinção entre o EDD do discurso restritivo e o das linguagens facilitadoras. Enquanto atrelado a linguagens restritivas, plenamente informadas pela lógica e pela linguagem dos direitos humanos contemporâneos, o EDD se refere ao que o poder soberano e a conduta do Estado não podem, afinal, fazer. É agora normativamente bem aceito que os atores estatais não podem, como forma de governança, praticar genocídio, limpeza étnica, apartheid institucionalizado, escravidão e atos similares, bem como estupro e outras formas de agressão às mulheres. Fora disso, as linguagens restritivas do EDD estipulam/legislam as seguintes noções gerais:

1. os poderes estatais devem ser diferenciados; nenhuma autoridade pública deve combinar os papéis de juiz, júri e executor;
2. leis/decretos devem estar no domínio público; isto é, as leis devem ser gerais, públicas e devem ser decisões políticas contestáveis;

3. governar por meio de emergências não-declaradas viola os valores do EDD e é ilegítimo;
4. estados de emergência constitucionalmente declarados não devem constituir práticas indefinidas de governo e o poder judicial não deve autorizar violações sistemáticas, flagrantes, contínuas e maciças dos direitos humanos e das liberdades fundamentais durante os estados de emergência;
5. a delegação dos poderes legislativos ao executivo deve sempre respeitar certos limites à discricionariedade soberana arbitrária;
6. o governo em todos os momentos deve permanecer limitado pelo respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
7. os poderes governamentais devem ser exercidos somente dentro do âmbito de intenção e propósito legislativamente definidos;
8. para esses fins, o Estado e o Direito não devem se opor ou anular os poderes da revisão judicial ou se entregar a práticas que afetem adversamente a independência da profissão legal.

Esses “deveres”, longe de constituírem alguma lista fantástica de desejos, definem o terreno das disputas em andamento direcionadas para inibir o poder estatal e a conduta governamental sem freios. A questão não é se esses “deveres” são necessários, mas se eles são *suficientes*. É aqui que entramos no domínio das linguagens facilitadoras do EDD que deixam em aberto uma ampla variedade de escolhas para o projeto e o detalhamento das estruturas e processos de governança. Essas escolhas dizem respeito ao processo de composição da autoridade política legítima, formas de poder político, obrigações dos governados e dos governantes.

Constituição da autoridade legítima

O EDD não trata propriamente dessa dimensão. Porém, presumindo-se que o direito universal de voto dos adultos constitui um valor essencial do EDD, ele parece igualmente bem servido tanto por sistemas de voto de “maioria simples” como “proporcional” e “preferencial” e variantes relacionadas. Nenhuma das duas versões estrita e abrangente do EDD oferece quaisquer normas e padrões precisos para a delimitação dos eleitores de uma maneira que evite a representação distorcida pela alteração dos limites do distrito eleitoral a fim de aumentar o número de eleitores simpáticos a um dado partido ou candidato.¹⁶ Ademais, o EDD é bastante indiferente à questão do financiamento público das eleições; também não implica o financiamento das campanhas por empresas. As eleições custam muito dinheiro para os líderes e partidos políticos em disputa; qual

“regulamentação” pode violar os valores de liberdade de expressão e associação do EDD liberal é uma questão que permanece em aberto. O mesmo acontece com os apelos a formas de “discurso de ódio racial” nas campanhas políticas competitivas. O discurso dominante do EDD também é indiferente à questão das ações afirmativas na representação legislativa, que modificam o direito de disputar eleições de grupos minoritários culturais e civilizacionais e a representação igual de gênero. O discurso do EDD, para o bem ou para o mal, trata insuficientemente da noção de participação, não chega a ponto de receitar meios de mudanças constitucionais como referendos, ou o direito dos eleitores de cassar o mandato de legisladores corruptos ou transviados.

Formas políticas de governo

No que diz respeito às estruturas de governança, o EDD é indiferente às escolhas entre formatos constitucionais *federalista* e *unitário*, *republicano* e *monárquico*, *secular* e *teocrático*, *flexível* e *rígido*. Também não exclui escolhas em relação ao escopo e ao método de emendar constituições. A composição do poder judiciário e da administração da justiça (métodos de nomeação do judiciário, exercício do cargo e remoção de juízes, de construção de hierarquias judiciais etc.) permanece infinitamente aberta dentro do discurso do EDD.

Obrigações de governados e governantes

As celebradas restrições ao poder legislativo *não* implicam nenhuma *obrigação* ética de produzir leis, nenhum “direito” público a ter uma legislação destinada às pessoas em desvantagem, sem posses materiais e necessitadas; essas não-decisões cruéis causam impacto sobre o futuro de muitos seres humanos e sobre os direitos humanos. Niklas Luhman nos lembrou pungentemente que a decisão política relativa ao fazer/desfazer/refazer das leis não passa de *positivização da arbitrariedade*. Porém, essa arbitrariedade é anulada pela globalização disciplinar em que os Estados do Sul têm obrigação compulsória de fazer leis favoráveis às comunidades dos investidores estrangeiros diretos em detrimento daquelas para seus próprios cidadãos; essas obrigações são fomentadas por empresas transnacionais e instituições financeiras internacionais que têm pouca responsabilidade democrática (*accountability*) e comprometimento com os direitos humanos.

Por fim, sem ser exaustivo, como o EDD pode tratar do Outro? Uma multidão de ilegalidades em massa gera com frequência formas de compreensão

dos cidadãos que acabam por redefinir as interpretações do EDD. Declinadas por noções indeterminadas de “soberania” popular, essas insurgências divergentes significam campos de luta das Multidões contra o Império do Mínimo.¹⁷ Que espaço podemos nós - e como podemos “nós” (os “negociantes de símbolos” do EDD) – proporcionar para esses particularismos militantes em nossas narrativas?

Esta lista resumida de ansiedades *não* se destina a sugerir que dispensamos completamente as linguagens e lógicas do EDD. Antes, ela pede trabalhos sustentados que submetam com muito cuidado as histórias e fronteiras normativas e ideológicas do EDD a um exame rigoroso.

Com essa finalidade, reitero meu sumário de sentença: o EDD é sempre e em todo lugar um campo em que as pessoas lutam para tornar o poder *responsável*, a governança *justa* e o Estado *ético*. Sem dúvida, cada termo romântico/radical usado aqui (responsabilidade, justiça e ética) precisa ser decifrado. A seguir, procuro fazer isso refletindo sobre a teoria e a prática do EDD indiano.

Originalidade e mimese: o Estado de Direito indiano pós-colonial

Por necessidade, muitas continuidades históricas colonialmente induzidas marcam a Constituição da Índia.¹⁸ Mas a herança colonial relaciona-se mais com os aparatos e as instituições de governo do que com concepções de justiça, direitos e desenvolvimento. Estas, por sua vez, afetam as continuidades com o passado colonial. A peculiaridade do EDD indiano está em propiciar espaço para uma conversa contínua entre quatro noções fundamentais: “direitos”, “desenvolvimento”, “governança” e “justiça”.¹⁹ Assim, também oferece revisões das concepções liberais dos direitos, que afetam formas distintivas da vida constitucional do Sul.²⁰

O discurso hegemônico do EDD subestima a pertinência histórico-mundial do constitucionalismo indiano. Na luta por um Novo Império, a imaginação constituinte das assim chamadas “sociedades de transição” permanece amarrada primariamente ao que essas sociedades ex-socialistas podem aprender com a experiência constitucional americana. Desse modo, ficam prejudicadas algumas oportunidades consideráveis de aprendizados semelhantes com a experiência e a imaginação do EDD indiano. A elaboração da constituição pós-socialista tem muito a aprender com a originalidade da forma pós-colonial; porém, e apesar do interesse renovado pelos estudos constitucionais comparativos, parece que a “Nova” Europa tem muito pouco a aprender com o velho Sul Global.

Por ora, considero a seguir brevemente as relações entre essas quatro noções essenciais: governança, direitos, justiça e desenvolvimento.

Governança

O Holocausto da Divisão da Índia fornece o momento teatral em que a Constituição indiana foi elaborada. O estabelecimento de marcos para a segurança e a ordem humana coletiva foi considerado um recurso crucial do EDD, do mesmo modo que a construção de um novo EDD global hoje é influenciada pelas duas guerras ao “terror”. A noção de que o alcance radical da autodeterminação deve ser confinado apenas ao fim da ocupação colonial fornece um novo marco para a governança indiana; a integridade e unidade da nova nação redefinem o EDD indiano para autorizar poderes vastos e crescentes de prisão preventiva e manutenção infundável de muitas leis coloniais sobre segurança como ainda aplicáveis.²¹ Desde seu nascimento, os itinerários do EDD indiano são moldados pela doutrina da razão de Estado e pelas práticas acentuadas de governança militarizada. Não se permite que uma consideração do valor do EDD em geral seja introduzida no combate estatal contra a rebelião armada, cujo objetivo é a secessão da União Indiana. Nisso, a experiência indiana dificilmente é única.

O que a distingue, porém, é a governança/gestão da política da autonomia.²² Em teoria, o Parlamento tem o poder de redesenhar o mapa federal, criar novos estados, diminuir ou aumentar suas fronteiras e até alterar os nomes dos estados sem qualquer deliberação democrática. Contudo, a quase constante criação de novos estados no interior da federação indiana, ao longo de eixos lingüísticos/culturais/de identidade, implica movimentos de multidões de pessoas e uma considerável violência insurgente e estatal. A política da autonomia requer uma compreensão indiana do princípio federativo e de seus pormenores.

Se o princípio federativo privilegia o *local* no interior do *nacional*, respeitando a geografia da diferença de um modo que autoriza conhecimentos, culturas, poderes e vozes locais a informar e moldar a governança, os pormenores federais – principalmente a distribuição dos poderes legislativo, executivo e administrativo – buscam negar isso. É verdade que essa distribuição de poderes só pode ser alterada por emendas constitucionais e essas são difíceis de negociar e efetuar na atual era de política de coalizão. Porém, o Parlamento indiano possui uma generosa autoridade residual que lhe dá poder para legislar em matérias não especificadas nas listas estadual e concorrente; ademais, as leis que pode fazer têm, com frequência, uma autoridade nacional preponderante. Além disso, o Artigo 35 dá especificamente ao Parlamento poderes preponderantes para fazer leis que proíbam as discriminações e “incapacitações” impostas milenarmente aos intocáveis da Índia (Artigo 17) e a escravidão e práticas similares (Artigos 23-24). Baseando-se fortemente na “experiência” do

federalismo comparativo da *Commonwealth*, em especial do Canadá e da Austrália, a Suprema Corte indiana inova constantemente em sua fonte interpretativa para aumentar o papel hegemônico nacional do governo da União.

O federalismo cooperativo característico da Índia está definido e desenvolvido por muitas redes institucionais. A Comissão Nacional de Finanças, definida pela Constituição, constrói a normatividade dos direitos humanos na alocação dos recursos federais aos estados. A Constituição e a lei criam agências nacionais²³ em todo o país encarregadas da proteção e promoção dos direitos humanos das minorias “separadas e insulares”. O Tesoureiro e Auditor Geral da Índia, auxiliado pela Comissão Central de Vigilância, pelo menos ajuda a moldar o discurso relativo à corrupção em altos postos. Em geral, a Comissão Eleitoral da Índia tem perseguido a tarefa heróica de alcançar um pouco de integridade no processo eleitoral. O modo como essas e outras agências realizam suas tarefas é tema de um discurso político animado, dentro das práticas do jornalismo investigativo, e do ativismo dos movimentos sociais e dos direitos humanos garantidos constitucionalmente pelo esforço dos Tribunais Superiores Estaduais e da Suprema Corte do país.

Tudo isso permite uma rearticulação contínua do poder popular confrontado com um Estado e uma estrutura política fortemente militarizados, os quais juntos freqüentemente causam um pesado déficit democrático aos processos, instituições e redes de governabilidade. Assim, as intervenções da sociedade civil, acionando cada vez mais o alto poder judicial, levaram a um certo abrandamento dos aspectos antidemocráticos da Constituição indiana em funcionamento.²⁴

Em geral, parece que o princípio federativo se mantém dentro das restrições normativas dos pormenores federais. Em outras palavras, o federalismo indiano contribui para o discurso do EDD não somente facilitando a governança, mas também fortalecendo formas participativas de resistência e autoconfiança por parte dos cidadãos. Essa experiência precisa receber certo grau de dignidade discursiva em nossas discussões sobre constitucionalismo “comparativo”.

Direitos

As noções do EDD indiano estão profundamente ligadas ao modo como os direitos fundamentais são concebidos. Longe de reiterar as teologias liberal ou libertária dos direitos como um corpus de limitações da soberania do Estado e da conduta governamental, as concepções do EDD indiano também dão poder à ação progressista do Estado. Assim, por exemplo, as seguintes

enunciações dos direitos constitucionais autorizam ações políticas e legislativas que manifestamente violam algumas concepções liberais dos direitos:

- o Artigo 17 proíbe as práticas sociais da discriminação com base na “intocabilidade”;
- os Artigos 23-24 consagram “direitos contra a exploração”, proíbem o sistema de trabalho baseado na servidão rural (escravidão e outras formas de trabalho não-livre) e práticas históricas relacionadas de exclusão social violenta;
- os Artigos 14-15 autorizam, sob a bandeira dos direitos fundamentais, o combate estatal contra formas cruéis de patriarcado;
- os Artigos 25-26 configuram de tal modo o secularismo constitucional indiano que dão poder ao Estado para combater totalmente as práticas infratoras dos direitos humanos da tradição religiosa “hindu” dominante;
- os Artigos 27-30 propiciam um escudo para a proteção fecunda dos direitos das minorias religiosas, culturais e lingüísticas.

O EDD indiano não é normativamente concebido apenas como uma espada contra a dominação e a violação pelo Estado e contra normas e práticas históricas da sociedade civil, mas também como um *escudo* que dá a um regime enciclopédico o poder de intervenção do Estado “progressista” na vida da sociedade civil. Ao fazê-lo, ele implica no simultâneo “fortalecimento” e “re-fortalecimento” do Estado indiano de uma maneira que torna mais complicada a governança, a política e o desenvolvimento constitucional. Nos termos de uma psicologia social do passado, a Constituição inaugura assim a “dissonância cognitiva” de um modo que marca necessariamente seu curso de desenvolvimento um tanto esquizofrênico.

Os documentos de direitos, enunciados em um tempo histórico-mundial semelhante ao da Declaração Universal dos Direitos Humanos, causam ainda mais impacto sobre o desenvolvimento das normas, padrões e até valores internacionais de direitos humanos. Tenho em vista aqui a Parte IV da Constituição que estabelece a distinção entre regimes de direitos civis e políticos e direitos sociais e econômicos, distinção essa que em seguida passou a dominar a linguagem sobre os direitos humanos globais.

Os Princípios Diretivos da Política de Estado considerados fundamentais para moldar as formas de governança – atos de fazer leis e políticas – encarnam assim o código antes desconhecido de obrigações constitucionais do Estado. Muitos mecanismos e arranjos de governança instalados na época de origem e outros subseqüentes articulam maneiras institucionais de avançar com essa missão. Não vou sobrecarregar este texto com uma enumeração detalhada.²⁵

As concepções do EDD indiano abrem ainda um extraordinário espaço

para os poderes de revisão judicial – uma nova jóia na coroa indiana pós-colonial, por assim dizer. Os poderes extraordinários de reparar a violação dos direitos fundamentais alcançaram os seguintes resultados, aqui resumidos. Primeiro, uma realização notável no que se refere à jurisprudência de direito administrativo dirigida ao combate e controle do uso de poderes discricionários; segundo, ampla vigilância judicial sobre legislações acusadas de violar os direitos fundamentais ou o princípio e os pormenores do federalismo indiano; terceiro, os enormes feitos da Suprema Corte da Índia ao exercer seus poderes inaugurais e imensos de controle sobre o exercício do poder de emenda constitucional, utilizando-se da doutrina da estrutura básica e das características essenciais da Constituição. Esses poderes são agora rotineiramente exercidos para deixar clara a micro-responsabilidade do exercício dos poderes legislativos, executivo e administrativo sob controle judicial.²⁶

O exercício de obstetrícia judicial para dar à luz aos direitos humanos e à governança limitada não é exclusivo da Índia; o que distingue a história indiana é que os juízes acreditam cada vez mais – e agem conforme essa crença – que os direitos humanos básicos estão mais seguros em sua custódia interpretativa do que com as instituições representativas. Crença e prática se combinam para produzir um tipo peculiar de “fé constitucional” (para tomar emprestada uma expressão fecunda de Sanford Levinson, 1988) que torna ainda mais legítima, de maneira duradoura, a revisão judicial ampla.

Justiça/Desenvolvimento

Uma característica extraordinária do constitucionalismo que informa o EDD indiano é representada pela questão da *justiça dos direitos*. Elaborei recentemente essa idéia com certo grau de preocupação,²⁷ sugerindo ainda que a problemática da justiça dos direitos pode não ser captada pelas concepções do desenvolvimento indiano, ou pela ordem social constitucionalmente imaginada/desejada. No momento de elaborar a Constituição, colocaram-se pelos menos três tipos de questões relacionadas com a justiça dos direitos. Primeiro, se a promoção e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais implicam uma deferência máxima à propriedade plena dos meios de produção como o verdadeiro alicerce da liberdade. Como pode a redistribuição social “justa” alguma vez ocorrer? Segundo, como a deferência total aos direitos comunitários pode ser reconciliada com os direitos individuais das pessoas que desejam pertencer a uma comunidade, mas que também protestam contra a violação de direitos individuais dentro de uma estrutura coletiva que permite privilégios? Terceiro, até onde devem ir os direitos diferenciados de grupos que privilegiam

programas de ação afirmativa, não apenas por estender esses programas a cotas na educação e no emprego, mas também a reservas legislativas para castas e tribos intocáveis, como maneira de corrigir os erros milenares do passado?

Essas três questões definem também as concepções constitucionais de “desenvolvimento”. Se levássemos totalmente a sério o Preâmbulo e os Princípios Diretivos da Política de Estado, desenvolvimento significaria o fluxo *desproporcional* dos recursos do Estado e da sociedade capaz de aumentar os benefícios reais para as massas pobres indianas, que Babasaheb Ambedkar descreveu de forma luminosa e pungente como *atisudras* da Índia, o proletariado econômico e social. Muito antes que as noções de governança e desenvolvimento baseadas no direito ao desenvolvimento chegassem à cena do EDD global, a Constituição indiana já havia codificado essa compreensão. De qualquer modo, o problema da “justiça dos direitos” tem sido recorrente na experiência indiana e ofereço abaixo algumas reflexões.

O EDD tal como desenvolvido pelo judiciário indiano

A Suprema Corte da Índia é um fórum com uma vasta jurisdição geral sem paralelo. Não é uma corte constitucional, embora boa parte de sua atividade se relacione com questões que dizem respeito ao cumprimento dos direitos fundamentais. O direito estabelecido pela Corte é declarado vinculativo e deve ser seguido por todos os tribunais do país e por implicação necessária, por todos os cidadãos e atores estatais. Além disso, não somente todas as autoridades estatais estão obrigadas a ajudar na aplicação das decisões judiciais da Suprema Corte, como ela tem o poder de fazer “justiça completa”, um reservatório incrível de poder judiciário pleno que tem sido utilizado amplamente nas duas últimas décadas. A revogação pelo Legislativo de decisões da Suprema Corte ocorre, mas é incomum; porém, um dispositivo extraordinário chamado *9º Apêndice* tem sido invocado desde a adoção da Constituição para imunizar do vírus da revisão judicial as disposições nela colocadas, mesmo quando *ex facie* as leis nela inscritas violem os direitos fundamentais. Em decisão recente, a Suprema Corte assumiu poderes de controle constitucional sobre a validade de leis assim imunizadas.

Nos primeiros anos, a Corte assumiu a posição de que, embora os Princípios Diretivos estabeleçam um dever “superior” de observância na elaboração das leis e das políticas, sua não submissão explícita aos tribunais significava que as provisões sobre direitos estavam acima desses Princípios. Isso gerou um intenso conflito entre o Parlamento e a Corte, resultando numa avalanche de emendas constitucionais. No processo, gerou-se muita discussão,

principalmente sobre um judiciário “conservador” que parecia frustrar um Parlamento “progressista” comprometido com a reforma agrária e a redistribuição, levando a nomeações tendenciosas para a Corte, ao estilo indiano.²⁸

Ao longo do tempo, desenvolveram-se dois tipos de respostas judiciais. Primeiro, a Suprema Corte começou a usar os Princípios Diretivos como uma técnica de interpretação constitucional, favorecendo um estilo interpretativo que *promovia*, em vez de *frustrar*, esses Princípios. Essa justiciabilidade “indireta” tem contribuído muito para a frutificação da versão substantiva / “abrangente” do EDD indiano. Segundo, em sua encarnação mais ativa desde os anos 80, a Corte começou a *traduzir* alguns Princípios Diretivos em direitos. O exemplo mais crucial disso talvez seja a insistência judicial de que o Princípio, que prescreve a educação livre e compulsória para os jovens entre 6-14 anos, representa um direito fundamental.²⁹ A Corte criou uma emenda constitucional consagrando esse direito como um aspecto integral dos direitos à vida e à liberdade do Artigo 21.

Ao mesmo tempo, com a adoção da Constituição, os juízes da Suprema Corte indiana buscaram erguer cercas e limites ao poder da legislação delegada (processo pelo qual o poder executivo efetivamente legisla). Eles aceitaram esse poder, mas com uma advertência significativa: o poder do governo de fazer leis não deveria usurpar a função legislativa da enunciação de políticas públicas, acompanhada das sanções prescritivas. Assim passou a haver uma “explosão de leis administrativas”, em que os juízes não invalidaram especificamente a legislação delegada, mas sim policiaram vigorosamente seu desempenho. O executivo pode fazer leis que obriguem; mas as cortes assumiram o papel de interrogar e até invalidar exercícios específicos de elaboração de leis. Desenvolveu-se uma espantosa variedade de técnicas judiciais para a revisão dos atos administrativos.

Os juízes afirmaram o poder de revisão judicial sobre a constitucionalidade dos desempenhos legislativos. Leis que transgrediam os direitos fundamentais ou o princípio federativo e seus pormenores ativavam a “essência” do poder de revisão judicial. Sempre que possível, a Suprema Corte buscava evitar a invalidação de leis; ela adotou o repertório padrão de “examinar” o escopo e as intenções previstas por lei de modo a evitar conflito e com recurso à doutrina judicial peculiar da “construção harmoniosa”. Mas quando necessário, leis promulgadas foram declaradas constitucionalmente nulas e inválidas. Mesmo quando ressuscitadas pela reafirmação legislativa, foram submetidas novamente ao crivo judicial. Os exemplos de invalidação judicial de leis superam em muito, em número e amplitude, a experiência da revisão judicial no Norte.

Além disso, os juízes da Suprema Corte indiana assumiram o poder impressionante de submeter as emendas constitucionais ao rigoroso escrutínio

judicial. Eles efetuaram essa inovação audaciosa por meio da doutrina da Estrutura Básica da Constituição, elaborada judicialmente, que definiu no discurso jurídico e judicial as “características essenciais” da Constituição. Eles proclamaram que “Estado de Direito”, “Igualdade”, “Direitos Fundamentais”, “Secularismo”, “Federalismo”, “Democracia” e “Revisão Judicial” eram as características essenciais da Estrutura Básica, que o poder de emendar jamais pode transgredir legalmente.

Inicialmente articulada como uma doutrina judicial que estabelecia os limites do poder de emendar, o regime de limitação da Estrutura Básica espalhou-se para outras formas de exercício dos poderes constitucionais e até legislativos. Os inexprimíveis meios judiciais também marcam uma nova e ousada concepção: o “poder constituinte” (o poder de refazer e desfazer a Constituição) é compartilhado conjuntamente com a Suprema Corte, ao ponto de ela declarar que certas emendas são constitucionalmente *inválidas*.

Essa produção judicial e jurídica (por que os juízes empreenderam a tarefa de proteger a constituição de si mesma!) penetrou depois na jurisprudência do Paquistão, de Bangladesh e do Nepal. O discurso do EDD comparativo passa até agora totalmente por essa difusão.

Para concluir esta narrativa, as cortes de apelação, sob a liderança da Suprema Corte, inventaram uma forma extraordinária de jurisdição sob a rubrica de litígio de ação social (LAS), ainda chamado erroneamente de “litígio de interesse público”. Dito em termos sumários, o LAS foi acompanhado dos seguintes resultados assombrosos:

- uma democratização radical da doutrina do *locus standi*; qualquer cidadão pode agora recorrer aos tribunais para acusar a violação dos direitos humanos por outros cidadãos;
- a “des-advocacia” do litígio constitucional, no sentido de que são admitidos os peticionários em pessoa, com todo o seu estilo forense caótico de argumentação;
- o estabelecimento de novos estilos de investigação dos fatos via comissões de inquérito sócio-legais para auxiliar na resolução judicial;
- a geração de uma nova cultura judicial; a jurisdição do LAS não é concebida como uma questão entre adversários, mas como um empreendimento colaborativo entre cidadãos, tribunais e um Executivo desobediente;
- a invenção de uma jurisdição contínua através da qual os tribunais continuam a promover uma restauração mínima dos direitos humanos nas práticas de governo;
- a moldagem de novas formas de enunciação judicial dos direitos humanos, uma questão complexa em que especialmente a Suprema

Corte traz de volta à vida direitos deliberadamente excluídos pelos elaboradores da constituição (como o direito a um pronto julgamento), cria alguns direitos suplementares aos enunciados no texto constitucional (como o direito ao sustento, à privacidade, à educação e alfabetização, saúde e meio ambiente), reescrevendo a constituição por meio da invenção de novos direitos (como o direito à informação, a imunidade das práticas de governança corrupta, direitos ao secularismo constitucional, o direito à indenização, reabilitação e reassentamento para populações invadidas).

Essa nova disposição judicial, ou *Dispositivo*, teve sua cota de elogios, bem como de críticas. O elogio registra o aparecimento da própria Suprema Corte como parte integrante do novo movimento social que aspira a redemocratizar o Estado e o governo indianos. A crítica assume duas formas principais. Primeiro, os agentes e gestores da governança gritam “usurpação judicial”. Essa reclamação não procede porque, na realidade, o LAS assume muitos trabalhos e funções que cada vez mais os atores políticos do regime de coalizão simplesmente não conseguem administrar; em outras palavras, a Suprema Corte assume as tarefas de governança nacional, de outro modo, apropriadamente atribuídas à governança democrática. Segundo, os litigantes do LAS freqüentemente desapontados ficam furiosos quando ele não cumpre suas promessas. O excesso de expectativa é tremendo, não respeitando os limites de capacidade, oportunidade e potencial do poder judiciário como um braço do governo nacional. Assim, a Suprema Corte vacila e falha em enfrentar, para não citar nas hipóteses em que ela repara, as políticas controversas relativas ao modo como o Judiciário pode:

- declarar que enormes projetos de irrigação são totalmente agressivos aos direitos humanos;
- impedir a legitimação constitucional das atuais políticas de privatização e desregulamentação alegando serem antidesenvolvimentistas e violadoras dos direitos humanos;
- traduzir, com total honestidade constitucional, o lema atual: “Os direitos das mulheres são direitos humanos”, com a deferência devida aos pluralismos religiosos e sociais;
- promover, através da voz judicial, “a cultura composta” da Índia (Artigo 51-A) na moldagem das concepções do EDD de direitos, justiça, desenvolvimento e governança;
- fomentar e promover a participação na governança como o marco da concepção constitucional do EDD indiano. Como eles podem enfrentar “melhor” o argumento contra a concretização da igualdade de

oportunidade e de acesso para as pessoas milenarmente desfavorecidas, concretização essa implementada através de cotas na educação e no emprego em instituições educacionais administradas/subsidiadas pelo Estado e em postos de trabalho estaduais e federais.³⁰

Algumas observações conclusivas

Está além dos limites deste ensaio oferecer um sentido até mesmo pobre da violência e da violação incrustadas na história do Estado de Direito na Índia. Não somente os pobres foram forçados a agir desonestamente para mal sobreviver, como as dimensões “jurispatas” (para lembrar uma expressão de Robert Cover)³¹ do EDD indiano existente criaram continuamente novas formas de privá-los de direitos. Essas histórias de exclusão social violenta podem ser contadas de várias maneiras. Recentemente narrei a institucionalização da “cultura do estupro” no contexto da violência e violação de 2002 no Gujarat.³²

Mas é para a literatura mais do que para o direito que devemos nos voltar para perceber todo o horror da traição do Estado de Direito indiano. *Bashai Tudu*, de Mahasweta Devi, fala-nos sobre as ambigüidades constitutivas das práticas do governo e da resistência militarizada do “estado de direito” na Índia contemporânea. *A Fine Balance*, de Rohinton Mistry, instrui sobre a miséria constitucional dos intocáveis presos na rede cada vez maior da governança “constitucional”. Esses dois clássicos literários paradigmáticos nos convidam a seguir um modo de estudo peculiarmente indiano que interliga direito e literatura, fora do qual é quase impossível captar as atrocidades vividas na prática do EDD indiano.

Eles também fazem a afirmação vital (com a notável série de *Estudos Subalternos* indianos) de que as patologias da governança são de fato modos de normalização de governança usados como meio de controlar (para evocar uma expressão favorita de Hannah Arendt) pessoas “sem direitos”. Os atributos “jurispatas” do Estado de Direito indiano em funcionamento podem ser mais bem descritos em termos de reprodução social dessa falta de direitos. O ativismo judicial indiano começa a fazer e marcar uma modesta reversão.

A história indiana pelo menos estabelece a importância para teoria e prática do Estado de Direito contemporâneo. O momento é propício para a construção de narrativas multiculturais (apesar das reservas justificadas que esse termo evoca) do Estado de Direito precisamente porque tem sido apregoado que a “história” acabou agora e que não restam no horizonte “alternativas” significativas ao capitalismo global.

A busca autêntica pelo renascimento do Estado de Direito apenas

começou seu percurso histórico mundial. As comunidades epistemológicas do EDD têm escolhas a fazer. Nossos discursos sobre o EDD podem abortar ou ajudar o nascimento de novas concepções, agora lutando para encontrar uma voz nos muitos espaços das lutas populares contra o capitalismo global e que anunciem alternativas a ele.

Creio que precisamos, no fim das contas, colocar-nos de novo sob a tutela de Michael Oakeshott.³³ Ele lembra que longe de ser um “produto acabado” da história da humanidade, o discurso do Estado de Direito “é uma composição individual, uma unidade de particularidade e generalidade, em que cada componente é o que é em virtude do que contribui para o delineamento do todo”. Essa virtude do “todo” não pode mais legitimar a narrativa euro-americana. Ao contrário, permanece em aberto a tarefa de re-privilegiar outras maneiras de contar as histórias do EDD como uma forma de empreendimento participativo de miríades de vozes “subalternas”.

NOTAS

1. G. Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1995. Ver também G. Aderni, “Legal Intimations: Michael Oakeshott and the Rule of Law”, *Wisconsin Law Review*, 1993, p. 838; U. Baxi, “The Gujarat Catastrophe: Notes on Reading Politics as Democidal Rape Culture”, in Kalpana Kababiran (ed.), *The Violence of Normal Times: Essays on Women’s Lived Realities*, Nova Delhi, Women Unlimited em associação com Kali for Women, 2005, pp. 332-384; U. Baxi “Postcolonial Legality”, in Henry Schwartz e Sangeeta Roy (eds.), *A Companion to Postcolonial Studies*, Oxford, Blackwell, 2001, pp. 540-555; B. Fine, *Democracy and the Rule of Law: Liberal Ideals and Marxist Critiques*, Londres, Pluto Press, 1984; M. Galanter, *Competing Equalities*, Delhi, Oxford, 1984; M. Hidayatullah, *The Fifth and Sixth Schedules of the Constitution of India*, Gauhati, Ashok Publishing House, 1979; C. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, The MIT Press, trad. George Schwab, 1985; A. Sen, *Development as Freedom*, Oxford, Oxford University Press, 1999; e J. Stone, *The Social Dimensions of Law and Justice*, Sydney, Maitland, 1966, pp. 797-99.

2. Ver, para essa distinção elaborada de várias formas, L. Fuller, *Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964; N. McCormick, “Natural Law and the Separation of Law and Morals”, in Robert P. George (ed.), *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 105-133; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1980; e G. Q. Walker, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988.

3. Um valioso começo comparativo é feito por um grupo de estudiosos: ver R. Peernbohm, *Asian*

Discourses on the Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and U.S., Londres, London and Routledge, 2004.

4. Ver R. Young, *Postcolonialism: An Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001; e U. Baxi, "The Colonialist Heritage", in Pierre Legrand e Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, pp. 6-58. Ver também os materiais citados nessas obras.

5. E. P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origins of Black Act*, London, Allen Lane, 1975.

6. U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Delhi, Oxford University Press, 2ª ed., 2006.

7. Apresentada de forma diferente, por exemplo em Braithwaite e Dathos (2000), Chibundo (1999) e B. S. Chimni, "Cooption and Resistance: Two Faces of Global Administrative Law", *New York Journal of International Law and Politics*, vol.37, nº. 4/Verão 5, 2005, pp.799-827.

8. Ver Gill (2000) and Schneiderman (2000).

9. Ver U. Baxi, "The War on Terror and the 'War of Terror', Nomadic Multitudes, Aggressive Incumbents & the 'New International Law'", *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, nº 1 & 2, 2005, pp.1-36. Ver também M. L. Satterthwaite, "Rendered Meaningless: Extraordinary Rendition and the Rule of Law", *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, Paper 43, 2006; Idem, "Torture by Proxy: International and Domestic Law Applicable to 'Extraordinary Rendition'", Nova York, ABCBY e NYU School of Law, 2004.

10. U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Delhi, Oxford University Press, 2ª ed., 2006.

11. Mas ver R. Peernbohm, "Let One Hundred Flowers Bloom, One Hundred School Contend: Debating Rule of Law in China", *Michigan Journal of International Law*, v. 23, 2002, p. 471.

12. L. Althusser, *Montesquieu, Rousseau, Marx: Politics and History*, Londres, Verso, trad. Ben Brewster, 1982.

13. Com efeito, a separação dos poderes dá ao executivo a discrição soberana nas esferas do planejamento macro e micro do desenvolvimento, produção de armas (inclusive de armas de destruição em massa), decisões de travar muitos tipos de guerra (encoberta ou aberta), ou de administração da violência insurgente. Não surpreende, embora infelizmente, que nosso discurso do EDD acabe mais ou menos onde começa o Estado militarizado (o Estado "secreto", para evocar E. P. Thompson, *Writing by the Candlelight*, Londres, The Merlin Press, 1989).

14. J. Raz, "The Rule of Law and its Virtue", *Law Quarterly Review*, v. 93, 1977, p. 208.

15. J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, Harvard University Press, 1999; Idem, *Political Liberalism*, Nova York, Columbia University Press, 1993. Ver também J. Habermas, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, The MIT Press, trad. William Rehg, 1996.

16. Ver J. Morgan Kousser, *Colorblind Injustice: Minority Voting Rights and the Undoing of the Second Reconstruction*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1999.

17. Chamo a atenção para fenômenos tão diversos quanto Maio de 1968, os protestos universitários nos Estados Unidos contra a Guerra do Vietnã, manifestações de massa contra a Rodada do Uruguai e a OMC, a Praça da Paz Celestial, as lutas contra os regimes de apartheid nos Estados Unidos e na África do Sul, contra perversões da legalidade socialista na Europa Central e Oriental e, mais recentemente, os protestos contra a invasão do Iraque e as várias revoluções de “veludo” e “laranja”. Para noções adequadamente amorfas de “multidões”, ver A. Negri, *Insurgencies: Constituent Power and the Modern State*, Minnesota, University of Minnesota Press, trad. um tanto dessemelhante, verais recentemente, os protestos contra a invasão dos Estados Unidos, ou o direito em servido por sistemas de vigilância, Boscagli, 1999; A. Negri & M. Hardt, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; e num gênero um tanto dessemelhante, ver P. Virno, *A Grammar of Multitude For An Analysis of Contemporary Forms of Life*, Los Angeles e Nova York, SEMIOTEXT(E), trad. Isabella Bertolotti, James Cascaito, Andréa Casson, 2004.

18. G. Austin, *The Indian Constitution: The Cornerstone of Nation*, Delhi, Oxford University Press, 1964; Idem, *Working a Democratic Constitution — The Indian Experience*, Delhi, Oxford University Press, 1999, pp. 540-555. U. Baxi, “The Colonialist Heritage”, in Pierre Legrand e Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, 2003, pp. 6-58.

19. Jawaharlal Nehru captou essa relação ao insistir que o “império da lei” (estado de direito) não deveria ser divorciado do “império da vida”.

20. O constitucionalismo indiano tem uma influência normativa no constitucionalismo pós-colonial, ilustrada de forma mais notável e recente pela Constituição pós-apartheid da África do Sul. Porém, os hábitos euro-americanos são tão arraigados que o discurso dominante, até mesmo comparativo, representa a forma indiana e outras formas de constitucionalismo do Sul como meramente *miméticas*.

21. A Suprema Corte indiana construiu assim um magnífico edifício de jurisprudência sobre detenção preventiva sujeitando os atos de detenção a um escrutínio rigoroso, ao mesmo tempo em que sustenta a constitucionalidade legislativa de tais medidas. Mas ver U. K. Singh, *The State, Democracy, and Anti-terror Laws In India*, New Delhi, Sage, 2007.

22. Ver, para perspectivas mais recentes, R. Samaddar, *The Politics of Autonomy*, Nova Delhi, Sage, 2005.

23. Tais como, por exemplo, o Conselho Interestadual de Desenvolvimento, a Comissão de Planejamento, a Comissão de Direitos Humanos, as Comissões de Minorias e Mulheres, a Comissão de Castas e Tribos Intocáveis, a Comissão Central de Vigilância e a Comissão do Direito Indiano.

24. Por exemplo, o poder extraordinário de impor o Domínio do Presidente, suspendendo ou dissolvendo legislativos/governos estaduais, outrora exercido com liberalidade, foi agora atenuado até quase desaparecer por várias decisões da Suprema Corte. O poder de declarar e administrar os estados sob emergência constitucional, em situações de rebelião armada e de agressão externa que resultem em ampla suspensão dos direitos humanos, segundo a Parte 111 da Constituição, tem sido posto constantemente sob escrutínio judicial, e emendas constitucionais voltadas para os direitos humanos.

25. A referência aqui é a uma variedade de Diretivas que reforçam as estruturas de governança – estruturas tais como a Comissão para as Castas e Tribos Intocáveis, a Comissão de Planejamento, a Comissão de Finanças, a Comissão Eleitoral e algumas instituições recentes de direitos humanos, como a Comissão Nacional de Direitos Humanos e a Comissão Nacional para as Mulheres, algumas duplicadas nos governos estaduais. Embora se diga explicitamente que não podem ser submetidas aos tribunais, as Diretivas lançam um dever “supremo” de observância na elaboração de leis e políticas. Graças a isso, os tribunais indianos usaram as Diretivas como uma tecnologia de interpretação constitucional: eles favoreceram interpretações que *promovem*, em vez de *frustrar* as Diretivas. Essa capacidade “indireta” de ser submetido a tribunais contribuiu muito para a frutificação da versão “grossa”/ substantiva do EDD indiano.

26. Não sobrecarrego este artigo com referências e fontes que testemunham essa realização. Os leitores interessados podem consultar tratados sobre o direito constitucional e administrativo indiano, em especial os escritos por Durga Das Basu, H. M. Seervai, M.P. Jain, S.N. Jain, S.P. Sathe, I.P. Massey, Rajiv Dhavan, entre outros.

27. U. Baxi, “Justice of Human Rights in Indian Constitutionalism: Preliminary Notes”, in Thomas Pantham e V. R. Mehta (eds.), *Modern Indian Political Thought*, Delhi, Sage Publications, 2006, pp. 263-284.

28. Ver S. P. Sathe, *Judicial Activism in India*, Delhi, Oxford University Press, 2002; U. Baxi, *The Indian Supreme Court and Politics* Lucknow, Delhi, Eastern Book Company, 1980; e Idem, *Courage, Craft, and Contention: The Indian Supreme Court in mid-Eighties* Bombaim, N. M. Tripathi, 1985.

29. C. Raj Kumar, “International Human Right Perspective on the Right to Education: Integration of Human Rights and Human Development in the Indian Constitution”, 12 *Tulane International and Comparative Law* 237, 2004.

30. As várias emendas constitucionais que estabelecem reserva de lugares para mulheres nos legislativos estaduais e federais ainda não se materializaram. Suas histórias legislativas contemporâneas cheias de altos e baixos permanecem enredadas, em aspectos socialmente significativos, na questão das “reservas dentro das reservas”. A questão é se esse projeto deveria ser estratificado de forma a permitir/capacitar as mulheres dupla/multiplamente oprimidas pelo Estado e pela sociedade civil, por meio de provisões para uma cota de representação para as mulheres que pertencem às “subclasses”.

31. “Jurispathic” (original) significa: uma atuação judicial que destrua uma norma produzida pela comunidade.

32. U. Baxi, “The War on Terror and the ‘War of Terror’, Nomadic Multitudes, Aggressive Incumbents & the ‘New International Law’”, *Osgoode Hall Law Journal*, v. 43, nºs 1 & 2, 2005, pp. 1-36.

33. M. Oakeshott, *On Human Conduct*, Oxford, Oxford University Press, 1975, pp. 1-31.



OSCAR VILHENA VIEIRA

Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade de São Paulo (Brasil) e Mestre em Direito pela Universidade de Columbia (Nova Iorque, EUA). Vieira é Professor de Direito Constitucional da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e Coordenador do Programa de Pós-graduação em

Desenvolvimento e Direitos Humanos nessa mesma instituição (Brasil). Ele também ocupa o cargo de Diretor Jurídico na Conectas Direitos Humanos, organização não governamental de direitos humanos com sede no Brasil.

Endereço: Rua Pamplona, 1197, casa 4

São Paulo – SP 01405-030 Brasil

E-mail: oscar.vilhena@conectas.org

RESUMO

De que maneira a profunda e persistente desigualdade socioeconômica afeta a integridade do Estado de Direito? O principal objetivo deste artigo é procurar entender os efeitos, no sistema jurídico, da polarização entre pobreza e riqueza, especialmente com relação a uma das idéias centrais do Estado de Direito: a noção de que as pessoas devem ser tratadas de maneira imparcial pela lei e por aqueles encarregados de sua implementação. O argumento principal proposto aqui é que a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a *invisibilidade* dos extremamente pobres, a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em suma, a desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto em seu interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito.

Esse artigo também será publicado em Thomas Pogge (ed.). *A Human Right to be Free from Poverty: Its Role in Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

Original em inglês. Traduzido por Thiago de Souza Amparo.

PALAVRAS-CHAVES

Estado de Direito – Regimes democráticos – Sistema Legal – Desigualdade social e econômica – Experiência brasileira.

A DESIGUALDADE E A SUBVERSÃO DO ESTADO DE DIREITO*

Oscar Vilhena Vieira

Introdução

De que maneira a profunda e persistente desigualdade socioeconômica afeta a integridade do Estado de Direito? O principal objetivo desse artigo é procurar entender os efeitos, no sistema jurídico, da polarização entre pobreza e riqueza, especialmente com relação a uma das idéias centrais do Estado de Direito: a noção de que as pessoas devem ser tratadas de maneira imparcial pela lei e por aqueles encarregados de sua implementação. O argumento principal proposto aqui é que a exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei, causando a *invisibilidade* dos extremamente pobres, a *demonização* daqueles que desafiam o sistema e a *imunidade* dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em suma, a desigualdade socioeconômica extrema e persistente corrói a reciprocidade, tanto em seu sentido moral quanto como interesse mútuo, o que enfraquece a integridade do Estado de Direito.

*Gostaria de agradecer a Denise Dora e a Leslie Bethel por todo o apoio recebido da Fundação Ford, e ao *Centre for Brazilian Studies* da Universidade de Oxford, onde me ofereceram um ambiente estimulante para escrever o presente ensaio em 2007, graças à bolsa de Direitos Humanos de Sergio Vieira de Mello. Também gostaria de agradecer a Thomas Pogge por ter autorizado a publicação deste ensaio, escrito previamente para um volume que a UNESCO lhe havia encomendado, e que a Oxford University Press publicará em 2008. Finalmente, desejo agradecer a Michael Ravvin por sua leitura profundamente precisa do presente ensaio e por todas as suas sugestões.

Esse artigo está dividido em quatro partes seguidas de algumas conclusões. Na primeira parte, revisarei as concepções substantiva e formalista do Estado de Direito e procurarei entender a razão pela qual esse ideal tem sido quase unanimemente defendido em nosso tempo. O desafio na segunda parte é explicar por que os Estados e as pessoas agiriam em conformidade com os parâmetros do Estado de Direito discutidos na primeira parte. A terceira levará em consideração o impacto da desigualdade extrema e persistente sobre o Estado de Direito. Nesta parte, irei apoiar-me na familiaridade que possuo com a experiência brasileira – e essa não é uma escolha completamente arbitrária. Embora o Brasil ostente um sistema jurídico razoavelmente moderno e um judiciário independente, em conformidade com muita das chamadas virtudes do Estado de Direito, o país possui um histórico maculado no que diz respeito à sua adequação ao Estado de Direito, especialmente na maneira pela qual a lei é implementada. Uma explicação para isso é a desigualdade. Eu espero que a referência ao Brasil não prejudique minha intenção de formular algumas conclusões gerais acerca da relação entre Estado de Direito e desigualdade. A última parte não será pessimista, no entanto. Focarei em como um Estado de Direito, mesmo incompleto, pode ser utilizado e desafiado a fortalecer os *invisíveis*, humanizar os *demonizados* e trazer os *imunes* de volta ao domínio do Direito.

O conceito de Estado de Direito

A idéia de Estado de Direito tem sido quase unanimemente defendida em nossos dias. Ela tem servido como um ideal extremamente poderoso para aqueles que têm lutado contra o autoritarismo e o totalitarismo nas duas últimas décadas e é considerada por muitos como um dos principais pilares de um regime democrático.¹ Para os defensores de direitos humanos, o Estado de Direito é visto como uma ferramenta indispensável para evitar a discriminação e o uso arbitrário da força.² Ao mesmo tempo, a idéia de Estado de Direito, ao ser renovada pelos libertários como Hayek em meados do século XX, recebeu apoio fervoroso das agências financeiras internacionais e instituições de auxílio ao desenvolvimento jurídico, como um pré-requisito essencial para o estabelecimento de economias de mercado eficientes.³ Do outro lado do espectro político, até mesmo os marxistas, que viam antigamente o Estado de Direito como um mero instrumento superestrutural, voltado à manutenção do poder das elites, começaram a vê-lo como um bem humano incondicional.⁴ Seria difícil encontrar qualquer outro ideal político louvado por públicos tão diversos. Porém, a questão é: estamos todos defendendo a mesma idéia? Obviamente, estão sendo empregados tanto conceitos diferentes de Estado de Direito, quanto virtudes ou características distintas oriundas de uma concepção mais abstrata do tema.

O conceito clássico de Estado de Direito foi submetido a uma severa reavaliação nas duas primeiras décadas do último século. Pensadores, como Max Weber em *Economia y Sociedad*⁵, alertaram-nos acerca do processo de desformalização do Direito como consequência das transformações na esfera pública. Os anos que se seguiram após os trabalhos de Weber foram marcados por uma tensa luta política e intelectual sobre a capacidade do *Rechtsstaat* de se adequar aos novos desafios apresentados pela Constituição social-democrata de Weimar. Essa luta pode ser vista no debate entre conservadores como Carl Schmitt e social-democratas representados por Franz Neumann⁶. Hayek responde a essas perspectivas céticas sobre o Estado de Direito em seu influente *O Caminho da Servidão*, de 1944.⁷

Para Hayek, a intervenção estatal na economia e o crescente poder discricionário dos burocratas de estabelecer e buscar objetivos sociais ameaçam a eficiência econômica; como consequência das transformações nas funções do Estado, houve um processo de declínio da condição do Direito como instrumento substantivo na proteção da liberdade. A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva foi acompanhada pelo argumento, proposto por novos teóricos jurídicos, de que o conceito tradicional de Estado de Direito se tornou incompatível com a nova realidade. Diferentes teorias jurídicas como o positivismo, o realismo jurídico ou a jurisprudência de interesses construíram uma versão formal do Direito, liberando o Estado das inerentes limitações impostas por uma concepção substantiva.

Para superar tal situação de “opressão”, na qual o Estado pode exercer coerção sobre seus cidadãos – através de atos normativos – sem a necessidade de justificar suas ações em uma lei abstrata e geral, seria necessário retornar às origens do Estado de Direito. Para isso, Hayek revisitou a história e formulou uma lista de elementos normativos essenciais do Estado de Direito, visto como instrumento *par excellence* para assegurar a liberdade. De acordo com essa versão, ele não pode ser comparado ao princípio da legalidade desenvolvido pelo direito administrativo, porque o Estado de Direito representa uma concepção material referente ao que o Direito deveria ser. Essa concepção material o configura como uma doutrina meta legal e um ideal político, que serve à causa da liberdade, e não como uma mera concepção de que a ação governamental deva estar de acordo com as normas. O Estado de Direito deveria ser formado, para Hayek, pelos seguintes elementos: (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva, para que o legislador não pudesse arbitrariamente escolher uma pessoa para ser alvo de sua coerção ou privilégio; (b) a lei deveria ser conhecida e certa, para que os cidadãos pudessem fazer planos – Hayek defende que esse é um dos principais fatores que contribuíram para a prosperidade no Ocidente; (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos,

a fim de que os incentivos para editar leis injustas diminuíssem; (d) deveria haver uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las, sejam juízes ou administradores, para que as normas não fossem feitas com casos particulares em mente; (e) deveria haver a possibilidade de revisão judicial das decisões discricionárias da administração para corrigir eventual má aplicação do Direito; (f) a legislação e a política deveriam ser também separadas e a coerção estatal legitimada apenas pela legislação, para prevenir que ela fosse destinada a satisfazer propósitos individuais; e (g) deveria haver uma carta de direitos não taxativa para proteger a esfera privada.⁸

Dessa maneira, a concepção de Estado de Direito defendida por Hayek engloba uma visão substantiva do Direito, uma noção estrita da separação de poderes e a existência de direitos liberais que protejam a esfera privada, moldada assim para servir como um instrumento de proteção da propriedade privada e da economia de mercado. O maior problema com essa concepção é que, através dela, o Estado de Direito se torna refém de um ideal político particular.

Em reação a esse e a outros tipos de formulações substantivas do Estado de Direito, como aquela mais direcionada ao aspecto social que resultou do Congresso de Delhi, organizado pela Comissão Internacional de Juristas em 1959, Joseph Raz propõe uma concepção mais formalista, que evitaria a confusão entre diversos objetivos sociais e ideológicos e as virtudes intrínsecas do Estado de Direito. Para ele, “se o Estado de Direito for um Estado governado por boas leis, então explicar a sua natureza é difundir uma filosofia social completa. Porém, dessa maneira, o termo perde qualquer utilidade”.⁹

Para Raz o Estado de Direito em seu sentido amplo “significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas. Porém, em uma teoria política e jurídica, ele deve ser lido de uma maneira mais estrita, no sentido de que o governo deve ser regulado pelas leis e sujeito a elas”.¹⁰ A construção de Raz requer que as leis devam ser entendidas como regras gerais, para que possam efetivamente direcionar ações. Nesse sentido, o Direito não é apenas um fato decorrente do poder, precisa, ao contrário, possuir uma forma particular. Raz, no entanto, não compartilha da idéia defendida por Hayek, segundo a qual apenas normas abstratas e gerais podem constituir um sistema de Estado de Direito. Para Raz, seria impossível governar apenas com normas gerais; qualquer sistema concreto deve ser composto por normas gerais e outras específicas, que em contrapartida devem ser consistentes com as primeiras. Para concretizar o objetivo de um sistema jurídico que possa guiar a ação individual, Raz cria sua própria lista com os princípios do Estado de Direito, de acordo com os quais as leis devem ser prospectivas, acessíveis, claras e relativamente estáveis; a edição de normas específicas deve ser guiada por outras que sejam, por sua vez, acessíveis, claras e gerais.

Porém, essas regras somente farão sentido se houver instituições

responsáveis pela sua aplicação consistente, a fim de que o Direito possa se tornar um parâmetro efetivo para guiar a ação individual. A formulação de Raz requer, desse modo, a existência de um judiciário independente, porque, se as normas fundamentam racionalmente as ações e o judiciário é responsável por aplicá-las, seria inútil guiar nossas ações pelas leis se as cortes pudessem levar em consideração outras razões que não as leis ao decidir casos concretos. Pela mesma razão, os princípios do devido processo, como o direito das partes a serem ouvidas e a imparcialidade, devem ser contemplados. O Estado de Direito também requer que as cortes devam ter competência para rever atos de outras esferas do governo, a fim de assegurar a conformidade desses com o Estado de Direito. As cortes devem ser facilmente acessíveis para que não se frustre o Estado de Direito. Por último, os poderes discricionários das instâncias responsáveis pela prevenção criminal devem ser reduzidos no intuito de não se deturpar as leis. Nem o promotor nem a polícia devem ter a discricionariedade para alocar seus recursos destinados ao combate ao crime com base em outros fundamentos que não aqueles estabelecidos legalmente.¹¹

Dentro dessa perspectiva, o Estado de Direito é um conceito formal de acordo com o qual os sistemas jurídicos podem ser mensurados, não a partir de um ponto de vista substantivo, como a justiça ou a liberdade, mas por sua funcionalidade. A principal função do sistema jurídico é servir de guia seguro para a ação humana. Essa é a primeira razão pela qual as concepções formalistas do Estado de Direito, semelhantes à formulada por Raz, recebem amplo apoio de diferentes perspectivas políticas. É extremamente importante para os governos em geral contarem com um eficiente instrumento para guiar o comportamento humano. Contudo, servir de ferramenta para distintas perspectivas políticas não significa que mesmo a concepção formalista de Estado de Direito seja compatível com todos os tipos de regimes políticos. Por favorecer a previsibilidade, a transparência, a generalidade, a imparcialidade e por dar integridade à implementação do Direito, a idéia do Estado de Direito se torna a antítese do poder arbitrário.¹² Dessa maneira, as perspectivas políticas distintas que apóiam o Estado de Direito têm em comum uma aversão ao uso arbitrário do poder; essa é uma outra explicação sobre por que o Estado de Direito é defendido por democratas, liberais igualitários, neoliberais e ativistas de direitos humanos. Apesar de suas diferenças, eles são todos a favor de conter a arbitrariedade. Em uma sociedade aberta e pluralista, que ofereça espaço para ideais concorrentes acerca do bem público, a noção de Estado de Direito se torna uma proteção comum contra o poder arbitrário.

Existe, no entanto, uma explicação menos nobre para o apoio amplo ao Estado de Direito que deve ser mencionada. Tendo em vista que o Estado de Direito é um conceito multifacetado, se usarmos cada um de seus elementos constitutivos separadamente, eles serão extremamente valiosos na promoção

de valores ou interesses diferentes e muitas vezes concorrentes, como eficiência de mercado, igualdade, dignidade humana e liberdade. Para aqueles que defendem reformas de mercado, a idéia de um sistema jurídico que proporcione previsibilidade e estabilidade é de extrema importância. Para os democratas, a generalidade, a imparcialidade e a transparência são essenciais e, para os defensores de direitos humanos, a igualdade de tratamento e a integridade das instâncias de aplicação da lei são indispensáveis.

Portanto, a leitura parcial desse conceito multifacetado, feita por concepções políticas distintas, também ajuda a entender a atração de público tão amplo pelo Estado de Direito. Assim, quando nós encontramos alguém defendendo o Estado de Direito, precisamos ser cautelosos e verificar se ele não está apenas exaltando uma das virtudes do Estado de Direito. Apenas a virtude que justamente sustenta os objetivos sociais que ele quer promover.

Conformidade com o Estado de Direito

Um dos problemas fundamentais com as concepções de Estado de Direito acima mencionadas (tanto a substantiva quanto a formal) é que elas não nos ajudam a entender quais são as condições externas (sociais, econômicas e políticas) que favorecem a adesão de um sistema jurídico aos seus ideais; nem a responder por que tanto os agentes públicos quanto os indivíduos obedeceriam à lei. Essa é a razão pela qual Maravall e Przeworski demonstram profundo desapontamento com a espécie de listas formuladas por juristas, como as discutidas acima: são “implausíveis como descrição” e “incompletas como explicação”.¹³ Dessa maneira, o primeiro desafio que aqui se coloca é buscar compreender quais condições ou mecanismos incentivam a obediência ao Estado de Direito. Por que qualquer governo com controle indisputável sob os meios coercitivos se submeteria ao Estado de Direito? Além disso, por que qualquer um de nós deveria respeitar a lei? Deixe-me começar pela primeira questão.

Por que um governante respeitaria a lei?

De acordo com Holmes, a principal tese de Maquiavel sobre esse assunto é que “os governos devem ser levados a tornar o seu próprio comportamento previsível em busca de cooperação. Os governos tendem a se comportar como se eles fossem ‘limitados’ pela lei, ao invés de usar a imprevisibilidade da lei como uma vara para disciplinar as populações a eles submetidas, [...] porque eles possuem objetivos específicos que requerem um alto grau de cooperação voluntária [...]”.¹⁴ Assim, a lei seria usada com parcimônia pelo governante a fim de obter cooperação por parte de grupos específicos dentro da sociedade, o que ele não teria sem mostrar algum respeito pelos seus interesses. Na medida

em que o governante precisar de mais apoio, mais grupos serão incluídos na proteção proporcionada pela lei e, em troca desse apoio, eles se beneficiarão do tratamento previsível do governante.

Liberalismo e democracia, no entanto, requerem a expansão do Estado de Direito para todos. Foi assim, de fato, que o Estado de Direito se desenvolveu desde a Idade Média, através da expansão de privilégios a diferentes grupos. A Magna Carta é talvez o primeiro símbolo desse processo de expansão de direitos legais que culminou na Carta Internacional de Direitos Humanos no século XX e nas cartas de direitos das democracias constitucionais contemporâneas.

A distribuição de direitos, capaz de fortalecer as pessoas, torna-se, assim, o fator chave para obter cooperação. T.H. Marshal, em seu clássico *Cidadania, Classe Social e Status* (1967)¹⁵ proporciona uma clara descrição da evolução da cidadania nos países ocidentais, através do processo de inclusão do povo na proteção proporcionada pela lei. Tem sido através do embate político que novos grupos conseguem obter *status* jurídico por intermédio dos direitos civis, políticos, sociais e econômicos, recebendo, como contrapartida por sua cooperação, diferentes níveis de inserção no Estado de Direito. Assim, mesmo que nós não possamos confundir o Estado de Direito com os direitos dos cidadãos, é muito difícil historicamente dissociar o processo de expansão da cidadania da ampliação do Estado de Direito. A generalidade e a aplicação imparcial da lei, como virtudes internas do Estado de Direito, estão diretamente associadas à noção de igualdade perante a lei obtida pela expansão da cidadania.¹⁶

Nos regimes democráticos contemporâneos, nos quais a legitimidade/cooperação depende de um alto grau de inclusão, os direitos tendem a ser distribuídos mais generosamente. No entanto, mesmo em um regime democrático, o governo não necessita de cooperação de todos os grupos em termos iguais, o que faz com que não haja incentivo para tratar todos igualmente perante a lei todo o tempo. Mais do que isso, tendo em vista que os grupos possuem recursos sociais, econômicos e políticos desproporcionalmente distribuídos dentro da sociedade, o custo para que eles cooperem também é desproporcional, o que significa dizer que a lei e sua aplicação serão moldadas conforme diferentes camadas de privilégios.

Isso significa que qualquer aproximação com a idéia do Estado de Direito depende não apenas da expansão de direitos no papel, mas também, e talvez de maneira mais crítica, de como esses direitos são consistentemente implementados pelo Estado. Aqui está o paradoxo enfrentado por muitos regimes democráticos com altos níveis de desigualdade social. Embora direitos iguais sejam reconhecidos nos livros, como uma medida simbólica para obter cooperação, os governos não se sentem compelidos a respeitar as obrigações correlatas a esses direitos iguais, nos mesmos termos para todos os membros da sociedade. A partir do momento em que os custos para exigir a implementação dos direitos

através do Estado de Direito são desproporcionalmente maiores para alguns membros da sociedade do que para outros, ele se torna um bem parcial, favorecendo essencialmente aqueles que possuem poder e recursos para conseguir vantagens com isso. Em outras palavras, a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos.¹⁷ Dessa maneira, é possível ter direitos, mas não possuir suficientes recursos para exigir a sua implementação. Nesse sentido, é apropriado pensar no Estado de Direito não em termos de sua existência ou inexistência, mas sim em graus de inclusão. O processo democrático pode expandir o Estado de Direito. Porém, mesmo os regimes democráticos em sociedades com extremos níveis de desigualdade, onde as pessoas e os grupos possuem recursos e poder desproporcionais, o Estado de Direito tende a ser menos capaz de proteger os economicamente desfavorecidos e de fazer os poderosos serem responsabilizados perante a lei.

No entanto, o controle do poder estatal e sua submissão à lei não é apenas uma consequência de como o poder está socialmente distribuído. Nas sociedades modernas, as instituições são criadas para moldar o comportamento, através de inúmeras formas de incentivo. Instituições também podem ser desenhadas para controlar umas às outras. Conforme notado por Madison: quando a ambição é institucionalmente direcionada para restringir a ambição, a possibilidade de ter o governo sob controle aumenta.¹⁸ Os momentos fundacionais se tornam assim muito importantes. Quando poderes sociais concorrentes não são suficientemente fortes para superar uns aos outros, eles tendem a se comprometer com a criação de estruturas políticas dotadas de poderes fragmentados e contrapostos. Os grupos menos favorecidos podem se beneficiar do resultado desses conflitos de elite. Essa é a lógica básica que informa o constitucionalismo moderno.

Contudo, o Estado de Direito tem como objetivo mais do que ter um governo submetido ao controle constitucional e legal. Ele também procura guiar o comportamento individual e a interação social. Dessa forma, também é necessário explorar por que as pessoas se comprometeriam com o Direito. Assim é importante buscar compreender quais são as razões que todos nós levamos em consideração quando obedecemos ao Direito.

Por que as pessoas respeitam a lei?

Razões cognitivas. O primeiro conjunto de razões para que haja o cumprimento individual das leis é certamente cognitivo e diz respeito à capacidade de entendimento dos conceitos jurídicos básicos, como a noção de regras e direitos. Sem essas concepções culturais básicas, nós não podemos pensar na possibilidade de respeitar o Direito. Essa não é uma questão trivial. Em muitas sociedades, a

idéia de que as pessoas sejam possuidoras de direitos iguais e de que o Direito deva ser aplicado imparcialmente é, com frequência, contrária à experiência diária. Privilégios existentes, direitos decorrentes de classe e de hierarquia estão cravados em diferentes sistemas culturais, fazendo com que a experiência da generalidade do Direito não seja observável. Além de entender a função estrutural dos conceitos jurídicos básicos, é importante que as pessoas compreendam as regras fundamentais que governam suas próprias sociedades e suas obrigações e direitos. Nas sociedades com alto grau de concentração de pobreza e de analfabetismo, essa condição quase nunca é satisfeita.¹⁹

Razões instrumentais. O segundo conjunto de razões para a obediência ao Estado de Direito está ligado a nossa habilidade de raciocinar instrumentalmente, calcular riscos e potenciais benefícios nas ações que tentamos realizar. As pessoas respeitam as leis e os direitos dos demais para obter recompensas ou escapar de punições. Se utilizarmos uma visão instrumental estrita, o respeito ao Direito é reforçado se o seu descumprimento acarretar claramente um custo para o nosso bolso, liberdade, imagem, estado psíquico ou integridade, e se respeitá-lo for igualmente benéfico pelas mesmas razões. Para ter um valor instrumental, respeitar o Estado de Direito deve beneficiar alguém. Através dessa razão instrumental, os indivíduos buscam maximizar a sua condição social e econômica. Duas razões instrumentais sustentam a discussão nesse contexto – o medo da coerção estatal e a reciprocidade mutuamente vantajosa.

Na medida em que as pessoas temem e esperam punição ou recompensa estatal, elas tendem a respeitar o Estado de Direito. Essa idéia poderia ser chamada de argumento hobbesiano. A coerção estatal pode ser instrumento efetivo para o Estado de Direito em algumas circunstâncias, sendo também uma condição necessária porque certo grau de comportamento anti-social irá sempre existir, sem que possa de outra maneira ser controlado. Desse modo, a impunidade causada pela ineficiência estatal, corrupção ou seletividade colocam em risco a capacidade de ameaça da coerção como um meio de obter obediência. Deve ser levado em consideração também que o Estado, em muitas circunstâncias, deve ser provocado por indivíduos antes de exercer a coerção. As pessoas devem com frequência preencher reclamações, ingressar com processos judiciais, ou apenas informar à polícia certos fatos ilícitos para que o Estado tome alguma atitude. Dessa maneira, a falta de recursos ou desconfiança das autoridades pode produzir um forte impacto na mobilização do poder estatal, permitindo àqueles que não obedecem à lei agir impunemente.

É difícil para qualquer sociedade, no entanto, arcar com o custo do grau de coerção estatal necessário para assegurar a obediência aos parâmetros legais. Imagine, por exemplo, que a ameaça de uma multa ou prisão fosse a única razão pela qual as pessoas deixariam de ultrapassar o sinal vermelho no semáforo

de trânsito. A experiência dos Estados totalitários mostra que conseguir obediência pela constante vigilância é algo extremamente caro e, mesmo se os custos pudessem ser suportados, seria absolutamente indesejado.

As razões instrumentais para obedecer à lei deveriam, assim, ser estendidas para além da estrutura coercitiva do Estado. As pessoas fazem parte de círculos sociais, grupos e comunidades que moldam e determinam suas ações.²⁰ Portanto, a segunda razão instrumental para respeitar a lei é a expectativa de represália ou benefício por parte da comunidade ou círculo social ao qual se pertence ou pelo qual se transita. A fraude no mercado ou no casamento possui sérias consequências. A credibilidade é um bem de grande importância em qualquer grupo. Perdê-la, por desrespeitar a lei, pode prejudicar a posição pessoal e diminuir a sua capacidade de entrar em novas relações voluntárias com outros membros daquele círculo social. Essa é a razão pela qual as pessoas comumente agem de acordo com o Direito, mesmo na ausência de autoridade estatal.²¹

Numa relação mutuamente vantajosa, a regra de ouro é: não faço aos outros o que eu não gostaria que fizessem comigo. Por não ser um princípio moral substantivo, essa regra não afirma nem nega a existência de uma estrutura moral mais profunda. Relações mutuamente vantajosas, no entanto, podem auxiliar na obtenção da obediência à lei, ainda que em termos frágeis. Partindo de uma estrutura de vantagem mútua, em circunstâncias de disparidade de poder, indivíduos têm um incentivo para trapacear: o meu interesse é que todos os outros cooperem e que eu não o faça.²² Pressões amistosas também podem ser problemáticas, porque o meio social pode ser influenciado por uma cultura de desrespeito, ou pior, por uma cultura interna de respeito que desafie o Estado de Direito, como no caso da máfia e de outras formas de crime organizado. Consequentemente, as razões instrumentais representadas pela coerção ou por arranjos de vantagem mútua (auto-interessada) não conseguem explicar totalmente por que as pessoas obedeceriam à lei. Embora importantes, elas são insuficientes como explicação completa da questão.

Razões morais. A moralidade tem sido negligenciada por muitas análises recentes da eficácia do Direito, especialmente por aquelas elaboradas por pensadores jurídicos formalistas ou estudiosos ligados à escolha racional.²³ Nesse sentido, o argumento de Lon Fuller de que a reciprocidade moral é um elemento fundamental para a existência de um sistema legal se torna particularmente interessante.²⁴ A implementação do Estado de Direito seria consideravelmente mais fácil naquelas sociedades em que os indivíduos valorizassem os outros e seus direitos, na mesma proporção em que dessem valor a si próprios. Os direitos igualmente distribuídos não são um presente dos céus, mas sim uma construção social; uma decisão feita pela comunidade para valorizar os indivíduos em termos equitativos e para fundamentar o exercício do poder nesses direitos básicos.²⁵ Isso significa que as decisões coletivas são apenas válidas se derivarem da vontade

de indivíduos autônomos e se eles respeitarem a esfera da dignidade humana delineada por esses mesmos direitos.²⁶

Esse é um sistema governado por regras, no qual cada cidadão recebe o *status* de sujeito de direito, sendo a ele conferida uma esfera de proteção ao entrar em contato com outros cidadãos e com o Estado, esse último também subordinado ao princípio da reciprocidade. Nesse sentido, a autocontenção, que implica respeito pelos direitos dos outros, é a base fundamental para a generalização de expectativas relacionadas com o estabelecimento do Estado de Direito. Na medida em que essas expectativas de respeito aos direitos de todos são generalizadas, a implementação de um autêntico Estado de Direito também se torna possível.

Pode-se argumentar, no entanto, que a reciprocidade sempre tem uma origem utilitária, ou seja, que o meu respeito pelos outros não surge por eu lhes ter concedido algum valor (reciprocidade kantiana), mas sim pelo fato de que nós firmamos um pacto de não agressão que serve aos nossos interesses (reciprocidade hobbesiana).²⁷ Como eu havia argumentado acima, existe uma diferença entre a reciprocidade moral baseada na noção da dignidade humana e a reciprocidade mutuamente vantajosa, com fundamento no cálculo estratégico. Voltando ao exemplo do semáforo de trânsito, de acordo com a concepção moral de reciprocidade, eu pararia meu carro porque acreditaria firmemente que os outros motoristas ou pedestres têm o mesmo direito que eu possuo de atravessar o cruzamento, portanto, eu tenho a obrigação correlata de parar. Numa comunidade limitada pela reciprocidade moral, baseada em direitos, a lei deveria ser mais fácil de ser implementada. Evidentemente que são inúmeros os empecilhos para se obter ou construir reciprocidade moral, dificuldades essas que são ainda maiores em sociedades modernas e consumistas caracterizadas por disparidades socioeconômicas profundas entre seus membros.

A idéia da moralidade, contudo, poderia ser mais formal, como a articulada por autores contratualistas como Rousseau. Nesse caso, a justificativa moral para o respeito à lei não deriva do fato de que um dado sistema jurídico esteja em harmonia com um conjunto pré-estabelecido de valores imbutidos nos direitos. O respeito à lei é devido ao fato de que os próprios cidadãos, sob um procedimento especial justo, produzem leis reguladoras das relações sociais e da esfera pública. A justiça do procedimento garantiria que a maximização do auto-interesse fosse neutralizada, assim o povo poderia deliberar em termos de bem público, o que criaria uma obrigação moral sobre todos os cidadãos de aceitar esses resultados.²⁸ Se nós seguirmos aqui a teoria de Rousseau acerca do Estado de Direito, não apenas os procedimentos deveriam ser justos, mas também o resultado deveria ser veiculado através de meios específicos que assegurassem a imparcialidade. Ou seja, por meio de leis gerais. Neste sentido é importante enfatizar que a justiça procedimental não está limitada a processos

para edição de leis gerais, o que seria aceito por todos os participantes no processo político, mas também trata da maneira pela qual essas leis são implementadas pelo Estado. Novamente seguindo Rousseau, uma das maiores causas do declínio da democracia é a distorção na aplicação de leis gerais feita por magistrados que tendem a defender seus próprios interesses privados em detrimento da vontade geral expressa pela lei.²⁹ Dessa maneira, a justiça da aplicação das leis é tão importante quanto a justiça referente a sua produção. Se a aplicação do direito não for levada a cabo com imparcialidade, de acordo com parâmetros de devido processo apresentados pela própria lei, o Estado de Direito perderá sua autoridade e, conseqüentemente, o povo não o verá como uma diretriz aceitável para a sua ação.³⁰

Para resumir o argumento aqui elaborado, a obediência individual à lei é sustentada por três conjuntos principais de razões: cognitiva, instrumental e moral. Conforme tentei argumentar, todas essas razões são importantes para explicar por que os indivíduos (cidadãos e agentes públicos) agem em conformidade com o Estado de Direito, mesmo que o peso de cada razão varie de acordo com a natureza da ação, os atores envolvidos e as circunstâncias ou os círculos sociais nos quais as ações ocorrem. Para o propósito deste artigo, a maior questão a ser levantada é como a desigualdade econômica e social afeta negativamente todos esses mecanismos.

Na seção seguinte, argumentarei que a desigualdade mitiga a compreensão e o conhecimento de conceitos jurídicos básicos; ela subverte a aplicação das leis e o uso da coerção; e por fim atua contrariamente às construções de reciprocidade, tanto em termos morais, quanto em termos de mútua vantagem. Tendo em mente essas três pré-condições para o Estado de Direito, tentarei demonstrar que o sistema jurídico brasileiro, que em grande medida está em conformidade com os elementos que transformam um sistema jurídico em um Estado de Direito, não viabiliza a imparcialidade ou mesmo a congruência. Por intermédio do caso brasileiro, tentarei mostrar que um nível mínimo de igualdade social e econômica entre os indivíduos é crucial para estabelecer as relações de reciprocidade e para a existência de um sistema de Estado de Direito.

Desigualdade e Estado de Direito

Em 1988, o Brasil promulgou uma nova Constituição, depois de mais de duas décadas de um regime autoritário. Em reação à experiência do governo arbitrário e a um passado de injustiça e desigualdades sociais, a nova Constituição foi tecida sob os princípios do devido processo legal, da democracia e dos direitos humanos. Sua carta de direitos garante direitos civis, políticos, sociais e econômicos, incluindo os direitos de grupos vulneráveis como os indígenas, os idosos e as crianças. Esses direitos recebem uma proteção especial e não podem

ser abolidos nem por intermédio de emendas constitucionais. O Brasil é hoje parte das principais convenções internacionais de direitos humanos, e essas têm um efeito direto sobre o sistema jurídico brasileiro. Portanto, todas as garantias substantivas e procedimentos da Carta Internacional de Direitos Humanos são parte do sistema jurídico brasileiro.

De acordo com a Constituição Brasileira, a lei é o único instrumento que pode impor obrigações jurídicas sobre os indivíduos, sendo que por lei se entendem aqueles atos normativos editados pelo Congresso, processual e substantivamente, em conformidade com a Constituição. Toda pessoa é “igual perante a lei”, sem qualquer distinção. As leis devem ser prospectivas, entrando em vigor apenas depois de sua publicação; as leis retroativas são admitidas apenas quando beneficiarem os indivíduos. Não existem leis secretas. No caso de emergência, o presidente pode editar medidas provisórias que têm que ser aprovadas pelo Congresso para se tornarem leis, dentro de um prazo de sessenta dias, caso contrário elas perderão a eficácia desde sua edição. Em suma, embora muitas leis brasileiras não passem pelo teste de generalidade de Hayek, já que muitas delas possuem um propósito específico e individualizado, assim como muitas leis editadas em qualquer sociedade pós-liberal, elas certamente seriam compatíveis com a formulação de Raz sobre o conceito de lei, no qual regras particulares são admissíveis se forem consistentes com as regras gerais. Também penso que as leis brasileiras, em geral, podem ser consideradas inteligíveis, não contraditórias e razoavelmente estáveis.

No que diz respeito às instituições responsáveis pela aplicação da lei, o sistema jurídico brasileiro poderia também ser considerado formalmente de acordo com os requisitos propostos por Raz. A constituição engloba um sistema de separação de poderes, diferenciando entre os responsáveis pela criação e por aqueles encarregados da aplicação das leis. Como em muitos sistemas contemporâneos a separação de poderes não é tão rígida como a proposta no modelo de Montesquieu; o executivo possui poderes de regulação e de decidir administrativamente em certas áreas. O judiciário possui um poder extenso de revisão da legislação e de atos administrativos que estejam em conflito com a Constituição. O legislativo tem mais poder do que simplesmente editar leis gerais e abstratas; pode controlar o executivo e investigar más práticas. Porém, certamente, essa noção de separação de poderes flexível não é mais maleável do que as concepções admitidas em muitas outras democracias.

Embora, no papel, as instituições pareçam estar em conformidade com o modelo de Estado de Direito de Raz, o sistema jurídico brasileiro sofre de uma séria incongruência entre as leis editadas e o comportamento dos indivíduos e dos agentes públicos.

Há hoje uma consciência crescente de que a lei – e os direitos – ainda desempenham um papel menor na determinação do comportamento

individual e oficial. De acordo com o Relatório do Latinobarômetro 2005, há uma grande desconfiança na capacidade do Estado de implementar sua legislação imparcialmente e, de maneira ainda mais problemática, apenas 21% dos brasileiros afirmam respeitar as leis.³¹ De acordo com Guillermo O'Donnell, a maioria de países da América Latina não foi capaz de consolidar sistemas de Estado de Direito depois da transição para a democracia. Ele defende que a desigualdade extrema na região é um dos maiores empecilhos para uma implementação mais imparcial do Estado de Direito. O Brasil, como um dos mais desiguais países do continente, pode ser caracterizado como um sistema de *não-Estado de Direito* em lugar de um sistema onde haja o domínio da lei.³²

A democratização e a liberalização não foram suficientes para superar os obstáculos que firmemente se opõem à implementação do Estado de Direito no Brasil. A falha em melhorar significativamente a distribuição de recursos e reorganizar o tecido social altamente hierarquizado tem impedido que o Direito exerça seu papel como razão para a ação de diversos setores da sociedade brasileira. O Brasil é a 8ª maior economia no mundo, segundo a revisão recente dos números do Produto Interno Bruto brasileiro. No entanto, detém um dos piores registros de distribuição de riqueza (0,584 índice de Gini). De acordo com o IPEA, um instituto de pesquisa ligado ao Ministério do Planejamento, 49 milhões de pessoas são pobres no Brasil e 18,7 milhões estão em condição de extrema pobreza. Na última década, o 1% mais rico da população possuiu a mesma riqueza que os 50% mais pobres. Esses, entre muitos outros indicadores de desigualdade bruta dentro da sociedade brasileira, têm um efeito forte sobre a atuação das instituições responsáveis pela aplicação da lei no país. Assim como em muitos países com essas características, o Estado brasileiro é comumente cortês com os poderosos, insensível com os excluídos e cruel com aqueles que desafiam a estabilidade social baseada na hierarquia e na desigualdade.

Invisibilidade, demonização e imunidade

O argumento central proposto aqui é que a exclusão social e econômica, oriunda de níveis extremos e persistentes de desigualdade, causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. Em síntese, a desigualdade profunda e duradoura gera a erosão da integridade do Estado de Direito. A lei e os direitos sob essas circunstâncias podem, com frequência, ser vistos como uma farsa, como uma questão de poder, para que aqueles que estão entre os mais afortunados possam negociar os termos de suas relações com os excluídos.

Invisibilidade significa aqui que o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não causa uma reação moral ou política por parte dos mais privilegiados e não desperta uma resposta adequada por parte dos agentes públicos. A perda de vidas humanas ou a ofensa à dignidade dos economicamente menos favorecidos, embora relatada e amplamente conhecida, é invisível no sentido de que não resulta em uma reação política e jurídica que gere uma mudança social.

Além da miséria em si e todas as conseqüências deploráveis na figura de violações de direitos, uma das expressões mais dramáticas da invisibilidade no Brasil é representada pelos altos índices de homicídios que vitimizam predominantemente as populações mais carentes. Segundo o que a Organização Mundial da Saúde demonstrou em seu último relatório sobre violência, a América Latina possui o pior registro de índices de homicídio no planeta. O Brasil, um dos países mais violentos da região, acumulou mais de 800.000 mortes por homicídio doloso nas últimas duas décadas.³³ Mais pessoas se tornam vítimas de homicídio a cada ano no Brasil do que na Guerra do Iraque.³⁴ É importante dizer que uma ampla maioria dos mortos é economicamente desfavorecida, pouco instruída, jovem, masculina, negra e residente na periferia social brasileira.³⁵ Como cuidadosamente demonstrado por Fajnzylber, Lederman and Loayza,³⁶ há uma forte relação causal entre a desigualdade e os índices de crimes violentos.

Quando incluímos outros índices de criminalidade e o fato de que muitas regiões carentes em grandes cidades são controladas pelo crime organizado, com a complacência dos agentes públicos, estes números nos transmitem a mensagem de que a lei não é capaz de servir como uma razão para a ação em muitos meios. E, principalmente, que as restrições legais, como as apresentadas pelo sistema jurídico penal, são insuficientes para proteger grupos vulneráveis dentro da sociedade. Níveis obscenos de impunidade, além de permitir perdas de vidas humanas entre os mais pobres, por não receberem uma resposta apropriada por parte do sistema jurídico, reforçam a idéia perversa de que essas vidas não possuem valor. O círculo vicioso de altos níveis de criminalidade violenta e a impunidade tornam brutais as relações interpessoais e reduzem a nossa capacidade de compaixão e solidariedade.

Porém, se a invisibilidade pode ser aceita em sociedades tradicionais, ela se torna um problema muito preocupante num regime democrático e num contexto consumista. Para muitos que não experimentaram a sensação de serem tratados com igual consideração e respeito por aqueles responsáveis por aplicar a lei e pela sociedade em geral, não existe razão alguma para que ajam em conformidade com o Direito. Em outras palavras, para aqueles criados como invisíveis em sociedades não tradicionais, há ainda menos razões morais ou instrumentais para respeitar as leis. A conseqüência é que, ao desafiar a

invisibilidade através de meios violentos, os indivíduos começam a ser vistos como uma classe perigosa, à qual nenhuma proteção legal deve ser dada.

Demonização, portanto, é o processo pelo qual a sociedade desconstrói a imagem humana de seus inimigos, que a partir desse momento não merecem ser incluídos sobre o domínio do Direito. Seguindo uma frase famosa de Grahame Greene, eles se tornam parte de uma “classe torturável”. Qualquer esforço para eliminar ou causar danos aos demonizados é socialmente legitimado e juridicamente imune.

Para compreender a demonização, nós voltamos nossa atenção às violações maciças de direitos humanos. O uso arbitrário da força pelos agentes públicos ou outros grupos armados, com a cumplicidade oficial, contra pessoas demonizadas - como suspeitos, criminosos comuns, presos e mesmo membros de movimentos sociais - é registrada todos os anos por organizações de direitos humanos locais e internacionais. A base de dados de imprensa do Centro de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo registrou mais de seis mil casos de uso arbitrário e mortal da força por policiais brasileiros de 1980 a 2000. Cada um desses casos resultou em pelo menos uma morte.³⁷

De acordo com o Relatório 2006 da Human Rights Watch, “a violência policial – incluindo o uso excessivo da força, execuções extrajudiciais, tortura e outras formas de maus tratos – persiste como um dos problemas mais incontroláveis de direitos humanos no Brasil”.³⁸ Em 2006, a polícia, apenas no estado do Rio de Janeiro, matou mais de mil pessoas.

A tortura permanece uma prática comum tanto nas investigações policiais, quanto nos métodos disciplinares usados no sistema prisional e em unidades de internação de adolescentes em conflito com a lei. Conforme demonstrado pelo antigo Relator Especial sobre Tortura das Nações Unidas, Sr. Nigel Rodley:

A tortura e outros maus tratos similares estão distribuídos em uma base esparsa e sistemática na maioria das regiões do país visitadas pelo Relator Especial [...]. Isso não ocorre a todas as pessoas ou em todos os lugares; acontece principalmente aos economicamente desfavorecidos, criminosos comuns negros envolvidos em crimes pequenos ou em tráfico de drogas de baixa escala [...]. As condições de detenção em muitos lugares são, conforme francamente informado pelas próprias autoridades, subumanas [...]. O Relator Especial se sente compelido a comentar que se sentiu, em muitas unidades de detenção, e especialmente nas delegacias policiais que ele visitou, sensorialmente agredido de forma insuportável. O problema não foi amenizado pelo fato das autoridades estarem frequentemente conscientes das condições que ele iria descobrir e de o terem advertido acerca delas. Ele poderia apenas se simpatizar com a posição comum que ouviu daqueles que estavam agrupados como rebanhos no sentido de que “eles nos tratam como animais e esperam que nós nos comportemos como seres humanos quando sairmos”.³⁹

Rodley conseguiu nessa sentença captar a essência da *demonização*. Seres humanos tratados como animais não têm razão para agir de maneira lícita. A *demonização*, além de ser uma violação à lei em si, cria uma espiral autônoma de violência e de comportamento brutal de uma parcela dos indivíduos uns contra os outros e ajuda a explicar não apenas os índices de homicídio alarmantes, mas também a crueldade extrema de algumas manifestações de criminalidade.

A *imunidade* perante a lei, para aqueles que ocupam uma posição extremamente privilegiada na sociedade, é a terceira consequência da desigualdade profunda que resta ser mencionada aqui. Numa sociedade altamente hierarquizada e desigual, os ricos e poderosos ou aqueles agindo em nome deles se vêem como seres acima da lei e *imunes* às obrigações correlatas aos direitos das demais pessoas. A idéia de imunidade pode ser entendida focando-se na impunidade dos violadores de direitos humanos ou daqueles envolvidos em corrupção, poderosos ou economicamente favorecidos.

A impunidade dos violadores de direitos humanos é endêmica no Brasil, conforme relatado por grandes organizações de direitos humanos e também reconhecido pelas autoridades federais. Casos como Vigário Geral (1993), Candelária (1993), Corumbiara (1995), Eldorado de Carajás (1996) e Catelinho (2002) ou a reação da polícia aos ataques do PCC (Primeiro Comando da Capital)⁴⁰ em 2006 resultou em centenas de vítimas de execuções extrajudiciais, sem maior esforço para responsabilizar os agentes públicos. Porém, talvez, o caso de impunidade mais notório com relação a uma violação extrema de direitos humanos seja o inocentamento do Coronel Ubiratan Guimarães, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em 2005. Ubiratan Guimarães foi o responsável pela operação policial que resultou na morte de cento e onze presos, consequência de rebelião em uma prisão em 1992. Depois de treze anos ninguém foi responsabilizado pelo “Massacre do Carandiru”. O Governador do Estado e o Secretário de Segurança Pública da época não foram nem ao menos investigados por seu envolvimento no incidente, mandando um claro sinal de que as pessoas *demonizadas* não estão protegidas pela lei.

A imunidade é também um exemplo seguido pelos envolvidos em corrupção. Apesar de o Brasil ter recebido uma nota geral moderada no Índice Global de Honestidade (Global Integrity Index), publicado todo ano pela Transparência Internacional – ocupando a posição sessenta e dois entre os países analisados – o desafio ainda não superado da aplicação imparcial das leis não pode ser ignorado. Nas duas últimas décadas, tem havido dezenas de escândalos envolvendo políticos, empresários e membros do judiciário. A enorme maioria deles acaba em impunidade para todos os envolvidos. Nos

últimos dez anos, dos vinte e seis casos de corrupção envolvendo membros da Câmara dos Deputados que chegaram à Suprema Corte, nenhum foi considerado culpado. Nesse exato momento, a maioria dos ministros da Suprema Corte declarou inconstitucional a lei de anticorrupção que permitia políticos e outros agentes públicos serem investigados por juízes de primeira instância.⁴¹ Se essa decisão for mantida pelo Plenário da Corte, estima-se que mais de catorze mil processos judiciais contra agentes públicos por todo o país serão sumariamente extintos, ampliando a percepção de que a lei não se aplica aos poderosos da mesma maneira que é aplicada contra aqueles destituídos de direitos.⁴²

A distribuição desproporcional de recursos entre os indivíduos e grupos dentro da sociedade subverte as instituições, incluindo o trabalho das instâncias responsáveis pela aplicação da lei. Uma análise do censo penitenciário brasileiro mostra que apenas os economicamente desfavorecidos e pouco instruídos são selecionados pelo sistema penal brasileiro para serem encarcerados. Essa é a conclusão de Glaeser, Scheinkman and Shleifer, depois de uma análise econométrica do impacto da desigualdade nas instituições judiciárias: “a desigualdade [...] permite que os riscos subvertam as instituições políticas, regulatórias e jurídicas da sociedade em seu próprio benefício. Se a pessoa for suficientemente mais rica do que outra e as cortes forem corruptíveis, então o sistema jurídico irá favorecer o lado economicamente mais fortalecido e não o mais justo. Da mesma maneira, se as instituições políticas e de regulação puderem ser influenciadas pela riqueza e pela influência, então elas favorecerão o que já está estabelecido, não o mais eficiente”.⁴³ Conforme demonstrado pela experiência do Advogado Geral da União no Brasil “a corrupção é consequência direta da concentração perversa de riqueza no Brasil”.⁴⁴ A conclusão é que a impunidade, embora seja um fenômeno generalizado no Brasil, é mais acentuado entre os privilegiados.

A erosão da autoridade da lei

Como a experiência brasileira demonstra, índices elevados de desigualdade econômica e social que segregam os economicamente desfavorecidos de um lado e os favorecidos de outro criam um obstáculo sério à integridade do Estado de Direito. Por instigar disparidades maciças de poder dentro da sociedade, a desigualdade coloca os mais carentes em uma posição desvantajosa, na qual eles são socialmente marginalizados aos olhos daqueles em melhor condição, bem como aos olhos dos agentes públicos, que são atraídos pelos interesses daqueles que possuem mais poder dentro da sociedade. Isso cria uma sociedade hierarquizada, onde os indivíduos de nível inferior

não conseguem atingir um patamar real de completa cidadania e não são totalmente reconhecidos como detentores de direitos (mesmo que eles o sejam formalmente). A discriminação, nesse sentido, tende a arruinar os laços de reciprocidade dentro da comunidade, afrouxando o sentimento de dever moral dos mais poderosos para com os excluídos. Uma vez que eles não são mais vistos como sujeitos dignos de valor, não demora muito para que se retire deles o conjunto de direitos de cuja proteção os outros cidadãos desfrutam. Dessa maneira, torna-se difícil promover a reciprocidade em uma sociedade onde grandes hierarquias e desigualdades entre os indivíduos existem. Consequentemente, a lei dificilmente será efetiva como um instrumento de organização e pacificação social.

A mesma racionalidade pode ser aplicada ao impacto da reciprocidade auto-interessada na construção de uma ordem social pacífica. Se os interesses recíprocos dos agentes nas relações de troca, que tornam possível a produção e a circulação de riqueza dentro de uma comunidade, não forem satisfeitos; os agentes menos privilegiados dificilmente terão razões para agir conforme as regras do jogo que sistematicamente prejudicam seus interesses. De outro lado, os mais privilegiados sentem que não há nenhum constrangimento social à maximização de seus interesses. Essa situação elimina incentivos nos dois pólos para obedecer às leis e respeitar os direitos dentro de uma esfera de relações interpessoais.

Privados de *status* econômico e social, os indivíduos invisíveis começam a se socializar de uma maneira que os conduz a ocupar uma posição de inferioridade em relação aos indivíduos imunes e a aceitar a arbitrariedade por parte das autoridades públicas. Eles não mais esperam que seus direitos sejam respeitados pelos outros ou pelas instituições com responsabilidade em aplicar as leis. Aqueles que reagem a essa posição degradante se tornam uma ameaça e são tratados como inimigos. Ao mesmo tempo, os indivíduos imunes não se consideram compelidos a respeitar aqueles que vêm como inferiores ou inimigos. O mesmo se aplica às autoridades cooptadas. Nesse caso, um grande número de pessoas está abaixo da lei enquanto um grupo de privilegiados está acima do controle estatal. Dessa maneira, o Estado, que supostamente seria o responsável pela utilização dos mecanismos formais de controle social, em conformidade com a lei e pelos seus meios coercitivos, começa a reproduzir parâmetros socialmente generalizados. O resultado é que o Estado se torna negligente com os invisíveis, violento e arbitrário com os moralmente excluídos e dócil e amigável com os privilegiados que estão posicionados acima da lei. Assim, mesmo que se tenha um sistema jurídico adequado às diversas “máximas” relacionadas com a formalidade do Direito, a ausência de um mínimo de igualdade social e econômica inibe a reciprocidade, através da subversão do Estado de Direito.

Conclusão

A conclusão de que a desigualdade profunda e persistente corta os laços sociais, causando invisibilidade, demonização e imunidade e prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito não deve significar que a idéia do Estado de Direito seja inútil nesses meios sociais. Em regimes democráticos, como o Brasil e muitos outros países em desenvolvimento, as constituições tendem a ser reativas a um passado de autoritarismo e de grandes injustiças sociais, na busca de legitimação (para obter cooperação). Novas constituições normalmente trazem uma carta de direitos generosa que reconhece direitos civis, políticos e também uma gama extensa de direitos sociais. Elas também reconhecem os principais elementos institucionais do Estado de Direito e da democracia representativa. Mais do isso, essas constituições pós-autoritárias criam novas instituições, como o *ombudsmen*, as defensorias públicas, as comissões de direitos humanos e o ministério público para monitorar o respeito ao Estado de Direito e proteger os direitos constitucionais dos grupos e indivíduos vulneráveis.

A reconfiguração dos sistemas jurídicos no mundo em desenvolvimento tem sido também uma consequência das pressões da sociedade civil. Arquitetadas durante a luta contra o governo arbitrário e fortalecidas durante a democratização, as organizações da sociedade civil são atores centrais para denunciar abusos, tornar os governos mais responsáveis e propor políticas alternativas que aliviem os principais problemas sociais. Apenas como exemplo, o número de organizações sem fins lucrativos no Brasil mais do que dobrou nas últimas décadas. Das duzentos e setenta mil organizações da sociedade civil legalmente constituídas no país, quase um quinto tem se dedicado ao “desenvolvimento e proteção de direitos”.⁴⁵ Dessa maneira, a questão seria como esses novos atores estão usando seu poder institucional e social para desafiar os sistemas formais de Estado de Direito a se tornarem mais imparciais, superando sua incapacidade de aplicar a lei em termos iguais a todos os cidadãos.

Seria ingênuo atribuir aos sistemas jurídicos a capacidade de produzir a sua própria eficácia, mas seria igualmente equivocado desconsiderar as potencialidades dos novos atores de promover mudanças sociais através do emprego de estratégias legais. Mesmo um sistema jurídico frágil pode prover mecanismos que, se usados a tempo, aumentarão a imparcialidade e o igual reconhecimento de sujeitos de direitos. As leis de interesse público, a mobilização (*advocacy*) em direitos humanos, a litigância estratégica, os escritórios *pro bono* e defensorias públicas podem mobilizar os recursos jurídicos em favor dos interesses menos beneficiados ou contra aqueles interesses hiper-representados. Esse movimento de dentro do sistema jurídico para fortalecer os fracos, proteger os demonizados e desestabilizar privilégios incrustados não deve ser visto, contudo, como uma nova panacéia, mas apenas como uma parcela de um esforço maior de construção de sociedades mais recíprocas, nas quais o Estado de Direito tenha melhores condições de florescer. Essa alternativa é baseada

no pressuposto de que o sistema jurídico ocupa uma posição intermediária especial entre a política e a sociedade. Por ser um produto das relações sociais e das decisões políticas, os sistemas jurídicos também são um vetor dessas relações e decisões. A lei não deve apenas refletir a distribuição de poder dentro da sociedade. Os sistemas jurídicos modernos são constituídos por privilégios aos mais poderosos, mas também são construídos através de regras e procedimentos justos que buscam obter legitimidade e cooperação.

Dessa maneira, a questão para aqueles agentes sociais e institucionais preocupados com a desigualdade a partir de uma perspectiva do Estado de Direito é como mobilizar a “moralidade inerente ao Direito”, conforme posto por Fuller, para reduzir a invisibilidade, a demonização e a imunidade. Como o sistema jurídico melhora a posição daqueles que estão abaixo da lei, quebra o conforto daqueles que estão acima da lei e recupera a lealdade daqueles que estão em conflito com a lei?

Advogados e juízes não podem fazer muito para mudar a sociedade, na verdade eles estão normalmente interessados em reforçar o *status quo*. Porém, eles podem ter algum impacto quando desafiados por outros atores sociais. Como mostra a experiência recente de muitos países extremamente desiguais como Índia, África do Sul, Brasil e Colômbia, a comunidade jurídica em geral e as cortes em particular podem, em algumas circunstâncias, responder às demandas dos menos favorecidos economicamente quando eles pleiteiam reparações através do sistema jurídico.⁴⁶ Assim, qualquer esforço para utilizar as leis para melhorar o próprio Estado de Direito pressupõe que haja por trás uma mobilização social e política. Devido a algumas características formais igualitárias do Estado de Direito, discutidas acima, os interesses que seriam sufocados em uma arena puramente política podem conseguir algum *status* em um meio-ambiente mais influenciado pelo Direito. Embora as instituições jurídicas também sejam extremamente vulneráveis à subversão dos poderosos, elas podem eventualmente produzir curto-circuitos nos sistemas políticos. Ao traduzir uma demanda social em uma demanda jurídica nos deslocamos de um ambiente de competição por puro poder para um processo no qual as decisões devem ser justificadas em termos jurídicos. A necessidade de justificativa legal reduz o espaço de pura discricionariedade. Nessas circunstâncias, o sistema jurídico pode dar visibilidade pública, na forma de reconhecimento de direitos àqueles que são desconsiderados pelo sistema político e pela própria sociedade. Na mesma direção, a generalidade da lei, a transparência ou a congruência reivindicada pela idéia de Estado de Direito pode pôr os privilegiados em uma armadilha, fazendo com que eles retornem ao domínio do Direito.

No entanto, é importante enfatizar novamente que esse tipo de ativismo social jurídico deve ser visto apenas como parte de uma gama muito maior de iniciativas destinadas a construir uma sociedade onde todos possam ser tratados com igual consideração e respeito.

NOTAS

1. G. O'Donnell, "Why the Rule of Law Matters", *Journal of Democracy*, vol. 15, n. 4, 2004, pp. 32-46.
2. O. V. Vieira, "A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil" in: Celso Campilongo (org.), *Direito, cidadania e justiça*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
3. T. Carothers, *Promoting the Rule of Law Abroad in Search of Knowledge*, Washington D.C., Carbegie Endowment for International Peace, 2006, pp. 3-13.
4. E. P. Thompson, *Senhores e Caçadores*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987, p. 357.
5. M. Weber, *Economia y Sociedad*, 2nd ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 603-620.
6. R. M. Unger, *O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da Teoria Social*, São Paulo, Civilização Brasileira, 1979, pp. 225-228.
7. F. A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, São Paulo, Instituto Liberal, 1990.
8. F. A. Hayek, *O Caminho da Servidão*, São Paulo, Instituto Liberal, 1990, pp. 87-97.
9. J. Raz, *The Authority of Law: essays on law and morality*, New York, Clarendon Press, 1979, p. 211.
10. Ibid., p. 212.
11. Ibid., pp. 216-217.
12. Ibid., p. 220.
13. J. M. Maravall & A. Przeworski (org), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 1.
14. S. Holmes, "Lineages of the Rule of Law", in J.M. Maravall & A. Przeworski, *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 20.
15. T. H. Marshall, *Cidadania, Classe Social e Status*, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1967.
16. R. Bendix, *Nation-Building and Citizenship*, Los Angeles, University of California Press, 1964, p. 92.
17. Agradeço a Persio Arida por essa observação.
18. A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *The federalist papers*, New York, Bantam Books, 1988, ch. 51.
19. Com relação a isso, é importante destacar que o grau de conhecimento sobre a constituição política na América do Sul é muito baixo; apenas 30% dos latino-americanos sabem alguma coisa ou muito sobre a sua Carta Magna e apenas 34% conhecem os seus deveres e obrigações, *Latinobarometro*, 2005, p. 14.
20. D. J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp 310-326.
21. R. C. Ellickson, *Order Without Law: how neighbors settle disputes*, Harvard, Harvard University Press, 1991, pp. 281-283.
22. B. Barry, *Justice as Impartiality*, Oxford, Oxford University Press, 1991, p. 51.

23. G. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, v. 76, 1968, pp. 169-217.
24. L. L. Fuller, *The Morality of Freedom*, 2nd ed., New Haven, Yale University Press, 1969, pp. 21-25.
25. J. Habermas, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, The MIT Press, 1996, p. 119.
26. Ibid., p. 82.
27. H. Reiss, *Kant: political writings*, 2nd edn., Cambridge, Cambridge University Press, 1996.
28. J. J. Rousseau, *The Social Contract*, London, Willian Benton, 1955, pp. 339-340.
29. Ibid., p. 418.
30. Tom Tyler, *Why people obey the Law*, Yale University Press, 1990.
31. *Latinobarometro*, 2005. p.17.
32. G. O'Donnell, "Poliarquias e a (In)efetividade da Lei na América Latina", *Novos Estudos*, Cebrap, 51, 1998, pp. 37-57..
33. IBGE 2005.
34. United Nations estimates that 34,000 Iraqis lost their lives in 2006 against 46,000 in Brazil.
35. S. Adorno, N. Cardia & F. Poletto, "Homicídio e violação de direitos humanos em São Paulo", *Estudos Avançados*, vol. 17, n. 47, 2003, p. 60.
36. P. Fajnzylber, D. Lederman & N. Loayza, "Inequality and Violent Crime", *Journal of Law and Economics*, vol. XLV, 2002, pp. 1-40.
37. S. Adorno, N. Cardia & F. Poletto, 2003, op. cit., p. 49.
38. *Human Rights Watch, Word Report*, 2007, p. 185.
39. Nigel Rodley, disponível em : <[www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/\\$FILE/g0112323.doc](http://www.unhchr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/b573b69cf6c3da28c1256a2b00498ded/$FILE/g0112323.doc)>, acessado em 23 de Abril de 2007.
40. O PCC é uma organização criminosa brasileira (Nota do Editor).
41. Caso interposto pelo antigo Presidente Fernando Henrique Cardoso, através da Reclamação 2138.
42. No Brasil, mais de 50% da população não concorda que a justiça seja feita, mesmo levando muito tempo. *Latinobarometro*, 2005, 25.
43. E. Glaeser, J. Sheinkman & A. Shleifer, "The Injustice of Inequality", *National Bureau of economic Research*, 9150, 2002, p. 3.
44. Carvalho, cited by Carlos Tautz, *Reporter's Notebook: Brazil*, Transparency International, 2006.
45. IPEA 2005, p. 35
46. R. Gargarella (org.), *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, Hampshire, Ashgate Publishing Limited, 2006.



RODRIGO UPRIMNY YEPES

Diretor do Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade-DJS e
Professor da Universidade Nacional da Colômbia.

Endereço: Centro de Estudios de Derechos, Justicia y Sociedad Dejusticia
Carrera 4-A # 67-30 Bogotá, Colombia
Email: ruprimny@yahoo.com

RESUMO

Na Colômbia, a judicialização da política parece ter adquirido uma intensidade maior do que em muitos países do Terceiro Mundo nos quais se generalizou o protagonismo judicial. O que pôde motivar o desenvolvimento desse fenômeno? Qual é seu impacto sobre a democratização da sociedade colombiana? Quais são as potencialidades democráticas e os riscos da judicialização? Além de tentar oferecer respostas a essas perguntas, pretende-se analisar o caso colombiano, com exemplos ilustrativos e uma discussão teórica da evolução do fenômeno.

Original em espanhol. Traduzido por Pedro Soares.

PALAVRAS-CHAVE

Judicialização da política – Democracia - Estado de Direito - Protagonismo judicial - Justiça constitucional - Poder judiciário independente



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA COLÔMBIA: CASOS, POTENCIALIDADES E RISCOS

Rodrigo Uprimny Yepes

Nas últimas duas décadas, a justiça colombiana não somente passou por profundas transformações, como entrou com muita força na dinâmica política. A atividade dos juízes teve, em muitos casos, uma grande repercussão na evolução global do país. Desse modo, na Colômbia, esse período caracterizou-se por uma importante judicialização de certos aspectos da política.

É certo que a centralidade da justiça e uma certa judicialização da política não são exclusivas da Colômbia, pois, por motivos muito diversos, o protagonismo judicial se generalizou em muitos países, tanto desenvolvidos como do Terceiro Mundo.¹ No entanto, a judicialização da política na Colômbia parece ter adquirido uma intensidade maior do que em outros países, podendo, portanto, ser um caso interessante para estudar a dinâmica do fenômeno, em especial, suas potencialidades democráticas, e também seus riscos.

Este texto pretende, então, analisar essa judicialização da política colombiana; para tanto, começa por apresentar alguns exemplos ilustrativos, em seguida discute teoricamente a evolução do fenômeno, tratando de determinar os possíveis fatores que o impulsionaram, assim como suas potencialidades e riscos para a consolidação de nossas democracias.

Os casos: alguns exemplos significativos da judicialização da política colombiana

De maneira esquemática, entendo por judicialização da política o fato de que certos assuntos, que eram tradicionalmente decididos por meios políticos e que

Ver as notas deste texto a partir da página 68.

eram considerados próprios da política democrática, começam a ser decididos cada vez mais pelos juízes, ou, pelo menos, são fortemente condicionados por decisões judiciais. O que implica, por sua vez, que muitos atores sociais comecem a formular suas demandas em termos jurídicos e judiciais. É claro que essa definição é puramente descritiva e supõe simplesmente uma modificação das fronteiras tradicionais entre o sistema judiciário e o sistema político nas sociedades democráticas, na medida em que o trâmite e a decisão de certos assuntos são transferidos da esfera política ao âmbito judicial. A dimensão jurídica da ação social e da política pública adquire um maior peso.² Daí, cabe a pergunta se a judicialização da política é ou não é desejável democraticamente, um tema de debate recorrente nos últimos anos e para o qual este artigo busca contribuir para uma possível resposta.

Assim entendida, a Colômbia, nas últimas duas décadas, conheceu formas importantes de judicialização da política em numerosos campos, mas talvez os mais significativos tenham sido os seguintes: (a) a luta contra a corrupção política e pela transformação das práticas políticas; (b) o controle dos excessos governamentais, em especial nos estados de exceção; (c) a proteção de grupos minoritários e da autonomia individual; (d) a proteção de populações estigmatizadas ou em situações de debilidade manifesta e, por último, mas nem por isso menos importante; (e) a gestão da política econômica, devido à proteção judicial dos direitos sociais. Passo a descrever brevemente cada uma dessas dimensões da judicialização da política colombiana.

Os juízes e a luta contra a corrupção política e pela renovação das práticas políticas

Na última década, o sistema judiciário colombiano teve um papel importante na busca de renovação dos costumes políticos a fim de reduzir o peso do clientelismo e da corrupção política. Dois exemplos significativos foram os seguintes: o primeiro foi o papel dos juízes durante a crise do presidente Samper (1994-98), que enfrentou um julgamento no Congresso pela entrada de dinheiro do narcotráfico na campanha política que o elegeu. Nessa crise, os funcionários do judiciário, com suas declarações e decisões, ocuparam um lugar central nas distintas conjunturas políticas do governo. Foi uma crise política, mas altamente judicializada.³

O segundo exemplo está relacionado com os processos de “perda de investidura” apresentados pelo Conselho de Estado. Para entender esta evolução, é necessário ter em conta que a Constituição de 1991 atribuiu um papel importante ao poder judiciário na correção dos vícios políticos e da corrupção. Foi assim que se consagrou a chamada “perda de investidura”, que equivale a uma “morte política”, pois quem recebe essa sanção não pode ocupar novamente nenhum

cargo de eleição popular. Os processos são de natureza judicial e são decididos por uma alta corte (o Conselho de Estado) contra aqueles congressistas que cometam certas faltas, como tráfico de influências, violação do regime de incompatibilidades e ausência em mais de seis reuniões plenárias em que se votem projetos de lei. Entre 1991 e 2003, o Conselho de Estado encaminhou cerca de 350 denúncias que podiam levar à perda de investidura e assim o decretou em 42 oportunidades.⁴

Esses exemplos mostram a importante influência que tiveram as decisões judiciais nas tentativas de renovar os costumes políticos na Colômbia.

Controle judicial da excepcionalidade jurídica e política

Durante muitas décadas, a Colômbia foi uma democracia muito particular, pois embora não tenha sofrido a experiência das ditaduras militares que ocorreram em outros países, tampouco conseguiu consolidar uma verdadeira democracia. Uma das razões dessa democracia restrita ou “excepcional”, como a chamaram alguns analistas, foi o uso permanente do estado de sítio e dos regimes de exceção pelos distintos governos. Assim, desde o fechamento temporário do Congresso durante o governo de Ospina Pérez (1946-1950), em novembro de 1949, até a promulgação da Constituição de 1991, a Colômbia viveu praticamente em um regime de exceção permanente, pois desses 42 anos, 35 transcorreram sob estado de sítio.

A partir da Constituição de 1991, a Corte Constitucional decidiu exercer um controle judicial mais estrito do uso dessas faculdades pelo governo. Em particular, decidiu exercer um controle “material” das declarações de emergência por parte do presidente, em virtude do qual a Corte analisa se efetivamente existe ou não uma crise suficientemente grave que justifique o recurso aos poderes de exceção. Antes, essa avaliação era considerada uma questão política, pois cabia ao presidente avaliar autonomamente se existia ou não uma perturbação econômica ou da ordem pública que justificasse recorrer a um estado de exceção. Por isso, a Corte Suprema, que antes da Constituição de 1991 exercia o controle constitucional, considerou que essa avaliação escapava ao controle judicial e estava submetida unicamente ao controle político exercido pelo Congresso.⁵ Ao contrário, com a Constituição de 1991, a Corte Constitucional assumiu, desde suas primeiras decisões em 1992, até suas últimas sentenças em 2003, que embora o Governo goze de uma margem de apreciação para avaliar se existe ou não uma crise e se é ou não necessário recorrer a um estado de exceção, suas decisões estão submetidas não somente ao controle político do Congresso, mas também a um controle judicial. Essa doutrina implicou, então, uma judicialização do controle da declaração dos estados de exceção. Assim, de doze declarações desse tipo, seja de estado de comoção interior, seja de estado de emergência, ocorridas entre 1992 e

2002, a Corte Constitucional validou totalmente cinco, anulou totalmente três, e validou parcialmente quatro.⁶ O impacto prático e político dessa intervenção da Corte Constitucional parece ter sido considerável, ao menos pelo seguinte indicador: o tempo vivido pelos colombianos em estados de exceção caiu de 80% na década de 1980 para menos de 20% a partir da introdução desse controle judiciário, na década de 1990.

A proteção da autonomia pessoal e de minorias étnicas e culturais

Apesar da existência de um controle constitucional na Colômbia desde 1910, a definição do alcance dos direitos da pessoa e dos grupos minoritários era considerada usualmente um assunto político que correspondia ao legislador abordar e estabelecer. Duas razões pareciam incidir nessa perspectiva: de um lado, a Constituição anterior, vigente desde 1886, mas com importantes reformas em 1910 e 1936, tinha uma carta de direitos relativamente pobre; e, de outro lado, a Corte Suprema, enquanto exerceu o controle constitucional, entre 1910 e 1991, teve, em geral, uma visão de sua função organicista e voltada para o aspecto das competências. Isto é, esse tribunal entendia que sua função não era tanto definir o alcance dos direitos, mas essencialmente assegurar que a divisão de competências entre os distintos órgãos do Estado fosse respeitada. O resultado é que a jurisprudência da Corte Suprema nesse período, em matéria de direitos constitucionais, foi escassa e muito tímida.

Ao contrário, com a promulgação da Constituição de 1991, que tem uma ampla carta de direitos, e com a entrada em funcionamento da Corte Constitucional em 1992, a situação mudou profundamente, tanto do ponto de vista quantitativo, como qualitativo. Assim, de um lado, o número de decisões centradas na definição do alcance dos direitos fundamentais aumentou consideravelmente. E isso levou a Corte Constitucional a intervir, por meio de decisões muito controvertidas, na definição do alcance dos direitos constitucionais e dos grupos minoritários, como a descriminação do consumo de drogas (sentença C-221/94) e da eutanásia (sentença C-239/97).⁷ Do mesmo modo, a Corte protegeu minorias tradicionalmente discriminadas, como as pessoas que vivem com HIV/aids e os homossexuais. Assim, até 1980, a homossexualidade constituía um delito; naquele ano, desapareceu esse tipo de crime, mas subsistiram vários regimes trabalhistas, como os dos educadores e da Força Pública, que previam que uma pessoa podia ser penalizada disciplinarmente por condutas homossexuais. A Corte atacou a discriminação contra os homossexuais em todas essas esferas. Assim, a sentença T-097/94 protegeu a intimidade dos homossexuais na Força Pública e a C-507/99 definiu que não se podia penalizar um militar por ser homossexual. Igualmente, em outras ocasiões, a Corte indicou que não se podia expulsar um aluno por comportamentos homossexuais (T-100/98), nem penalizar

um docente por esse motivo (C-481/98). E em nível mais geral, a Corte indicou que todo tratamento diferente de uma pessoa devido a suas preferências sexuais se presume discriminatório e, portanto, é inconstitucional (C-481/98).

A Corte definiu também, em grande medida, o alcance do pluralismo e favoreceu não somente a igualdade entre as religiões, mediante a anulação da concordata e dos privilégios da religião católica, mas também reconheceu esferas muito amplas para o exercício da administração de justiça pelas autoridades indígenas.⁸

Com esta descrição, não estou indicando que a jurisprudência constitucional colombiana tenha sido sempre progressista. Por exemplo, a defesa da Corte dos direitos fundamentais dos homossexuais teve limites, pois os protegeu contra a discriminação como pessoas, mas não como casais; e por isso indicou que a lei não está obrigada a reconhecer efeitos jurídicos das uniões homossexuais (C-098/98), que era legítimo que a lei excluísse os casais homossexuais da adoção (C-814/01) e que o regime de saúde não tinha porque aceitar obrigatoriamente, como beneficiário, o(a) companheiro(a) de um homossexual (SU-623/01). Não interessa então, por agora, destacar a orientação progressista ou não da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, mas essencialmente ressaltar que, na última década, a definição do alcance dos direitos constitucionais foi obra, em larga medida, de decisões judiciais, o que significa que se trata de um tema altamente judicializado.

As políticas em favor de populações estigmatizadas: presos e deslocados internos

Certas políticas relacionadas com a atenção de populações estigmatizadas e em situações de debilidade manifesta também foram judicializadas de forma importante nos últimos anos. Isso sucedeu especialmente com os presos e os deslocados. Assim, os primeiros apresentaram numerosas ações de *tutela*,⁹ devido à situação de superlotação nos cárceres e às precárias condições das prisões colombianas. Depois de conceder vários *amparos* individuais,¹⁰ a Corte Constitucional decidiu que se tratava de uma situação geral e declarou então a existência de um “estado de coisas inconstitucional” nas prisões, dando ordens gerais ao governo para que, em um prazo de certos meses, acabasse com a superlotação carcerária.

Uma situação semelhante, mas de maior dimensão, ocorre em relação aos deslocados internos. Devido, em grande medida, à intensificação do conflito armado, a Colômbia tem uma enorme população deslocada, que configura uma verdadeira tragédia humanitária. Tal como no caso das prisões, muitos deslocados formulam ações de *tutela*, para que as autoridades locais e nacionais protejam seus direitos fundamentais. A Corte Constitucional, assim como fez com a situação

dos presos, depois de conceder numerosos *amparos* individuais, decidiu declarar igualmente um “estado de coisas inconstitucional” (Sentença T-025/04) devido às inconsistências e à precariedade da política estatal no que diz respeito ao deslocamento forçado. Nessa decisão, a Corte ordenou que as autoridades nacionais reformulassem e esclarecessem as estratégias frente ao deslocamento forçado, a fim de atender às necessidades básicas dessa população.

Essas decisões mostram uma importante judicialização de certas políticas públicas, pois as decisões da Corte não somente implicaram um gasto público considerável,¹¹ como, além disso, condicionaram as prioridades e as orientações das estratégias governamentais nesses setores.

A judicialização da política econômica e a proteção dos direitos sociais

O último exemplo, e um dos mais significativos, de judicialização da política foi a influência muito importante da Corte Constitucional na política econômica, devido à jurisprudência desse tribunal destinada a proteger os direitos sociais. Os exemplos são muito numerosos e, por isso, qualquer sistematização corre o risco de ser parcial; mas talvez possamos destacar dois tipos de intervenções: a proteção individual ou grupal de direitos por meio da ação de *tutela* e o controle abstrato ou geral de constitucionalidade de leis de conteúdo econômico.

De um lado, a Corte Constitucional defendeu a possibilidade de que os direitos sociais sejam protegidos pelos juízes via constitucional, em virtude da doutrina da conexidade. Para que um direito social seja protegido, requer-se que a violação que se invoca perante o juiz implique que outro direito que se considera fundamental e de aplicação imediata seja afetado, como é o caso do direito à vida. Nesses casos, a proteção costuma ser feita por ações de *tutela* individuais, que é o equivalente colombiano ao *amparo* constitucional em outros países. Ora, até 1998 a proteção de direitos sociais por via judicial, não obstante o caráter progressista da jurisprudência, não trazia consigo maiores conflitos entre juízes e funcionários dos outros ramos do poder público. O número de decisões em ações de *tutela* sobre direitos sociais não era alto e, por isso, o ativismo judicial da Corte só aparecia como algo inaceitável para os mais aguerridos opositores do constitucionalismo social. Além disso, a maioria dessas decisões se referia a casos de pessoas vinculadas, por contrato, a um sistema estatal de prestação de serviços de saúde, educação ou seguridade social. A partir de 1998, a situação mudou dramaticamente devido ao aumento extraordinário de ações de *tutela* sobre o direito à saúde contra as entidades de seguridade social. Os custos se multiplicaram por três: enquanto em 1998 foram necessários 4.793 milhões de pesos, em 1999 foram necessários 15.878 para responder à demanda de saúde pela ação de *tutela*.¹² Assim, em nível geral, as ações de *tutela* nas quais se invocam formalmente os

direitos à saúde ou à vida, em que em geral o peticionário reclama um tratamento que considera necessário para preservar uma vida digna, representaram em 1995 mais ou menos 10% do total das ações de *tutela* apresentadas e foram aproximadamente três mil. No primeiro semestre de 1999, essa porcentagem aumentou para 30% e o total de ações de *tutela* por esse conceito, nesse semestre, foi de quase vinte mil, isto é, cerca de quarenta mil por ano.¹³

Por outro lado, a Corte condicionou fortemente a política econômica em virtude do controle abstrato de constitucionalidade que levou a declarar inconstitucionais, total ou parcialmente, certas leis por violarem determinados princípios e direitos constitucionais. Em particular, a Corte anulou leis que estendiam o imposto sobre valor agregado a produtos de primeira necessidade (C-776/03), ou ordenou a indexação parcial dos salários dos servidores públicos (Sentenças C-1433/00, C-1064/01 e C-1017/03), ou estendeu alguns benefícios de pensão a certos grupos populacionais, ao considerar que a restrição desconhecia o princípio de igualdade (Sentença C-409/94); ou proibiu a modificação de certos regulamentos de pensão, por considerar que afetavam direitos adquiridos dos trabalhadores (C-754/04). Todas essas decisões implicaram custos econômicos e orçamentários muito importantes.¹⁴

Um dos exemplos mais impactantes dessa judicialização da política econômica foi sua intervenção na crise dos devedores hipotecários em 1998 e 1999. Por sua importância, cabe descrevê-la com alguns detalhes.

A partir de 1997, a Colômbia entrou em uma aguda recessão que, combinada com certas decisões de política econômica, ocasionou uma situação muito difícil para milhares de pessoas de classe média, que haviam assumido hipotecas para adquirir casa própria. Em poucos meses, falava-se que cerca de noventa mil pessoas poderiam perder suas moradias e a cifra se elevou, dois anos mais tarde, para duzentas mil famílias.¹⁵

Esses devedores hipotecários eram, sobretudo, pessoas de classe média, que não participavam usualmente de protestos sociais. No entanto, a situação ganhou tal seriedade, que os devedores começaram a se associar para se defender contra as entidades financeiras. A partir de 1998, esses devedores organizaram algumas marchas pacíficas e formularam petições ao governo e ao Congresso para que modificassem o sistema de financiamento (chamado UPAC) e dessem alívio aos devedores.

Muito rapidamente e devido à pouca receptividade do governo e do Congresso, os devedores e suas associações recorreram também à estratégia judicial e, em especial, interpuseram demandas perante a Corte Constitucional, contra as normas que regulavam o sistema UPAC.

Entre 1998 e 1999 a Corte proferiu várias sentenças sobre o sistema UPAC que, em geral, tendiam a proteger os devedores hipotecários. Ademais, a Corte ordenou que se promulgasse, em sete meses, uma nova lei para a regulamentação

do financiamento de habitação. Essas sentenças colocaram a Corte no “olho do furacão”, pois embora os devedores e alguns movimentos sociais tenham apoiado suas decisões, os grupos empresariais, alguns setores do governo e numerosos analistas atacaram duramente o tribunal constitucional. Esse foi criticado por extravasar suas funções e desconhecer o funcionamento de uma economia de mercado. Ainda, propuseram que a Corte não decidisse sobre a constitucionalidade da legislação econômica.

Nesse contexto, o Congresso discutiu e aprovou, no final de 1999, uma nova lei de financiamento da habitação que incorporava, entre outras coisas, alívios aos devedores de dois trilhões de pesos (cerca de 1 bilhão e 200 milhões de dólares) e amarrava novamente a evolução das dívidas hipotecárias à inflação. A influência das decisões da Corte nos debates parlamentares foi evidente.

Esses casos mostram que a política econômica colombiana nos últimos anos foi fortemente condicionada por decisões da justiça constitucional, que não apenas tiveram custos financeiros consideráveis, como definiram certas orientações dessa política.

Uma primeira conclusão

Os exemplos anteriores permitem chegar a uma primeira conclusão: nas últimas décadas ocorreu efetivamente uma forte judicialização da política colombiana que suscita algumas perguntas óbvias: o que pode ter motivado o desenvolvimento desse fenômeno? Qual é o seu impacto sobre a democratização da sociedade colombiana? As partes seguintes deste artigo tentam oferecer respostas a essas perguntas.

Um ensaio de interpretação: elementos dinamizadores da política colombiana

A explicação das tendências à judicialização da política não é fácil, porquanto as interpretações não coincidem plenamente. Contudo, é possível apontar alguns fatores comuns a diferentes países e outros específicos da Colômbia que permitem entender, ao menos parcialmente, a lógica desse fenômeno.

Elementos dinamizadores da judicialização comuns a outros países¹⁶

Um primeiro fator que alimentou a judicialização na Colômbia e em outros países foi o desencanto com a política, que levou certos setores a exigir do poder judicial respostas para problemas que, em princípio, deveriam ser debatidos e solucionados, graças à mobilização da cidadania, nas esferas políticas. Esse fenômeno não é

obviamente exclusivo da Colômbia, pois a crise das formas de representação e da política em geral são fatores que incidiram profundamente no protagonismo atual dos juízes. Assim, a extensão – ou talvez a maior transparência – da corrupção coloca os juízes no centro do panorama político, seja por sua permeabilidade à própria corrupção, seja por sua atividade contra ela, que não somente os contrapôs aos poderes políticos, mas converteu certos fiscais ou juízes em personagens de grande notoriedade pública e respaldo dos cidadãos. Igualmente, no campo social, alguns setores da judicatura se comprometeram na defesa dos direitos cidadãos, o que faz com que o aparato judicial, que não tem origem popular, seja às vezes percebido como mais democrático do que os órgãos políticos eleitos pelo voto, ocorrendo um certo deslocamento, bastante paradoxal, da legitimidade democrática do sistema político ao sistema judiciário. Finalmente, muitos cidadãos consideram o poder judiciário mais próximo e democrático do que o legislativo ou o executivo, na medida em que, diante de certos litígios, é mais fácil ter acesso ao aparato judicial, pois não são necessários intermediários políticos.

Em segundo lugar, esse interesse cidadão em judicializar certos conflitos foi acompanhado às vezes por um interesse de certos atores políticos (partidos ou mesmo governos) em despolitizar alguns temas sensíveis, para não assumir os custos de sua decisão, ou para dar continuidade a certas questões diante das quais aconteceu um bloqueio em nível institucional. Por isso, aceitam ou até mesmo promovem a transferência desses assuntos aos juízes.

Um terceiro elemento que alimentou a judicialização foi o esforço por fortalecer o poder judiciário e assegurar sua independência como um elemento essencial do Estado de direito. Essa evolução foi impulsionada por fatores muito diversos na América Latina. Assim, os grupos de direitos humanos e os movimentos sociais contra os regimes autoritários defenderam o fortalecimento do poder judiciário como um elemento essencial de consolidação da democracia e de garantia dos direitos. Todavia, igualmente, as agências de financiamento internacional e o Consenso de Washington apoiaram essas reformas, a fim de favorecer o investimento estrangeiro, pois sem poder judiciário independente, não haveria segurança jurídica, nem estabilidade nos contratos e proteção da propriedade. Esses elementos implicaram certo fortalecimento do aparato judicial; assim, é claro que um poder judiciário com maior independência pessoal e política, bem como dotado de maiores recursos, tem uma possibilidade maior de intervir nos processos políticos.

Em quarto lugar, nos últimos anos ocorreu em muitos países uma transição para o que alguns autores chamam de neoconstitucionalismo, que se caracteriza pela promulgação de constituições com uma ampla lista de direitos fundamentais e que, além disso, têm vocação normativa, prevendo sistemas de justiça constitucional para assegurar o respeito desses direitos, inclusive pelas maiorias legislativas. A presença dessas formas de justiça constitucional estimula também

uma forte judicialização da política, não apenas pela faculdade dessas cortes de invalidar decisões legislativas e governamentais, invocando as cláusulas constitucionais, que são essencialmente abertas, mas também porque permitem que os cidadãos individuais ou certos grupos sociais articulem suas demandas na linguagem dos direitos.

Essa constitucionalização interna do direito converge com o fortalecimento relativo, nos últimos anos, dos mecanismos internacionais de direitos humanos, que também estimulam a formulação de reclamações em termos de direitos, o que reforça a dimensão judicial de crítica política.

Possíveis especificidades colombianas

A Colômbia, em certos aspectos, simplesmente acentua certas tendências que ocorreram em outros países, mas existem certos elementos que parecem ser específicos do país.

De um lado, existe a debilidade dos mecanismos de representação política, que parece mais profunda do que em muitos outros países da região; por isso é maior a tentação de substituir a política pela ação judicial. Não é este o espaço para apresentar sistematicamente esse fenômeno, que foi amplamente analisado por outros autores. Basta indicar que se traduziu em um profundo desprestígio do Congresso e da chamada classe política, que possibilitou um protagonismo maior dos juízes e, em especial, da Corte Constitucional. Com efeito, em muitas ocasiões, o que ocorre não é que esse tribunal enfrenta os outros poderes, mas que ocupa os vazios que esses deixam. Essa intervenção aparece como legítima perante amplos setores da cidadania, que consideram que ao menos existe um poder que atua de forma progressista e ágil.

Por outro lado, a Colômbia tem uma tradição histórica de movimentos sociais fracos, em comparação com outros países periféricos ou latino-americanos. E não apenas esses movimentos são pouco fortes, como, além disso, nos últimos anos, a violência aumentou consideravelmente os custos e os riscos de seu funcionamento, pois muitos líderes e ativistas foram assassinados. Esses dois fatores – debilidade histórica e riscos crescentes – tendem a fortalecer o protagonismo judicial e, em especial, o da justiça constitucional. Com efeito, se o acesso à justiça constitucional é relativamente fácil, como se explicará mais adiante, é natural que muitos grupos sociais se sintam tentados a preferir o emprego das sutilezas jurídicas, em vez de recorrer à mobilização social e política, que apresenta enormes riscos e custos na Colômbia.

O fato é que o modelo processual faz com que o acesso à justiça constitucional na Colômbia seja fácil e pouco custoso. Assim, desde 1910, existe a ação pública, em virtude da qual qualquer cidadão pode pedir que se declare a inconstitucionalidade de qualquer lei, sem necessidade de ser advogado e sem

qualquer formalismo especial. Mas isso não é tudo. A Constituição de 1991 criou também a ação de *tutela*, em virtude da qual qualquer pessoa pode, sem nenhum requisito especial, solicitar a qualquer juiz a proteção direta de seus direitos fundamentais. O juiz deve decidir muito rapidamente (dez dias) e todas as sentenças passam à Corte Constitucional, que discricionariamente decide quais revisará. A facilidade de acesso à justiça constitucional favoreceu o protagonismo da Corte, pois é relativamente fácil para os cidadãos converter uma reclamação em uma discussão jurídica, que deve ser constitucionalmente decidida, e em um tempo bastante curto, pela justiça constitucional. E, como mostraram os estudos judiciais comparados, a maior possibilidade de acesso às cortes corresponde a uma maior influência política dos tribunais.¹⁷

Na Colômbia, o movimento simultâneo de neoconstitucionalismo e abertura aos direitos humanos, que ocorreu em outros países, materializou-se na Constituição de 1991. Essa não é o produto de uma revolução triunfante, mas aparece, dentro de um contexto histórico muito complexo, como uma tentativa de realizar um pacto de ampliação democrática a fim de enfrentar a violência e a corrupção política. Em tais circunstâncias, tiveram uma participação muito importante na Assembléia Constituinte forças políticas e sociais tradicionalmente excluídas da política eleitoral colombiana, como representantes de alguns grupos guerrilheiros desmobilizados, dos indígenas ou das minorias religiosas. A composição da Assembléia foi, então, pluralista para os padrões eleitorais colombianos. Nesse quadro, o diagnóstico subjacente de muitos delegados pareceu ser o seguinte: a exclusão, a falta de participação e a debilidade na proteção dos direitos humanos eram os fatores básicos da crise colombiana. Isso explica algumas das orientações ideológicas da Carta de 1991: a ampliação dos mecanismos de participação, a imposição ao Estado de deveres de justiça social e igualdade e a incorporação de uma rica carta de direitos e de novos mecanismos judiciais para sua proteção.

Tudo isso também explica a generosidade em matéria de direitos dessa Constituição, que atribui uma particular força jurídica aos direitos humanos. Não somente a Carta define que a maior parte das normas constitucionais que contêm essas garantias são diretamente aplicáveis, como estabelece que os tratados na matéria prevalecem na ordem interna e constituem critério de interpretação dos direitos constitucionais. A Carta de 1991 tem então uma vocação de aplicação judicial, que favorece um certo ativismo judiciário em favor dos direitos da pessoa, que embora não fosse impossível, tinha menos força normativa no ordenamento constitucional anterior.

Ademais, também existiu uma tensão forte entre o conteúdo social de muitas cláusulas da Constituição e as estratégias de desenvolvimento que os governos colombianos implementaram desde 1990. Assim, embora a Constituição possibilite as privatizações e certas políticas neoliberais, muitas de suas normas favorecem uma intervenção ativa do Estado em busca da justiça social, posto que representantes

de setores tradicionalmente excluídos da política colombiana tiveram uma influência considerável em sua redação. No entanto, o governo Gaviria (1990-1994), que havia promovido com vigor o processo constituinte, deflagrou, talvez com força ainda maior, uma estratégia de abertura da economia de conteúdo claramente neoliberal. Assim, enquanto a Constituição, em certa medida, exigia mais Estado e uma intervenção redistributiva das autoridades, os governos executavam planos de desenvolvimento que tendiam a diminuir a presença social do Estado e a favorecer os mecanismos de mercado na atribuição dos recursos.¹⁸

Muito rapidamente, e por distintos fatores, as forças políticas que redigiram a Constituição se enfraqueceram politicamente, o que fez com que uma das poucas instituições com possibilidade de desenvolver o conteúdo progressista da Carta de 1991 fosse a Corte Constitucional. E a Corte Constitucional, desde suas primeiras sentenças, decidiu assumir com vigor essa função, levando a sério o papel dos juízes no desenvolvimento dos direitos fundamentais. Desse modo, a Corte se converteu praticamente na única executora do projeto constituinte.

Em todos esses anos, a Corte tendeu então, pouco a pouco, a se auto-representar como a executora dos valores de liberdade e justiça social encarnados na Constituição, o que lhe permitiu ganhar uma importante legitimidade em certos setores sociais. Todavia, sempre andou no fio da navalha, já que esse progressismo explica também a crítica acérrima de outros setores, em geral ligados aos grupos empresariais ou ao governo, que atacam a jurisprudência da Corte, por considerá-la populista e ingênua, ignorando as condições reais da sociedade colombiana. Esses atores não se limitaram a fazer críticas, mas tentaram, até agora sem êxito, realizar numerosas reformas para acabar com a Corte, ou ao menos para limitar consideravelmente suas atribuições.

Além do dito acima, existem certos traços que favorecem o ativismo e protagonismo judicial na Colômbia, como a tradição de respeito, ao menos formal, às formas constitucionais e uma independência do poder judiciário relativamente importante.

A Corte Constitucional foi criada pela nova Constituição, aprovada pela Assembléia Constituinte de 1991. No entanto, a Colômbia já tinha uma longa tradição de controle judicial de constitucionalidade, pois ao menos desde 1910 se reconhecia à Corte Suprema de Justiça a possibilidade de que declarasse, com força geral, a inconstitucionalidade de uma lei. E efetivamente, com maior ou menor fortuna, a Corte Suprema exerceu essa função durante quase oito décadas, e tomou em várias oportunidades decisões muito polêmicas, mas que finalmente foram aceitas pelas forças políticas. Por conseguinte, quando a Corte Constitucional começou a funcionar, em 1992, a cultura jurídica e política colombiana já estava muito familiarizada com a revisão judicial, a ponto de que para poucas pessoas da comunidade jurídica colombiana parece estranho que esse tribunal tenha a faculdade de anular leis aprovadas pelo Congresso. A Corte

Constitucional colombiana, apesar de ser uma instituição nova, não teve então de lutar para que as forças políticas reconhecessem a legitimidade da revisão judicial, pois esta era amplamente aceita nos meios políticos e jurídicos colombianos.

*Potencialidades e riscos da judicialização da política
para a consolidação democrática*

A judicialização parcial da vida política tem, sem dúvida, certas virtudes. Em particular, permite evitar abusos dos órgãos políticos e das maiorias contra minorias estigmatizadas ou indivíduos. Nessa medida, a linguagem dos direitos ocupa um lugar importante nas democracias contemporâneas, e o reconhecimento e a proteção judicial desses direitos, apesar de realizados por órgãos não-majoritários, como o são os juízes e os tribunais constitucionais, devem ser vistos não como limitações à democracia, mas como garantias para suas precondições. Portanto, embora não tenha uma origem democrática, o juiz constitucional cumpre um papel democrático essencial, pois é o guardião da continuidade do processo democrático.

A justificação anterior de uma judicialização da política se vincula também à importância que têm os direitos fundamentais em uma sociedade democrática. A idéia é que muitos desses direitos são, em primeiro lugar, pressupostos processuais do funcionamento da democracia, pois mal poderia existir um verdadeiro debate democrático se não se garantisse a liberdade de expressão e de mobilização, os direitos de associação, os direitos políticos etc. A existência desses direitos é, pois, um elemento essencial para que a democracia possa realmente ser considerada um regime em que os cidadãos são livres e deliberam para se auto-governar. Entretanto, para que essas pessoas sejam verdadeiramente livres, é necessário também assegurar-lhes condições mínimas de dignidade, que lhes permitam desenvolverem-se como indivíduos autônomos. Os direitos fundamentais representam então esses bens, considerados indispensáveis para que todas as pessoas gozem da dignidade necessária para serem cidadãos verdadeiramente livres, iguais e autônomos. Nessa medida, esses direitos aparecem também como uma espécie de pressupostos materiais do regime democrático, pois sem cidadãos livres e iguais, mal poderíamos falar de governo democrático. Portanto, se os direitos fundamentais são tanto pressupostos processuais como materiais da democracia, esses direitos devem ser garantidos, independentemente da opinião das maiorias. Nesse contexto, se os direitos fundamentais são, e me perdoem a redundância, fundamentais para a democracia, então ao assegurar sua realização, os juízes cumprem uma função democrática essencial.

Em conseqüência, e utilizando a terminologia sugerida por Luigi Ferrajoli,¹⁹ embora os juízes e os tribunais constitucionais careçam de legitimidade democrática formal, pois não têm origem na vontade popular, o certo é que

gozam de uma legitimidade democrática substancial, na medida em que asseguram os direitos fundamentais e protegem a continuidade e a imparcialidade do processo democrático.

Ademais, uma judicialização também parece ineludível quando ocorrem bloqueios no próprio sistema político, que pode, por exemplo, fazer com que ele perca a capacidade de reagir diante de determinados tipos de práticas de corrupção, quando essas já se generalizaram tanto que fazem parte das regras ordinárias de jogo do sistema. Em tais contextos, as intervenções do poder judiciário – como um ator parcialmente externo ao sistema político enquanto tal – podem desencadear processos de transformação política que talvez fossem impossíveis desde dentro do sistema político. Nesse sentido, a judicialização não é em si mesma prejudicial, pois pode ser um catalisador que permite uma renovação democrática da política.

Em terceiro lugar, uma judicialização da política, em especial aquela ligada à luta pelos direitos, pode também funcionar, por paradoxal que pareça, como um mecanismo de mobilização social e política, na medida em que permite dar poder a certos grupos sociais e facilitar-lhes sua ação social e política, como conseguiram fazer os devedores hipotecários graças a certas decisões judiciais.

Não obstante, os riscos de uma judicialização excessiva da vida política são também claros, pois ela pode afetar a consolidação de nossas precárias democracias.

De um lado, ela pode comportar uma sobrecarga do aparato judicial, que começa a assumir com dificuldade tarefas que não lhe correspondem totalmente. Assim, a transferência da resolução de um excesso de problemas aos juízes pode terminar por afetar a própria legitimidade da administração da justiça, que não tem no longo prazo a capacidade de enfrentar tais desafios. E isso decorre não apenas da quantidade de problemas que o sistema judicial começa a resolver, mas também dos tipos de assuntos, uma vez que a arena judicial pode não ser a mais apropriada para determinados conflitos. Os riscos de erro judiciário são grandes.

Por outro lado, a judicialização pode gerar um contraste entre uma justiça visível e protagonista, que decide poucos casos, mas de forma espetacular, enquanto que a grande maioria dos assuntos é decidida por uma justiça invisível e com tendência à rotinização, que os tramita de maneira ineficiente e parcial.²⁰ No caso colombiano, as evidências dessas ineficiências rotineiras são claras, como mostra, para citar um único indicador, a impunidade em matéria penal. Apesar das discrepâncias que existem no país em torno da conceituação e quantificação da impunidade, em geral, todos os analistas reconhecem que ela é alta e persistente. Poderíamos chegar então a uma combinação perversa das enormes deficiências do aparato judicial com seu grande protagonismo; assim, as primeiras se cobrem com o segundo, isto é, as deficiências funcionais do aparato judicial são, em certa medida, compensadas por uma intervenção excepcional dos juízes nos grandes debates políticos. Protagonismo político de um lado e deficiências funcionais do outro se encontram, então, conectados: enquanto a

justiça não resolve seus problemas funcionais e adquire força e capacidade mediante o cumprimento de seus compromissos sociais naturais, sua intervenção nos grandes debates políticos pode ser o pretexto para um desvio de objetivos e para um debilitamento ainda maior de suas obrigações.

Em terceiro lugar, a judicialização dos conflitos políticos tende quase inevitavelmente a politizar, no mau sentido do termo, os conflitos judiciais. Os tribunais e os processos se convertem em cenários e instrumentos de estratégias de atores políticos, o que desestabiliza profundamente o papel do sistema judiciário como garantidor dos direitos das pessoas e das regras do jogo democrático. O direito deixa de ser a regra geral que toda a comunidade reconhece, pois o sentido das normas é considerado manipulável conforme os interesses. A opinião começa então a desconfiar de todas as decisões judiciais, com o que se compromete a legitimidade mesma da administração de justiça. Isso é ainda mais grave em democracias precárias, pois nelas a independência do poder judiciário está longe de estar consolidada.²¹

Em quarto lugar, essa excessiva judicialização leva, em muitas ocasiões, a um adiamento de soluções políticas que são necessárias para enfrentar certos problemas, como ilustrou o desenvolvimento do chamado processo 8000. Desse modo, a ausência de regras claras sobre partidos e eleições favoreceu a infiltração do dinheiro do narcotráfico na campanha presidencial de 1994. No entanto, naquele momento, as próprias incidências do processo 8000 e do julgamento do presidente postergaram e levaram a um segundo plano o debate sobre a reforma política, que só foi retomado com seriedade vários anos depois.

Finalmente, embora a judicialização em países como a Colômbia se explique, em parte, pela debilidade dos movimentos sociais e se diga que ela poderia favorecer uma nova política democrática, o certo é que pode também acentuar a apatia dos cidadãos. O uso das sutilezas judiciais para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução de muitos problemas políticos não depende da participação democrática, mas da atividade de juízes e fiscais providenciais. Isso é grave, pois implica não somente um aumento da desmobilização dos cidadãos, mas também um questionamento dos próprios princípios democráticos, já que caberia aos funcionários da justiça - não eleitos - defender as eventuais virtudes da democracia. Os riscos de saídas autoritárias e antidemocráticas são importantes, pois cada vez mais a sociedade começaria a confiar em homens providenciais para a restauração da virtude e a solução dos problemas.

Este exame leva, então, a uma conclusão, que embora aparentemente óbvia, é importante: a judicialização tem potencialidades, mas igualmente riscos. O desafio é potencializar suas possibilidades democráticas e minimizar seus efeitos perversos, o que, do ponto de vista acadêmico, deveria nos levar a tratar de investigar mais especificamente quais são as judicializações democratizantes e quais, ao contrário, são democraticamente arriscadas.

NOTAS

1. Ver, por exemplo, Boaventura Santos, "Los paisajes de las justicias en las sociedades contemporáneas", in Boaventura Santos & Mauricio García-Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Uniandes-Siglo del Hombre-Colciencias-CES, 2001.
2. Para conceituações semelhantes, ver os trabalhos de Pilar Domingo, em particular seu texto neste livro e seu artigo: Pilar Domingo, "Judicialisation of Politics: The Changing Political Role of the Judiciary in Mexico" in Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell (eds.), *The Judicialisation of Politics in Latin America*, Nova York, Palgrave Macmillan, (no prelo 2005).
3. Ver a respeito: Rodrigo Uprimny, "Jueces, narcos y políticos: La judicialización de la crisis política" in Francisco Leal Buitrago (ed.), *Tras las huellas de la crisis política*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, Fescol, IEPRI, 1996.
4. A respeito, ver: Fernando Cepeda Ulloa, "La pérdida de investidura de los congresistas: una herramienta eficaz contra la corrupción" in Fernando Cepeda Ulloa (ed.), *Las fortalezas de Colombia*, Bogotá, Ariel, BID, 2004, pp. 489.
5. Para uma apresentação da evolução do controle judicial do uso desses poderes excepcionais, ver Rodrigo Uprimny, "The Constitutional Court and Control of Presidential Extraordinary Powers in Colombia" in Siri Glippen, Roberto Gargarella & Elin Skaar (eds.), *Democratization and the Judiciary*, Londres, Frank Cass, 2003.
6. No regime constitucional colombiano existem três tipos de estados de exceção: de um lado, o estado de guerra exterior, previsto para as hipóteses de conflito internacional e que nunca foi usado; de outro lado, o estado de comoção interior, previsto para as graves alterações da ordem pública; e, finalmente, o estado de emergência, previsto para graves crises econômicas ou naturais.
7. As decisões da Corte Constitucional colombiana são basicamente de dois tipos: as sentenças de constitucionalidade, ou de controle abstrato das leis, cuja numeração se inicia com um "C", e as decisões em ações de *tutela*, nome que se atribuiu na Colômbia ao recurso de *amparo* ou de proteção, que são aquelas que se iniciam com um "T". As sentenças de constitucionalidade são pronunciadas pela Sala Plena, integrada por nove magistrados, enquanto que, via de regra, as sentenças em ações de *tutela* são expedidas pelas distintas Salas de Revisão, integradas cada uma por três magistrados, salvo quando se decide unificar a doutrina constitucional sobre ações de *tutela*, caso em que participa também a Sala Plena. Nessas eventualidades, as sentenças se denominam "SU". As sentenças dessa Corte Constitucional são identificadas então por três elementos: o prefixo, ("C", "T" ou "SU") que indica o tipo de processo e decisão; um primeiro número, que corresponde à ordem sequencial em um ano determinado; e um segundo número, que especifica o ano. Assim, a sentença T-002/92 é a segunda sentença emitida pela Corte em 1992, e corresponde a uma ação de *tutela*, decidida em uma Sala de Revisão de três magistrados.
8. Sobre o trabalho da Corte na proteção da diversidade étnica, ver escritos de Vítor Manuel Uribe.
9. A ação de *tutela* na Colombia equivale ao *amparo* em outros países. O *amparo* é um recurso

para a proteção judicial de direitos constitucionais fundamentais, que pode ser apresentado perante qualquer juiz, sendo decidido em poucos dias. Ainda, a Corte Constitucional pode discricionariamente revisar o *amparo* para firmar a jurisprudência sobre direitos fundamentais.

10. Sobre o *amparo*, ver nota anterior.

11. Segundo um documento da Direção Geral de Orçamento do Ministério da Fazenda, apresentado em outubro de 2004, em um seminário sobre o tema, a decisão sobre deslocados poderia custar aproximadamente um trilhão de pesos, isto é, cerca de 400 milhões de dólares, a uma taxa reavaliada de 2500 pesos por dólar. E a sentença sobre prisões custou em torno de 300 bilhões de pesos em gastos de funcionamento e cerca de 260 bilhões em gastos de investimento, isto é, 560 bilhões de pesos no total, o que equivale aproximadamente a 230 milhões de dólares.

12. Ver Luis Carlos Sotelo, "Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas" in Departamento Nacional de Planeación de Colombia, *Archivos de macroeconomía*, Documento 133, 2000.

13. Ver Corte Constitucional y Consejo Superior de la Judicatura, *Estadísticas sobre la tutela*, Bogotá, 1999. Essa tendência se mantém em anos posteriores.

14. Segundo o citado documento do Ministério da Fazenda, o custo dessas sentenças é alto. Dois exemplos: a sentença C-409/04 custou, desde 1995 várias centenas de milhões de pesos e seu custo se mantém e equivale a cerca de 800 bilhões de pesos por ano, isto é, unos 320 milhões de dólares por ano. A sentença C-776/03 do IVA reduziu as receitas fiscais em aproximadamente 750 milhões de pesos, cerca 300 milhões de dólares.

15. Ver o periódico colombiano *El Espectador*, 29 de abril de 1997 e 1º de junho de 1999.

16. Sobre esse ponto, ver a apresentação sintética de Pilar Domingo: *op.cit.* Ver igualmente Javier Couso, "Consolidación democrática y poder judicial: los riesgos de la judicialización de la política", *Revista de Ciencia Política*, Vol XXIV, No 2, 2004, pp. 37 e ss.

17. Herbert Jacob et al., *Courts, Law and Politics in Comparative Perspective*, New Haven, Yale University Press, 1996, pp. 396 e ss.

18. Sobre as tensões entre o conteúdo social da Constituição e as estratégias neoliberais dos governos na década de 1990 e, em especial, do governo Gaviria, ver José Antonio Ocampo, "Reforma del Estado y desarrollo económico y social en Colombia", *Análisis Político*, No 17, setembro/dezembro, 1992. Ver igualmente Andrés López Restrepo, "El cambio de modelo de desarrollo de la economía colombiana", *Análisis Político*, N. 21, janeiro/abril, 1994.

19. Ver Luigi Ferrajoli, *Razón y derecho*, Madri, Trotta, 1985, pp. 855 e ss.

20. Sobre este contraste, ver César Rodríguez, Mauricio García e Rodrigo Uprimny, "Justice and society in Colombia: a sociological analysis of Colombian courts" in Lawrence Friedman & Rogelio Pérez-Perdomo (Eds), *Legal Culture in the Age of Globalization*, Stanford, Stanford University Press, 2003.

21. Em sentido semelhante, ver Couso: *op. cit.*, pp. 43 e ss.



LAURA C. PAUTASSI

Advogada, especialista em Planejamento e Gestão de Políticas Sociais da Universidade de Buenos Aires. Doutora em Direito e Ciências Sociais. Pesquisadora do *Consejo de Investigaciones Científicas y Tecnológicas* (CONICET), *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Gioja"*, Faculdade de Direito, Universidade de Buenos Aires, Argentina. Docente de pós-graduação.

Endereço: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja
Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires
Av. Figueroa Alcorta 2263, 1 piso
C1425CKB- Buenos Aires, Argentina
Email: lpautassi@arnet.com.ar

RESUMO

O artigo reflete sobre diversas ações que se desenvolveram na América Latina com o intuito de garantir a igualdade entre homens e mulheres a partir de diferentes estratégias e ações afirmativas aplicadas em diversos campos (relações trabalhistas, conciliação trabalho-família, seguridade social). A análise se concentra na responsabilidade do Estado em matéria de regulação trabalhista, considerando em especial o princípio jurídico de igualdade de tratamento, bem como o direito à seguridade social. O artigo distingue os conceitos de discriminação e desigualdade, e analisa os pressupostos da igualdade e da diferença de gênero, a base da regulação trabalhista e da seguridade social. A partir disso, são apresentadas propostas de políticas públicas que promovam novos projetos institucionais, especialmente para o sistema de previdência social e de políticas conciliatórias e para o emprego em geral.

Original em espanhol. Traduzido por Maria Lúcia O. Marques.

PALAVRAS-CHAVE

Igualdade – Discriminação - Direitos sociais - Enfoque de direitos - Políticas de gênero - Ações afirmativas - Mercado de trabalho - Seguridade social



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.
Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

HÁ IGUALDADE NA DESIGUALDADE? ABRANGÊNCIA E LIMITES DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

Laura C. Pautassi

Introdução

Nas duas últimas décadas, a América Latina experimentou processos de transformação dos princípios de organização política, econômica e social. Em primeiro lugar, destaca-se a implementação sustentada de políticas de ajuste estrutural e de reforma do Estado, que – com contornos particulares em cada país – formou um conjunto de políticas e medidas. O claro objetivo foi a reestruturação do Estado a partir de mudanças nas formas tradicionais de funcionamento, no âmbito de uma crescente sub-rogação de suas funções. Essa sub-rogação foi seguida de profundas transformações econômicas internas, com novos agentes econômicos e sociais, e com a implementação de novas formas de proteção e seguridade social.

Um fenômeno que mudou o perfil da agenda social da região foi a entrada da mulher na vida pública, tanto a partir de sua incorporação no mercado de trabalho, como nos visíveis avanços educativos e na incipiente, ainda que escassa, incorporação em termos de participação política. No entanto, não houve, por parte do homem, a mesma assunção de responsabilidade pelas tarefas reprodutivas, historicamente femininas.

Dessa forma, mulheres e homens sofreram a aplicação de políticas de ajuste de diversas maneiras, principalmente na inserção no mercado de trabalho, e sobretudo a partir das mudanças nas formas de contratação, com empregos em tempo parcial, com mobilidade de tarefas e de processos de

Ver as notas deste texto a partir da página 91.

trabalho, perda de benefícios sociais – antes complementares ao emprego estável –, restrições severas no sistema de políticas sociais, aumento do desemprego e do subemprego. Ainda, todas essas mudanças foram acompanhadas de redução de salários, quando esses existiam.

Paradoxalmente, em situações de vulnerabilidade, e durante os processos de reformas, as mulheres conseguiram o reconhecimento jurídico e a igualdade formal em todos os países da região. A maioria dos Estados ratificou os principais tratados de direitos humanos, com a posterior adequação dos marcos jurídicos nacionais aos instrumentos internacionais. Houve também a implementação de medidas de ações afirmativas, o reconhecimento de direitos reprodutivos, a criação generalizada de mecanismos jurisdicionais para impulsionar políticas equitativas. As organizações de mulheres com suas antigas lutas interferiram para instalar uma agenda de gênero, buscando consolidar estratégias e políticas-chaves na promoção da igualdade e estabelecer o debate da cidadania para homens e mulheres.

Por outro lado, como mostra Castel, o discurso da incorporação das mulheres ao mundo do trabalho ocorre precisamente quando o trabalho, como elemento privilegiado na relação social, desvaloriza-se, enquanto o comportamento do mercado é afetado pela presença cada vez mais notável e demandante das mulheres, que exercem pressão sobre ele e cobram eficiência e resultados das políticas.¹

Este é o contexto no qual se tornam nítidas as assimetrias próprias do desenvolvimento institucional latino-americano. Em primeiro lugar, a soma de ações promovidas por diversos agentes sociais e políticos gerou um marco de direitos e consensos para promover a igualdade de gênero. No entanto, os resultados estão longe de ser satisfatórios: a pobreza, a discriminação e a desigualdade persistem e ganham corpo na exclusão social como o grande “fenômeno” nos países da região. Isso significa que houve um incremento na situação de assimetria em matéria de direitos, considerando que a atual fase de desenvolvimento e inserção produtiva gera um inédito contraste entre maior realização de direitos civis e políticos, e retrocessos dramáticos na realização de direitos sociais e econômicos. Ao mesmo tempo, aumentam as situações de insegurança sócio-econômica e de vulnerabilidade social, com impacto no âmbito do gênero.

Essa situação reflete uma débil –mas não menos importante– vinculação entre as esferas de cidadania e o verdadeiro alcance do princípio de igualdade de oportunidades e de tratamento. É necessário esclarecer que: o direito em geral e o direito trabalhista em particular revelam a tensão constante entre a regulação do âmbito público e a postura liberal da não-intromissão do Estado no mundo privado, que deve ser livre da intervenção estatal.²

A rigor, e na forma como tentarei desenvolver ao longo deste trabalho, o

direito trabalhista surge transpondo a clássica divisão do direito entre público e privado,³ e se coloca entre ambos ao romper a igualdade entre as partes contratantes, estabelecendo que dada a relação de subordinação que caracteriza o vínculo trabalhista, a parte trabalhadora requer proteção especial. Além disso, há neste campo do direito uma dicotomia em que competem dois valores distintos: por um lado se aceita a vigência do princípio de igualdade entre os trabalhadores, por outro se reclama a regulação diferencial para certas condições. Essa dicotomia, que também pode ser considerada uma tensão, ganha especial importância no trabalho feminino, que atravessa os ciclos reprodutivos e as conseqüentes relações sociais, que, por sua vez, implicam assumir as responsabilidades familiares combinadas com as produtivas. Esta relação se agrava de tal forma que acaba por afirmar a diferença para reclamar a igualdade.⁴

No entanto, este reconhecimento normativo da diferença para garantir direitos destinados a dar efetivas condições de igualdade de oportunidades para as mulheres não considera a divisão sexual do trabalho no lar. Dentro do lar, o trabalhador homem poucas vezes assume uma ativa co-responsabilidade em tarefas reprodutivas, aprofundando, dessa forma, uma divisão entre o público e o privado, sem a suficiente consideração dos antagonismos existentes nos dois âmbitos e relegando à esfera privada as particularidades e diferenças em termos de gênero. Em outros termos, o que é protegido e regulamentado para as mulheres se relaciona com sua responsabilidade sobre o mundo privado, mais do que sobre o *continuum* produtivo-reprodutivo como eixo de análise de relações que incluem homens e mulheres, ou sobre a eliminação de discriminações na vida pública.⁵

Em minha argumentação enfatizo que este reconhecimento de direitos, no campo do direito trabalhista e da seguridade social, nem sempre consistiu em um reconhecimento de direitos próprios das mulheres. Isso significa que, embora tenham sido incorporados normas e princípios que reconhecem a igualdade no emprego, o substrato normativo não inclui a mulher como sujeito de direitos em si. Entende que seus direitos resultam de sua inserção no mercado formal ou de seu vínculo com outro titular de direitos (seu marido ou pai): seus direitos advêm de sua condição de trabalhador assalariado.

Esta consideração da mulher no sistema de seguridade social, como portadora de direitos derivados e não próprios, marca as formas de organização e de desenvolvimento dos sistemas das políticas sociais na América Latina. Sobre sua inserção no mercado de trabalho, a idéia de portadora “derivada” de direitos influencia a maioria das regulações trabalhistas e, sem dúvida, permeia a lógica de funcionamento do mercado de trabalho, entre outras razões, porque nunca contemplou a entrada da mulher no mesmo.

No entanto, essa forma de organização do sistema pode ser revertida a

partir de um conjunto de intervenções, tais como as propostas neste trabalho, que contribuam para criar sistemas mais eqüitativos. Ou seja, nos quais o acesso se dê não em função de direitos derivados do trabalho ou de vínculo legal com um trabalhador, mas em função da qualidade de cidadão e cidadã.⁶

Nesse contexto, este artigo tem o objetivo de analisar a abrangência da consideração da mulher como sujeito de direitos derivados, no âmbito da seguridade social, e o papel das reformas na consolidação da categoria. O trabalho dará especial atenção às reformas previdenciárias e seus efeitos para homens e mulheres.

Para situar o debate, estudaremos, em primeiro lugar, a responsabilidade do Estado em matéria das regulações trabalhistas, considerando especialmente o princípio jurídico de igualdade de tratamento e o direito à seguridade social. Ainda, é preciso distinguir os conceitos de discriminação e desigualdade, e analisar os pressupostos sobre a igualdade e a diferença de gênero na base das regulações trabalhistas e de seguridade social. A partir disso, apresentamos propostas de políticas públicas que, embora não pretendam ser definitivas, buscam explorar novas áreas e enfoques para incorporar – na esfera política e na agenda estatal – a necessidade de novos projetos institucionais que revertam as situações de iniquidade atualmente vigentes.

O direito do trabalho: a primeira ação afirmativa?

O direito trabalhista se caracteriza por ser um ramo autônomo do direito que legitima a intervenção do Estado na relação jurídica existente entre partes independentes. Essa intervenção se justifica pelo reconhecimento da desigualdade pré-existente entre os agentes de uma relação, fundamentalmente pela diferente posição econômica e hierárquica que ocupam: um dos sujeitos, o empregador, dirige o outro sujeito, o trabalhador, que o obedece e executa o serviço a que se comprometeu em troca de um salário. A partir daí se estabelece uma peculiar estrutura jurídica, funcional no modelo capitalista industrial e que regula as relações de tipo individual, entre empregador e trabalhador, e coletivas, entre patrões e sindicatos. Essa incorporação de sujeitos coletivos legitimados para agir é inédita. Autoriza sujeitos grupais a impor regras de contratação para determinados âmbitos da atividade produtiva.

Diferentemente de outros ramos do direito, como o direito civil ou o comercial, que protegem a autonomia da vontade das partes e privilegiam a liberdade de contratação; no direito do trabalho se reconhece a necessidade de dar proteção social a quem mantém uma relação de trabalho subordinada ou uma situação econômica e jurídica reconhecidamente desvantajosa com a outra parte. O direito trabalhista não parte da premissa de igualdade entre os co-contratantes. Ao contrário, a igualdade substancial constitui sua meta ou

aspiração e, para alcançá-la, dá proteção especial à parte considerada fraca na relação trabalhista.⁷

Sobre a regulação específica do trabalho das mulheres, é preciso lembrar que as primeiras normas trabalhistas surgiram precisamente para proteger as mulheres e as crianças que se encontravam em especial situação de exploração durante a revolução industrial. Por essa razão, as normas tiveram, em sua origem, a intenção de preservar a mulher das difíceis condições de trabalho existentes, do trabalho noturno, insalubre ou de condições muito penosas. Desse modo, disposições introduzidas principalmente nos acordos protetores da OIT⁸ levaram em consideração a mulher somente em seu papel de mãe.

Em meados dos anos quarenta, quando os países da América Latina criaram as bases dos Estados de Bem-Estar Social, a mulher continuou sendo tratada como mãe. Tal situação condizia com o formato de um tipo especial de projeto institucional, como os que se desenvolveram na região, especialmente nos países do Cone Sul. Assim, a figura do trabalhador assalariado era masculina. A relação trabalhista “típica” era o emprego regular, de tempo integral, em idade ativa e com raras mudanças na carreira trabalhista. Claramente, as mulheres ficavam em posição de desvantagem, obtendo algumas normas protetoras, mas sem conquistar o princípio da igualdade. Aquilo que juridicamente poderia ser correto, outorgando uma oportunidade de efetiva solidariedade social, teve como resultado um sistema fragmentado e injustamente privilegiado, baseado fundamentalmente nas diferenças verificadas no mercado trabalhista.

Posteriormente, a melhora das condições de trabalho em termos gerais, sem distinção de gênero, fez desaparecer as proteções especiais conquistadas inicialmente de forma exclusiva para mulheres e crianças. A partir dos anos 1950, teve início um lento e progressivo processo de eliminação de normas contrárias a este princípio de igualdade nos ordenamentos jurídicos. Esse processo se desenvolveu de forma heterogênea e com particularidades em cada um dos países, tendo sido acompanhado de ratificação dos acordos da OIT de corte igualitário, proclamando o princípio da igualdade entre ambos os sexos.⁹

É interessante assinalar que, desde meados dos anos 80, os países latino-americanos, coincidentemente com o restabelecimento de governos democráticos, reformaram suas Constituições e assumiram uma quantidade importante de compromissos com seus cidadãos para garantir a equidade e a igualdade de oportunidades em diversos âmbitos da vida social. Assim, comprometeram-se, a partir da ratificação de pactos e tratados internacionais, a garantir a igualdade e a não-discriminação, além do direito ao trabalho.

A rigor, as declarações e tratados internacionais reconhecem o direito ao trabalho, mas com ressalvas a respeito das condições nas quais pode ser efetivado, subordinando-o aos recursos e peculiaridades de cada Estado ou à

obrigação do Estado de estabelecer políticas que garantam esse direito. Esse seria o caso do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que estabelece que os Estados-Parte reconhecem o direito a trabalhar, que compreende o direito de toda pessoa ter a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho escolhido ou aceito livremente. Cada Estado tomará as medidas adequadas para garantir esse direito. As obrigações dos Estados-Partes não se limitam a satisfazer o conteúdo mínimo dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas envolvem também a adoção de medidas para satisfazer, progressiva e plenamente, esses direitos, utilizando o máximo de recursos disponíveis.

O primeiro instrumento internacional que aborda a discriminação, especificamente, é a CEDAW, que considera como discriminação:

Toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo, que tenha por objeto ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício da mulher, independentemente de seu estado civil, sobre a base da igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e as liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural, civil ou em qualquer outra esfera.¹⁰

Ao longo do texto, promove-se a criação de medidas de ação afirmativa para aumentar as oportunidades de participação econômica, social, cultural, civil e política das mulheres. Quanto ao emprego feminino, a CEDAW considera não só a demanda de emprego, os processos de seleção, os critérios de remuneração, a seguridade social, a proteção da saúde e da maternidade, como também a oferta e a ampliação da autonomia das trabalhadoras vinculadas à escolha do trabalho ou profissão e à formação profissional.¹¹ Também se prevê o direito das mulheres aos benefícios familiares com independência de seu estado civil¹² e se explicita que os direitos das trabalhadoras devem ser protegidos de potenciais discriminações originadas pelo casamento e/ou maternidade. Estabelece claramente que os Estados devem tomar medidas adequadas para proibir e sancionar este tipo de práticas discriminatórias, além de proteção da maternidade por meio de licenças pagas e prevenção da execução de trabalhos que prejudiquem a trabalhadora durante a gravidez. Ainda, deve-se dar o benefício de serviços de cuidado infantil e outras medidas que permitam combinar as responsabilidades trabalhistas e familiares dos pais.¹³

Este processo de incorporação de princípios igualitários, pela via constitucional ou de tratados e convênios internacionais, foi acompanhado em muitos casos pela implementação de um plano de igualdade de oportunidades; a pedido mesmo dos organismos, que podem contar com projetos estaduais ou locais, de proteção à mulher em cada um dos países da região.

No entanto, apesar do avanço na afirmação do princípio da igualdade, na maioria dos países da região, a partir da década de noventa, surgem medidas de flexibilização trabalhista, acompanhadas por severas restrições na rede de seguridade no trabalho e das instituições sociais.¹⁴ Essa flexibilização se deveu também à aplicação de políticas de ajuste estrutural de cunho neoliberal, que entre outras medidas, produziram profundas transformações econômicas e, ainda, reformas tributárias.

Em consequência, ocorre atualmente na região uma particular situação de assimetria entre ordenamentos constitucionais. Há ampla consideração de igualdade de oportunidades, um importante avanço em planos nacionais de igualdade, mas também a ausência de mecanismos efetivos que contribuam para sua concretização no âmbito da consolidação da participação da mulher nos mercados de trabalho urbanos.¹⁵

Nesse novo contexto, o fato da mulher ser considerada e protegida como “mãe” não é um problema. Ao contrário, à luz dessas políticas que precarizam o emprego, o problema é precisamente o fato de ser ou querer ser mãe. Ou seja, a maternidade, no quadro da flexibilização trabalhista, passa a ser uma fonte de desvantagem para as mulheres. Assim, a contratação de mulheres é desestimulada em função do aumento do custo trabalhista;¹⁶ não há oferta de serviços reprodutivos e, em casos de precariedade absoluta, a trabalhadora é penalizada quando “transgride” a norma e engravida. A maternidade deixa de ser uma função social, protegida pelo Estado, e passa a ser uma questão individual que, agravada pela negação dos serviços sociais estatais, na maior parte dos países latino-americanos, torna ainda mais complexa a situação das mulheres trabalhadoras. No caso das trabalhadoras informais, que não têm proteção alguma, é mais grave o problema: fica ao arbítrio da “boa vontade”, no melhor dos casos, de seus empregadores.

Ou seja, a situação atual na América Latina se caracteriza também pela persistência da cultura onde a responsabilidade do cuidado do lar e dos filhos recai principalmente sobre as mulheres, e não sobre os casais. Na maioria dos países da região, a norma é focar nas licenças para cuidado infantil, nos subsídios para maternidade e na disponibilidade de creches. Muito embora seja um problema cultural, é muito significativo que o Estado o reforce por meio da legislação e das políticas, e destine às mulheres uma dupla função, no mesmo ato em que regula as relações entre trabalhador e empregador.

É precisamente no âmbito das políticas de conciliação entre tarefas produtivas e a criação dos filhos (trabalho reprodutivo), que devem concentrar-se ações afirmativas nas regulações trabalhistas, a fim de promover um verdadeiro avanço no princípio da igualdade. Retomaremos este aspecto nas propostas de políticas.

A seguridade social é cega à questão do gênero?

A seguridade, como objetivo de política estatal, busca proteger o indivíduo dos riscos materiais e das inseguranças materiais individuais típicas relacionadas a doenças, à incapacidade para o trabalho ou à dificuldade de encontrar trabalho devido à perda de habilidades, à falta de recursos para a maternidade ou à criação dos filhos, à necessidade de garantir recursos na aposentadoria ou diante da perda do arrimo de família. Estas situações, denominadas contingências, não devem ser resolvidas pela caridade pública ou formas de mutualismo ou cooperação, mas por meio de acordos coletivos. Em outros termos, a seguridade social se traduz na ação estatal baseada na legislação formal, garantida por direitos sociais e pela intervenção técnico-administrativa do aparelho estatal.¹⁷

Em suas origens, o direito da seguridade social se diferenciava do direito do trabalho, por não considerar o trabalhador assalariado como sujeito à proteção enquanto tal, mas por buscar proteger a integridade da pessoa. Com o desenvolvimento do sistema, e a partir de mecanismos criados para a efetiva percepção do benefício, foram abrangidos os trabalhadores dependentes e, em alguns casos, seu grupo familiar, embora, em geral, o beneficiado tenha sido o trabalhador dependente e não seu titular. Para os não-assalariados, a cobertura ficou reduzida a certas e determinadas contingências, ainda que, na maioria dos casos, a proteção seja consequência de adesão voluntária. Ou seja, o princípio da universalidade não foi suficientemente desenvolvido, permanecendo como condição indispensável preencher certos requisitos para ter acesso ao benefício, entre os quais ser um trabalhador assalariado.

Sintetizando, os sujeitos protegidos seriam todos os compreendidos no campo de aplicação do sistema, resultando potenciais credores dos benefícios estabelecidos, efetivados a partir da contingência, desde que reunissem as condições exigidas (idade, doença). Estes requisitos podem referir-se à objetivação da contingência, por exemplo, determinado grau de invalidez, ou ao cumprimento de preceitos legais, como ser casado, ou ter vínculo com a previdência, antiguidade neste vínculo ou o recolhimento do mínimo de contribuições. Claramente não se trata de um sistema de acesso incondicional para o cidadão.

O Estado cumpre um duplo papel no sistema: por um lado reconhece o direito à seguridade social de todos os habitantes, legislando e regulamentando neste sentido. Por outro, assume a responsabilidade de dar benefícios diretamente ou por terceiros aos beneficiários. Esta consideração está na origem e construção dos principais Estados de Bem-Estar latino-americanos. No entanto, os mesmos tiveram diferentes graus de estruturação, o que resultou em sistemas fragmentados, com coberturas inadequadas e problemas de gestão e financiamento.

De fato, as coberturas são pagas, em geral, por meio dos seguros sociais, que se baseiam em impostos sobre o salário e não em um sistema de seguridade social mais amplo, como ocorre nos países escandinavos. Para que os benefícios sejam efetivados, é necessário que cada trabalhador e seu empregador sustentem o sistema, pois do contrário o mesmo não opera. Isso significa que só há direito à medida da contribuição. Esta é a base do sistema contributivo.

O tema não nos remete unicamente a uma precisão jurídico-normativa, mas determina as formas de distribuição de oportunidades para os distintos membros da sociedade. Ou seja, quem tem acesso a um emprego formal, consegue todos os benefícios e direitos, não só resultantes de sua condição de trabalhador, mas que também usufrua a plena cidadania, ao contrário de quem não tem acesso. Na distribuição de oportunidades, as mulheres são históricas perdedoras, entre outros motivos, pela falta de reconhecimento do trabalho reprodutivo e por sua baixa inserção nos espaços públicos.¹⁸

Se da forma como foi desenvolvido, o emprego assalariado é fonte de outros direitos e um dos elementos constitutivos da cidadania na América Latina, o trabalho surge como um direito que, pelo princípio da igualdade, deve ser acessível a todos os cidadãos. Pela mesma razão, o direito à seguridade social não deveria ser garantido a todos os cidadãos, independentemente de sua condição de trabalhador e de contribuinte?

Estas questões suscitam numerosos dilemas sobre a responsabilidade do Estado como garantidor da seguridade social, tanto na cobertura de riscos e contingências, como na promoção de condições básicas para o desenvolvimento de uma existência autônoma, princípio fundamental da igualdade e equidade.

Como consequência, sendo o emprego remunerado o mecanismo principal da entrada de recursos, e um mecanismo de inserção social e pessoal, no sentido mais amplo, a observação da situação das pessoas no mercado de trabalho é um ponto de partida razoável para a abordagem de distintas expressões dos problemas sociais e situações de discriminação atualmente vigentes. É papel do Estado garantir essa inserção.

Para ilustrar esta situação, o trabalho feminino mostra as seguintes situações: por um lado, o emprego remunerado é para a mulher o eixo de sua realização pessoal e o exercício de sua autonomia. Além disso, tem um caráter de emancipação dos padrões culturais e familiares tradicionais, constitui fonte de receita que dá segurança e implica novos formatos familiares, e ainda funciona como prevenção contra a violência doméstica. Por outro lado, há grande quantidade de mulheres que não se realiza em trabalhos “produtivos”, entre outras razões, porque precisamente o mercado não as absorve e não poderá absorvê-las. Ou ainda porque o desemprego involuntário e a “desqualificação” trabalhista aumentam quando as pessoas assumem postos

de menor qualificação que seu ofício usual ou se existe algum mecanismo de discriminação por gênero. Finalmente, há também o trabalho “reprodutivo” ou trabalho doméstico, não-remunerado e realizado fundamentalmente por mulheres reconhecidas como “socialmente úteis”.

A discriminação por gênero, seja no mercado de trabalho remunerado ou em relação às tarefas domésticas, é, na realidade, uma das muitas formas de um problema mais complexo: os modos de inserção social e as formas como se mantém a coesão em sociedades profundamente desiguais. Não se deve desconhecer que a disponibilidade do emprego – formal ou informal – ou a possibilidade de ingresso nas atuais sociedades reguladas pelo mercado são elementos essenciais para o desempenho e as escolhas das pessoas e, obviamente, também para a satisfação de suas necessidades. Claramente a pobreza restringe a liberdade e reduz o desempenho ou as “habilidades” de cada indivíduo. Da mesma forma, a remuneração mais baixa dada às mulheres pela mesma tarefa cumprida pelos homens, por discriminação, reduz a possibilidade de realização das mulheres, ao mesmo tempo em que desvaloriza seu trabalho.

A ausência da abordagem de políticas públicas, do ponto de vista de gênero, explica em parte o comportamento do mercado de trabalho feminino. O primeiro indicador disso é que a inserção feminina foi majoritariamente precária e em tarefas de baixa qualificação no mercado informal e, por conseguinte, sem cobertura da seguridade social. Um traço talvez menos visível, ou pelo menos mais difícil de quantificar, mas de significativa importância, foi a perda de qualidade dos empregos existentes. Como resposta aos desequilíbrios manifestados no mercado de trabalho remunerado, criou-se um discurso nas esferas oficiais, avalizado por *experts* de organizações multilaterais de crédito, que mostra que as dificuldades para a entrada no mercado de trabalho se concentram na forma como as pessoas oferecem sua força de trabalho. Responsabilizando, portanto, os próprios interessados por sua situação e trajetória trabalhista.¹⁹

Isso significa que quando as mulheres se tornaram participantes regulares do mercado de trabalho, era evidente a falta de seguridade social para elas. Sua chegada se deu em um contexto de grandes restrições a um mercado de trabalho informal e precário, com notórias perdas da cobertura dos sistemas de seguridade social.

Desta forma, as políticas públicas nos últimos vinte anos na maioria dos países da região consideram a mulher como titular de direitos derivados de outros direitos, mas nunca como titular de direitos próprios.²⁰ Assim, as estratégias políticas adotadas se preocuparam em aperfeiçoar os métodos para detectar e classificar as carências das mulheres, o acesso à formação profissional, os supostos custos trabalhistas mais elevados e indicadores de absenteísmo

associados à maternidade, entre outros. As estratégias não partiram do pressuposto da existência de uma estrutura de poder diferenciada, que gera relações assimétricas. Neste sentido, não se considerou o impacto das políticas econômicas e sociais sobre as mulheres. Ao contrário, legitimou-se um “véu de ignorância” em termos da não-neutralidade da macroeconomia em matéria de gênero.

Então, qual seria a responsabilidade do Estado em relação às garantias de emprego e seguridade social? Existe um componente que se relaciona fundamentalmente com a justiça distributiva e aborda a divisão de gênero do trabalho entre trabalho “produtivo” remunerado e trabalho doméstico “reprodutivo” não-remunerado, realizado fundamentalmente por mulheres e que se reflete nas regulações trabalhistas. Por outro lado, esse componente também estrutura a divisão nos empregos remunerados, discriminando entre os trabalhos mais bem pagos, mais qualificados, relacionados basicamente à indústria, dominados por homens e os trabalhos pior remunerados, de baixa qualificação e produtividade relacionados aos serviços, ocupações “tipicamente” femininas. Este quadro ocorre com a retirada do Estado de suas funções sociais, que exige que os lares e, em especial, as mulheres, assumam maiores responsabilidades na satisfação das necessidades básicas e nas tarefas de reprodução social.

Retomando o eixo central da questão, a situação apontada implicará que o sistema de seguridade social intervenha para colocá-lo em condições de acesso à mobilidade e à rotatividade dos empregos, protegendo antes do desemprego definitivo, na cobertura de todo o ciclo ativo do indivíduo, ocupando-se também de sua capacitação? O que o Estado deveria assegurar: o emprego ou a vaga?

Assim, chega-se a um argumento reiterado em torno dos limites da seguridade social, não devido à capacidade estatal de assegurar a mesma, mas pelas dificuldades do financiamento. Tal como foi apontado, os marcos normativos e numerosas convenções internacionais garantem o direito à seguridade social; na realidade as restrições ocorrem pelos gastos públicos. Aqui é necessário fazer uma digressão: as reformas setoriais em toda América Latina foram caríssimas, e os países destinaram extraordinários recursos, na maioria dos casos, por endividamento externo, para outorgar menos benefícios, com menos qualidade e a um custo maior. Ou seja, há fundos para as reformas, não há fundos para o pagamento dos benefícios.

Portanto, surge uma nova questão: será possível implementar nos países da região uma dinâmica política interna onde as decisões sobre o gasto público social resultem de processos políticos democráticos e a valoração final da função do Estado seja diretamente dependente das necessidades e preferências dos cidadãos?

Percebe-se nesse sentido que os objetivos da seguridade social sucumbem às possibilidades de financiamento, sendo este o argumento central para impedir modificações nas reformas já operadas. Ou seja, são estabelecidos permanentemente “tetos” e limites ao financiamento dos sistemas de seguridade social, ou especificamente reduções nos níveis destinados ao gasto público social em matéria de benefícios. No entanto, pouco se diz, por exemplo, do custo fiscal da transição de um sistema previdenciário a outro.²¹

Isso significa que não se pode estabelecer causalidades simples que reduzam os problemas de vulnerabilidade social à paralisação econômica, tampouco se pode prescindir do crescimento econômico se o objetivo é reduzir a vulnerabilidade. Até aqui se discorreu sobre a responsabilidade do Estado de garantir a seguridade social. Ewald aponta: “a responsabilidade social é a forma moderna da política”.²² Na América Latina, observa-se como se transformou na não-política ou na falta de responsabilidade do Estado com os compromissos assumidos, deixando vigorar a nova hegemonia do mercado.

É interessante ouvir a argumentação que formula Folbre, quando mostra que uma forma de enfrentar este desafio é não pensar que os mercados são intrinsecamente maus, para reconhecer “a quem pertence o quê”, nem tampouco fomentar a supervalorização que fazem os economistas dessa abstração chamada “o mercado”. Mas sim destacar que a mulher tem um legado de responsabilidades na provisão de cuidados maternos que deveria fazê-la desconfiar do princípio de “cada um por si”.²³ Em outros termos, é importante retomar a análise da clássica trilogia: Estado, mercado e família, para ver que papéis e responsabilidades cabem a cada um deles neste novo cenário.

Vias de ação: um novo vetor de integração social

A seguridade social e o emprego em condições plenas são questões não resolvidas para as mulheres na América Latina. Embora o contexto de crescimento da informalidade trabalhista na região tenha se transformado em um fenômeno frequente para os homens, existe ainda uma inércia institucional que os beneficia, e eles não só têm mais possibilidades de acesso, como contam ainda com certa cultura de seguridade social que lhes permite incorporar-se ou valorizar seu conteúdo de proteção. Para as mulheres, particularmente as de menos recursos, a cobertura nas contingências é um ideal inacessível, enquanto a urgência é cotidiana.

Por essa razão, é importante destacar a necessidade de mudar o eixo da intervenção, continuando com a premissa de que é necessário conseguir uma maior incorporação e participação dos cidadãos e cidadãs no mercado de trabalho, considerando os limites. Ou seja, pensar e propor políticas que não

continuem baseadas na ilusão de criar novas vagas, em mercados de trabalho deprimidos como os latino-americanos, mas sim pensar a seguridade social como um novo vetor de integração social.

Novamente, trata-se de propor formas de consolidar redes de seguridade social e não sistemas de proteção social. É necessário precisar conceitualmente os limites no uso do termo “proteção social” que vem substituindo há pouco tempo o termo seguridade social, um claro retrocesso. O termo “seguridade social” significava um amplo pacote de previdência, com um papel forte do Estado não só na provisão, mas também na regulação e financiamento. A idéia de proteção social significa um modelo muito mais restrito e marca a mudança de uma atividade estatal ampla para uma atividade em que as pessoas, as famílias e as comunidades desempenhem um papel mais ativo e assumam maiores responsabilidades.

Da mesma forma, as primeiras instituições que reformaram o sistema de seguridade social foram precisamente as que contemplavam maiores possibilidades de serem “oferecidas” à administração privada, como é o caso do sistema previdenciário. As características centrais das reformas, com impactos diferenciais, podem ser resumidas da seguinte maneira:²⁴

- mediante a privatização da administração dos seguros sociais (pensões, seguros de saúde) se fortalece a relação de acesso à instituição no mercado de trabalho;
- o desmantelamento das instituições de caráter social elimina as redes “incondicionais” de proteção e reduz sua cobertura efetiva, tanto vertical como horizontal;
- assim, se transfere grande parte da responsabilidade da cobertura frente às contingências sociais aos próprios cidadãos, o que depende em grande medida de sua capacidade de gerar receita própria;
- ocorre uma maior seleção e fragmentação dos programas, que são criados em função das características específicas de distintos grupos identificados como público-alvo;
- as mulheres, os jovens e os idosos são os mais prejudicados nessa situação. A única “solução” é ser “beneficiário” de um programa de assistência focalizada;
- esta fragmentação promove uma maior divisão social, nos quais perdem espaço as instituições cujos fins se justificam em “interesses generalizáveis” e avançam as que representam “interesses particulares”;
- o novo cenário modifica a natureza dos conflitos e o papel dos atores políticos. Antes se tratava de pressionar para adquirir os benefícios em expansão, enquanto agora se luta pelo sentido da seletividade;
- no aspecto normativo, deixam de existir os espaços que requerem tutela

pública e atores coletivos, transferindo a responsabilidade total aos indivíduos, diretamente responsáveis pela sua situação;

- paralelamente, diminuem as instituições de fiscalização e de revisão do funcionamento dos novos sistemas, aumentando consideravelmente a falta de proteção dos cidadãos.

A saída promovida pelas reformas previdenciárias que sustentaram o compromisso individual, a partir da idéia de “capitalização individual”, como solução às contingências, e também à ineficiência estatal, mostrou a falta de desenvolvimento de estruturas do sistema social. Isso agravou os problemas dos antigos sistemas, ao mesmo tempo em que promoveu a iniquidade dos variados sistemas e da sociedade em seu conjunto. Situações similares ocorreram em relação à cobertura de saúde, em que o sistema de cobertura familiar foi modificado, na maioria dos países, de forma restritiva.

A situação fica mais complexa quando a ela se soma a existência dos direitos derivados, e não próprios. A instabilidade e a vulnerabilidade deixam de ser circunstanciais, tornando-se centrais. Assim como a informalidade no mercado de trabalho se transforma aceleradamente, na regra das novas inserções, determinando uma grande instabilidade na base das carreiras profissionais, a cobertura das contingências sociais tem a mesma sorte. Esta realidade é tão profunda que as próprias instituições ganharam perfis contingentes, com lógicas complexas e inacessíveis aos cidadãos.

Neste aspecto, as mulheres perdem de novo, já que cultural e institucionalmente sua relação com a seguridade social sempre foi desigual. Também ocorre uma variável importante que se refere às novas contingências: não há cobertura e não se discute o assunto. Existem contingências específicas de gênero que não foram incorporadas pelas reformas.

A legislação previdenciária expõe a falta de promoção de oportunidades no acesso ao sistema, na ampliação de cobertura, no aumento da cotação, na diminuição dos riscos e na equiparação do cálculo atuarial. Esta falta de promoção difere consideravelmente entre homens e mulheres e se traduz, definitivamente, em condições de desigualdade. Uma vez mais, a principal discriminação é a desigualdade de oportunidades por gênero no mercado de trabalho e a não-consideração do trabalho reprodutivo.

Nos diversos estudos realizados sobre as reformas previdenciárias,²⁵ comprova-se que as condições de aquisição do direito previdenciário nas legislações reformadas obedecem a um padrão que, em termos gerais, é comum a todas elas. No entanto, em cada uma se observam normativas particulares que manifestam a neutralidade em termos de gênero. As mulheres são discriminadas de forma direta, quando não são consideradas cidadãs portadoras de direitos. No melhor dos casos, são consideradas trabalhadoras.

Um número importante de mulheres recebe o tratamento de esposa-dependente, dona-de-casa, mãe. Ao mesmo tempo, atribui-se uma valoração quase pejorativa ao trabalho doméstico, considerando as mulheres que se dedicam exclusivamente ao lar, como “cargas” e “beneficiárias” da pensão do marido. Este benefício não cabe às mulheres economicamente ativas, mesmo quando se dedicam ao trabalho doméstico. O trabalho remunerado e a economia da mulher parecem não ter nenhum valor. No Chile, por exemplo, o viúvo não recebe pensões. Outro tratamento desigual se dá na aposentadoria, cinco anos menor para a mulher, em função da maior expectativa de vida. Como resultado, num sistema de capitalização individual, as mulheres recebem aposentadorias inferiores.²⁶

Os novos sistemas previdenciários reproduzem a discriminação ocupacional e salarial que afeta as mulheres. Este é um ponto muito importante, já que geralmente se argumenta que não se podem atribuir ao sistema previdenciário problemas intrínsecos ao mercado de trabalho. Embora esta afirmação seja correta, numerosos estudos dão conta da presença de discriminações e problemas inerentes ao sistema previdenciário e que reproduzem as iniquidades do mercado de trabalho. A reforma não levou em conta, por exemplo, o fato de que o emprego estável já não é mais a regra, ao contrário, impera a flexibilidade trabalhista, salarial e de jornada de trabalho. Também não considerou as mudanças nos próprios sistemas produtivos.²⁷

Novamente, o centralismo do Estado

Nenhuma mudança será possível sem que exista um compromisso político que se proponha a operacionalizar o princípio ético-político da equidade de gênero. Equidade que não implica somente melhora nas condições de trabalho e de cobertura de contingências sociais para mulheres, mas que requer precisamente um compromisso que interpele os atuais sistemas de distribuição de oportunidades e – por que não? – de capacidades de mulheres e homens.

Em outros termos, não se requer apenas mudanças técnicas nas reformas já realizadas. O que se quer é um novo consenso político que abranja os princípios que estão em jogo em matéria de inclusão social. A inclusão só será conseguida à medida que se considere uma seguridade social ampla e não só reduzida ao sistema previdenciário. Por essa razão, a centralidade do modelo econômico no qual se inserem os sistemas de seguridade social é indiscutível e determinante de qualquer tipo de opção política que se tome.

É necessário introduzir na esfera política dos países da América Latina o debate sobre quem deve garantir a seguridade social, qual é a responsabilidade do Estado e em que princípios será garantida. O debate deve tratar da seguinte questão: se o foco dos programas será centrado nas pessoas que estão fora do

mercado de trabalho, ou que permanecem na informalidade, ou seja, trata-se de um programa do tipo assistencial; ou se a seguridade social será garantida como um direito ao cidadão, isto é, um direito próprio e de acesso imediato.

Também devem ser incorporadas de forma definitiva à agenda dos governos avaliações integrais das reformas implementadas, para compreender por que estas opções de políticas acarretaram os resultados apontados. Vale lembrar que as dinâmicas excludentes adotadas na maioria dos países da região não obedecem só à aplicação de equações técnicas, mas têm como base conteúdos culturais e sociais que não legitimam as instituições de seguridade social e a memória das políticas dos Estados de Bem-Estar, absolutamente cegas à questão do gênero.

Outro tema crucial para a discussão política é a escassa realização dos direitos sociais como parte constitutiva do desenvolvimento nos países da região.²⁸ Cabe apontar novamente que estas afirmações não são só propositivas, mas operativas. Não há forma de lutar efetivamente contra a discriminação, se não se tecem redes de seguridade social universais com maiores impactos sobre os grupos sociais menos autônomos. Um modo de tecer essas redes é, por exemplo, incluir as mulheres em acordos institucionais que solucionem os problemas de insegurança social e precariedade trabalhista que afetam a maior parte da população. A saída não está em ações isoladas que busquem alívios transitórios de danos irreparáveis, mas em políticas estáveis que contenham as condições necessárias para evitar que as pessoas cheguem à marginalidade e exclusão. Estas redes deveriam funcionar de forma permanente para dar garantias desde o nascimento a cada cidadão.

Esse assunto se relaciona com o princípio da igualdade. Requer, primeiramente, uma mesma condição jurídica e, em segundo lugar, a efetiva realização de oportunidades na vida. Ainda que o primeiro princípio *de iure* esteja garantido, tanto nas constituições nacionais como na adesão aos pactos e tratados internacionais, o mesmo não acontece com as condições de vida, já que não são similares para todos e já que não existem níveis mínimos garantidos para cada indivíduo.

A idéia de seguridade social ficou apagada no contexto de situações que configuram maior insegurança e vulnerabilidade. Mesmo que isso tenha sido consequência das reformas, não significa que deva ser abandonado como ideal de sistema. Ainda que a seguridade social tenha se tornado insegura, não significa que a mesma deva transformar-se em regra de futuros modelos. Pelo contrário, deve contar com instrumentos para minimizar essas consequências.²⁹

Faz-se necessário, mais uma vez, considerar a idéia de propor ações integrais no âmbito de padrões de distribuição de ingresso e de capacidades fortemente residuais como acontece na América Latina. É preciso que se pergunte os motivos pelos quais as sociedades latino-americanas têm tão baixa

capacidade de redistribuição para, assim, poder antepor, nesses limitados padrões, os efeitos de novas reformas. A seguir, relacionamos um conjunto de propostas de formulação de políticas integrais que busquem conjugar o trabalho produtivo, reprodutivo e um sistema integral de seguridade social, ou seja, um espectro mais amplo que as políticas setoriais e ações afirmativas, que as incluem e dinamizam.

Políticas e ações afirmativas

Aqui as propostas se situam de duas formas:

- a consideração da pessoa como portadora de direitos próprios, por ser cidadão/cidadã, sem necessidade de contrapartida;
- as estratégias para implementação e garantia desses direitos próprios, que chamamos de direitos conexos neste trabalho.

Como se dá o “salto” da categoria de trabalhador contribuinte a um sistema que, mesmo que seja parcialmente contributivo, privilegie a categoria de cidadão? Isso é possível? Esse “salto” pode ser legitimado?

Sem dúvida, consideramos que é possível e necessário. A legitimidade desta proposta existe, porque não é nem mais nem menos que considerar o estabelecido: mulheres e homens são titulares de direitos cidadãos, que compreendem o exercício de direitos civis, políticos e sociais. Em vez de considerar a capacidade associada a uma categoria (trabalhador/a; contribuinte), deve-se simplesmente considerar sua condição de cidadão.

O primeiro passo para conseguir legitimar esta proposta é considerar a seguridade social em toda sua abrangência, e não apenas de forma restrita ao sistema previdenciário ou a outros seguros sociais. Deve-se reorganizar o sistema com vistas a potencializar novas formas de cobertura das contingências sociais (biológicas, sócio-econômicas e patológicas), considerando as especificidades de gênero em cada uma delas e integrando ações hoje isoladas em matéria de políticas sociais, numa integridade sistêmica.

Isso posto, surge uma nova questão: como combinar reformas que incluam a equidade e não sejam mais uma carga no salário dos trabalhadores? O assunto foi pouco discutido. Na maioria dos países, as soluções ao definhamento dos regimes reformados se deram por meio de novas contribuições ou novos aportes, principalmente recaindo sobre os trabalhadores e, em segundo lugar, sobre os empregadores.

As ações que devam ser implantadas e que sejam consideradas de utilidade social para toda a sociedade não podem, nem devem ser financiadas com contribuições sociais, incluindo, entre outras, as políticas ativas de emprego,

cobertura por desemprego, medidas para a conciliação da proteção da família e do trabalho, a maternidade, e o reconhecimento de determinados períodos não computados, como a criação de filhos, formação, estudos.

Por outro lado, a maioria dos países da região assinou os pactos e tratados internacionais de direitos humanos, o que pressupõe uma obrigação de cumprimento. Trata-se de uma obrigação mínima. Estes requerimentos se fundamentam no exercício de uma cidadania plena e pertencem ao campo dos direitos humanos fundamentais. Afinal, em que consiste a idéia de direitos conexos?

Entende-se, no contexto de propostas de políticas, por direitos conexos, as ações e garantias que, respeitando um conteúdo mínimo, deveriam existir para garantir efetivamente o exercício de um direito próprio à seguridade social.

Retomando o exposto no início deste trabalho, a idéia é que o novo vetor de integração social não seja o emprego formal assalariado, mas sim o sistema de seguridade social, a partir de sua redefinição. Isto é, não mais vinculando os benefícios à condição de trabalhador assalariado, mas considerando os direitos de cada cidadão e cada cidadã.

Desta forma, um primeiro direito conexo que pode ser garantido é a incorporação ao regime do casamento a possibilidade de contribuição partilhada ao regime previdenciário, que em princípio não está estabelecida nas regulações civis – salvo exceções – na América Latina. Assim, em caso de divórcio, as contribuições feitas durante o casamento pelos cônjuges devem ser consideradas bens aquestos. A regulação consiste em repartir à base de 50% entre ambos os cônjuges as contribuições feitas pelos dois durante a união. Deve ser considerado um direito indisponível.³⁰

A relação é bastante simples e não afetaria o sistema previdenciário. Basta mudar a ótica, ao considerar os aportes previdenciários efetuados durante o casamento ou relação estável como um direito próprio e passível de ser considerado como bem aquesto. Com esta medida, é muito provável que serão fortalecidos os direitos próprios das mulheres.

Com o objetivo de incorporar efetivamente e promover o desenvolvimento de um sistema que considere os direitos das mulheres como direitos próprios, a proposta é considerar que os períodos de contribuição das mulheres - que continuam sendo inferiores aos dos homens, tanto na duração como nos valores das bases de contribuição, apesar dos planos de equiparação de tratamento e de conciliação familiar - sejam menores que os exigidos aos homens ou que se compense idade por anos de aporte ou vice-versa. Esta proposta se baseia no entendimento de que o incremento da atividade remunerada das mulheres não é suficiente para conseguir uma pensão de aposentadoria sem ter que recorrer a direitos derivados.

Um dos motivos pelos quais as mulheres não chegam a alcançar o mesmo teto de pensão ou aposentadoria dos homens é a interrupção da vida trabalhista pela criação dos filhos, ou pela realização de trabalhos em tempo parcial e presença de mecanismos discriminatórios (salarial, ocupacional, entre outros). Estas situações se refletem no valor da pensão ou aposentadoria. É ilustrativa a reforma do regime previdenciário realizada na Alemanha em 2001, que incorpora um complemento adicional de pensão em função do número de filhos sob sua responsabilidade. Este complemento, um exercício do direito próprio da mulher, também incide nas pensões por viuvez.³¹

Assim, poderiam ser incorporados dispositivos como os estabelecidos na Alemanha, onde uma mulher que tenha contribuído durante 25 anos à seguridade social, teria as bases de contribuição feitas durante os 10 anos imediatamente posteriores ao nascimento de um filho, consideradas como se houvesse realizado pela base média de contribuição de todos os segurados no ano de que se trate. Dessa forma, não se penaliza o trabalho de tempo parcial, pois mesmo que seja computado como tempo de contribuição, a base de cálculo é muito baixa, o que faz com que qualquer pensão que advenha, seja também baixa. Quando ocorre o fim da atividade, como consequência do acompanhamento de um filho incapacitado para o trabalho, menor de 18 anos, e em função da dependência do filho, um dos pais tenha que dedicarlhe ao menos 28 horas semanais de atenção, a base de contribuição deve ser considerada pela média de todos os segurados.

O raciocínio anterior deve ser complementado com outra situação: enquanto não se aceitar que as tarefas de criação dos filhos não são um bem privado, e devem ser consideradas como um bem público, não haverá avanço na situação da mulher. Questões como a divisão do trabalho doméstico e a consideração da mulher como “dependente” continuarão em vigor e não haverá mudança na cobertura previdenciária para as mulheres não-assalariadas. Também não haverá o reconhecimento de que as tarefas da criação dos filhos são fundamentais para gerar capacidades sociais, indispensáveis para o desenvolvimento da pessoa e suas oportunidades.

Driblando os limites...

Da análise feita resulta a presença de um quadro favorável que propicia a experiência em matéria de metas alcançadas, como as descritas ao longo deste trabalho. No entanto, seria recomendável selecionar um conjunto de ações afirmativas sobre trabalho e seguridade social que promova um salto de qualidade nas ações já desenvolvidas. Neste trabalho, enunciamos algumas que, sem dúvida, promovem o debate, mas que não consideramos conclusivas e exaustivas.

A rigor, seria necessário avaliar os limites que esta combinação de marcos regulatórios restritivos apresenta no contexto de processos de ajuste estrutural, com ações afirmativas de alto conteúdo igualitário. Uma primeira leitura dos textos legais e das políticas de igualdade daria uma resposta positiva. No entanto, os indicadores de discriminação ocupacional, salarial e de diversas formas de segregação – combinadas com a precarização e a baixa ou nenhuma cobertura de seguridade social e de contingências em geral – anulam os êxitos supostamente alcançados.

Deixamos aqui uma recomendação específica. Não se trata de incluir e incorporar mais direitos, e sim de revisar os direitos já estabelecidos e reconhecidos nos instrumentos internacionais e na legislação interna, e verificar se atendem os padrões mínimos em matéria de direitos sociais.³²

Por essa razão, seria importante revisar muitas das normas sancionadas ou direitos associados e verificar se cumprem os requisitos estabelecidos. Este tipo de controle de legalidade é importante para fiscalizar diversas políticas (nem sempre legítimas), programas e ações que concedem direitos. De forma inversa, a obrigação de garantir níveis essenciais de direitos obriga o Estado a não afetar este conteúdo mínimo ao restringi-los, considerando que toda restrição aos direitos econômicos, sociais e culturais deve ser submetida ao controle da afetação ou não do conteúdo essencial do direito regulado.³³

Finalmente, e não menos importante, é fundamental debater sobre os mecanismos de inclusão – e não só de regulação – do grande contingente de trabalhadores informais existentes na América Latina. Enquanto não lhes outorgarmos os mesmos direitos e obrigações que têm os trabalhadores formais, os princípios de igualdade de tratamento e de oportunidades para homens e mulheres não serão princípios operativos.

Em consequência, é o Estado em todas as suas dimensões quem deve liderar o processo de mudanças, a partir da obrigação assumida nos instrumentos internacionais, tanto de direitos humanos, como os específicos, em matéria de direitos sociais, reafirmando a busca da equidade.

Só quando conseguirmos projetar sistemas integrados, caminharemos em direção à implementação do princípio da igualdade de oportunidades e à possibilidade de reverter, por meio de ações afirmativas, a seguridade social em vetor de integração. É preciso ainda que esses sistemas tenham como eixo o emprego e que igualmente considerem as diferenças e situações discriminatórias que persistem.

Em outros termos, não se trata apenas de garantir o emprego e a seguridade social, mas de torná-los acessíveis a todos os membros da sociedade, em igualdade de condições. Dessa forma, conseguiremos uma inclusão social que não contemple só os âmbitos de emprego formal, mas que se dissemine para as demais esferas da vida pública. Trata-se de combinar a cidadania com a efetividade de direitos.

NOTAS

1. R. Castel, *La Metamorfosis de la Cuestión Social. Una Crónica del Salariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.

2. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth & Co, 1977. Dworkin faz uma distinção entre dar um “tratamento igualitário” às pessoas e “tratar as pessoas como iguais”. O princípio sustenta que as pessoas deveriam ser tratadas “como seres iguais” (isto é, pessoas que têm o mesmo direito moral a adotar livremente um plano de vida e receber o mesmo respeito de seus semelhantes), que lhes permita fazer uso adequado dos recursos à sua disposição e tirar proveito das oportunidades. O direito ao “mesmo tratamento” só pode ser resultado daquele outro princípio.

3. O direito público se refere às relações entre dependências do Estado ou entre este e os indivíduos, enquanto o direito privado regula as relações entre indivíduos. Nesta divisão, as acepções público e privado têm significado diferente ao que lhes é atribuído quando o enfoque é de gênero. Serão utilizadas doravante neste sentido, designando como privado o espaço e as relações do âmbito doméstico e como público o espaço, processos e relações que ocorrem fora dele. L. Pautassi, E. Faur & N. Gherardi, “Legislación Laboral en Seis Países Latinoamericanos. Límites y Omisiones para una Mayor Equidad”, Serie *Mujer y Desarrollo*, nº 56, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

4. Na maioria dos códigos trabalhistas e regulações específicas da América Latina, a dicotomia foi resolvida priorizando a proteção da maternidade e não a igualdade. Novamente esta opção condiz com os compromissos assumidos pelos Estados nas conferências internacionais, especialmente a CEDAW, os convênios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e planos nacionais de igualdade de oportunidades, ao mesmo tempo que significa reconhecer as limitações impostas pela natureza do discurso normativo. Também incorpora o suposto de que nem toda desigualdade implica discriminação, portanto a garantia da igualdade não deve implicar tratamento igualitário aos que se encontram em circunstâncias distintas.

5. Vide a respeito, L. Pautassi, E. Faur & N. Gherardi, op. cit.

6. Alguns aspectos analisados aqui foram apresentados anteriormente em Laura Pautassi, “¿Bailarinas en la Oscuridad? Seguridad Social en América Latina el Marco de la Equidad de Género”, trabalho apresentado na *Trigésima Octava Reunión de la Mesa Directiva de la Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe*, Mar del Plata, 7 e 8 de setembro de 2005.

7. Estes princípios estão na legislação interna de cada país da América Latina, no ordenamento jurídico que contém as constituições políticas, códigos de trabalho (quando existem) e outras leis complementares ou disposições regulamentares. Os tratados internacionais de direitos humanos e os convênios da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também exercem uma importante influência sobre esse ordenamento, porque, além de ser de aplicação obrigatória para os tribunais nacionais, orientam algumas diretrizes da legislação interna. Ver Pautassi, Faur & Gherardi, op.cit.

8. Convênios 3, 13, 41, 89, 103 e 127.

9. Convênios 100, 111, 156 e 171.

Não obstante, esta evolução não é completamente linear, e durante muitos anos, de 1919 a 1981, diversas formas de abordagem do trabalho feminino, que incluem diversos bens jurídicos tutelados foram superpostos: a mulher como sujeito frágil e carente de proteção especial, a mulher-mãe, a

maternidade, a igualdade e, finalmente, a proteção da maternidade/paternidade. Flavia Marco, *"Consecuencias Económicas de la Discriminación Laboral por Género"*, Tese para obter título de *magister* em Direito Econômico, Santiago do Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 1999.

10. Assembléia Geral das Nações Unidas, *Convention on the Elimination of all forms of Discrimination against Women* (Cedaw), 1979, artigo 1.

11. Ibid., artigo 11.

12. Ibid., artigo 13.

13. Ibid., artigos 11 e 12.

14. Pautassi, Faur y Gheradi, op. cit.

15. Cabe destacar que a taxa de atividade feminina no emprego urbano entre 1990 e 2004 aumentou de 37,9% a 51%. Foi um crescimento significativo, mas manteve distância da atividade masculina, que em 2004 era de 78%. Na América Latina, se situa a maior lacuna entre o desemprego de homens e mulheres: 3,4 % em 2003. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *"Estadísticas de Género"*, Unidad Mujer y Desarrollo, 2006, disponível na internet, no link <www.cepal.org/mulher/proyectos/perfiles/default.htm>, acesso em 16 de janeiro de 2007.

16. Uma análise realizada sobre a estrutura de custos trabalhistas por gênero em cinco países (Argentina, Chile, Brasil, México e Uruguai) prova, de maneira fidedigna, que é um mito considerar que a contratação de mulheres implica maior custo trabalhista. L. Abramo & R. Todazo, *Cuestionando un Mito: Costos Laborales de Hombres y Mujeres en América Latina*, Organización Internacional del Trabajo, Lima, 2002.

17. Claus Offe agrega que nenhuma dessas questões foi estabelecida de forma simples e inquestionável. A seguridade social tem uma natureza *ambigua* e "obscura". Claus Offe, *"Un Diseño no Productivista para Políticas Sociales"*, in Rubén Lo Vuolo (comp.), *Contra la Exclusión. La Propuesta del Ingreso Ciudadano*, Buenos Aires, CIEPP/Miño y Dávila, 1995.

18. A inserção "plena" da mulher se dá quando ela usufrui de todos os direitos formais, particularmente os educativos. Não goza desses direitos quem não está inserido no mercado de trabalho formal e não contribui para seguridade social. Nesta situação, há um grande contingente de mulheres denominadas "inativas", que integram esta categoria pelo simples fato de não terem tido acesso ao mercado de trabalho, precisamente por causa das responsabilidades do trabalho doméstico.

19. Esse discurso foi enfatizado nos últimos anos para evidenciar a necessidade de resolver o problema da recessão econômica como medida preliminar para melhorar a situação no mercado de trabalho. Embora seja evidente que, sem crescimento econômico não há possibilidade de aumentar as oportunidades no mercado de trabalho, o inverso não é necessariamente verdadeiro.

20. Um exemplo paradigmático dessa situação são os numerosos e variados programas sociais focalizados e projetados para "grupos vulneráveis". Neles, as mulheres surgem como principais sujeitos de vulnerabilidade, são "beneficiárias" ou "destinatárias" de programas específicos, por exemplo, um programa materno-infantil, e não como portadoras de direitos ou titulares de um direito como a saúde, por exemplo.

21. Vide a respeito Carmelo Mesa Lago, "Desarrollo Social, Reforma del Estado y de la Seguridad Social en el Umbral del Siglo XXI", Serie *Políticas Sociales*, nº 36, Santiago de Chile, CEPAL, janeiro de 2000.
22. F. Ewald, *L'Etat Providence*, Paris, Bernard Grasset, 1986, p. 540.
23. Nancy Folbre, *The Invisible Heart. Economics and Family Values*, New York, The New Press, 2001.
24. Aqui se retoma o tema desenvolvido em Laura Pautassi, "Legislación Previsional y Equidad de Género en América Latina", Serie *Mujer y Desarrollo*, nº 42, Santiago de Chile, CEPAL, 2002.
25. Vide a respeito Flavia Marco, *Los Sistemas de Pensiones en América Latina, Un Análisis de Género*, Santiago de Chile, CEPAL, 2004.
26. Flavia Marco, op. cit.
27. Flavia Marco, op. cit, pp. 33. Baseando-se em evidência empírica das reformas previdenciárias em diferentes países da América Latina, a autora afirma que tanto regimes de capitalização individual como de repartição, os benefícios são distribuídos de forma não-equitativa. No entanto, acrescenta que "a seguridade social pode e deve cumprir uma função corretiva das desigualdades sociais. Com este raciocínio, responde-se à questão: as deficiências previdenciárias são ou não atribuíveis ao mercado trabalhista e se este é um dos diversos âmbitos de aplicação das políticas sociais".
28. Para uma análise da lacuna entre direitos e perspectiva de desenvolvimento, vide Victor Abramovich, "Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo", *Revista de la CEPAL*, nº 88, Santiago de Chile, CEPAL, Abril de 2006.
29. Mario Paganini, *Financiamiento de lo Inestable*,. Santa Fe, Mimeo, 2002.
30. Cabe destacar que países como a Alemanha incorporaram a contribuição previdenciária compartilhada como direito indisponível desde 1977.
31. Fidel Ferreras Alonso, *Adaptar la Seguridad Social a las Nuevas Situaciones Sociales: El Ejemplo de Alemania*, Madrid, Mimeo, Junho de 2001.
32. Entre os padrões mais comuns, os reconhecidos como conteúdo mínimo dos direitos estão os de progressividade e não- regressividade; de não-discriminação; de produção de informação e formulação de políticas; de participação dos setores afetados no projeto das políticas públicas e o de acesso à informação. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS-Argentina), *Plan Jefes y Jefas. ¿Derecho Social o Beneficio sin Derechos?*, Colección Investigación y Análisis 1, Buenos Aires, CELS, 2004.
33. Abramovich, op. cit.



GERT JONKER

Fundador e Diretor do *Board of Trustees of the Child in Crisis Trust*. Trabalhou como especialista em Abuso Infantil na *South African Police Services Child Protection Unit*. Membro fundador da *Alliance for Street Children* (ASC) – organização não governamental de assistência especializada para crianças em situação de rua. Membro da *Criminological Association of South Africa* (CRIMSA), da *International Police Association* (IPA), do *Institute for Security Studies* (ISS) e da *National Association of Child Care Workers* (NACCW). Atua ainda como sacerdote na *Abundant Life Community Church*.



RIKA SWANZEN

Começou a trabalhar como assistente social no *Child Welfare Krugersdorp* em 1997 e em 1999 obteve seu Mestrado *cum laude*. De 1998 a 2000 fez parte da equipe multidisciplinar da ala de adolescentes do Hospital Psiquiátrico de Sterkfontein. Em 2001, o *Bethany House Trust* a contratou como sua primeira Coordenadora de Programas Terapêuticos. Obteve seu Doutorado em 2006.

Endereço: The Bethany House Trust - PO Box 6, Paardekraal, 1752 África do Sul

Email: gertjonker@childincrisis.org.za, rika@childincrisis.org.za

RESUMO

Os esforços para reduzir o trauma num sistema forense contencioso são dificultados pela alegação de que o processo por abuso sexual não pode ser realizado sem que se observem os direitos do pretendo perpetrador. Inquirir uma criança-testemunha é uma tarefa muito especializada; os promotores e o advogado de defesa não estão treinados nestes métodos. Apesar disso, os serviços de intermediação para crianças-testemunhas num tribunal são importantes para reduzir o trauma experimentado pela criança. Este artigo objetiva destacar que os crimes contra crianças e os subseqüentes procedimentos criminais nos quais se exige que a criança participe como testemunha ocorrem com suficiente freqüência para que se garantam serviços de intermediação a todas as crianças-testemunhas. Ele destaca as implicações práticas a fim de melhorar o processo corrente de intermediação, em nível regional, provincial e nacional. Primeiramente, o artigo faz uma reflexão sobre os serviços de intermediação oferecidos a crianças-testemunhas em algumas áreas dos subúrbios da região oeste de Johannesburgo; em segundo lugar, discute experiências práticas e literatura de apoio, assim como a experiência da *Bethany House* com o projeto *Child in Crisis Foundation* (SA).

Original em inglês. Traduzido por Gil Reyes.

PALAVRAS-CHAVE

Criança-testemunha – Direitos da criança – Julgamentos – Sistema de intermediação – Violência sexual - Vítimas – Processo judicial - Prevenção – Violência familiar – Assistência a vítimas



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

SERVIÇOS DE INTERMEDIÇÃO PARA CRIANÇAS-TESTEMUNHAS QUE DEPÕEM EM TRIBUNAIS CRIMINAIS DA ÁFRICA DO SUL

Gert Jonker e Rika Swanzen

Introdução

Segundo Coughlan e Jarman,¹ o objetivo dos serviços de intermediação para crianças-testemunhas é reduzir o trauma experimentado pela criança. No entanto, os esforços para reduzir o trauma num sistema forense contencioso são dificultados pela alegação de que o processo por abuso sexual não pode ser realizado sem que se observem os direitos do pretenso perpetrador. A África do Sul marcou a história do direito internacional (e dos direitos humanos) com a promulgação da Seção 170A do Decreto 51 de Procedimentos Criminais de 1977, que foi introduzida através do Decreto 135 de Emenda à Lei Criminal, de 1991. Este prevê a designação de um intermediário para crianças em casos de abuso sexual em razão da idade precoce e da vulnerabilidade emocional.²

Müller³ diz que ao avaliar a competência da criança para atuar como testemunha devem ser levados em consideração dois aspectos. O primeiro requisito é a capacidade ocular da testemunha, ou seja, sua capacidade de relatar de modo acurado e completo os detalhes de um evento observado. Isso está relacionado ao desenvolvimento cognitivo da criança, considerando-se os fatores que influenciam a aquisição, retenção, recuperação e comunicação verbal de informação. O segundo requisito é a disposição da testemunha em contar a verdade, ou seja, o aspecto motivacional. Mesmo levando em conta que captar a diferença entre verdade e mentira é crucial num testemunho, a competência das crianças-testemunhas a esse respeito foi investigada pela Comissão Legal Sul-Africana em 2001. Depois de avaliar a posição sul-africana, a comissão

Ver as notas deste texto a partir da página 118.

recomendou que uma testemunha não deve ser desqualificada para depor devido ao fato de ser incapaz de distinguir a diferença entre dizer a verdade e mentir. Argumentou-se que todas as testemunhas devem ser encaradas como competentes para depor se forem capazes de entender as perguntas que lhes forem feitas e puderem por sua vez dar respostas que o tribunal possa entender. O teste proposto é focado na capacidade cognitiva da criança. Porém, fica pouco claro quem vai fazer essas avaliações ou de que maneira elas serão realizadas.⁴

Segue-se uma descrição prática do processo de intermediação e de sua necessidade:

Na África do Sul, um sistema de intermediação vem tentando reduzir o trauma e o abuso secundário freqüentemente experimentado por crianças-testemunhas em casos judiciais de abuso (sexual). Ao se separar a criança da sala formal do tribunal e permitir que um intermediador transmita as perguntas e as respostas da criança por meio de um sistema fechado de televisão, esperava-se reduzir o estresse que essa experiência gera nas crianças, e ao mesmo tempo preservar os direitos do acusado de interrogar testemunhas e de ter um julgamento justo [...]. Proteger os direitos das crianças é um princípio universalmente aceito, que influencia tanto o desenvolvimento de políticas quanto de práticas. Nas situações em que ocorre a violação destes direitos – como no abuso sexual –, é importante que a reação das instituições da sociedade (como a Justiça e o Estado de Bem-estar) se volte não apenas para proteger as crianças de outros abusos de seus direitos, mas também para uma atitude ativa de reparar algumas das violações ocorridas. Portanto, é essencial que, quando possível, as crianças que deponham em casos criminais de abuso sexual sejam protegidas contra danos adicionais. O sistema de intermediação para crianças-testemunhas é um desses esforços.⁵

Coughlan e Jarman⁶ também confirmam que uma parte significativa da literatura tem mostrado que a experiência de testemunhar é emocionalmente traumática e, às vezes, em termos de desenvolvimento e cognição, é impossível para uma criança, ao se esforçar para relembrar detalhes durante períodos dilatados de tempo, lidar com a linguagem abstrata, e ficar exposta a processos e padrões que com freqüência são sem sentido para ela. Müller⁷ afirma que as interrogações seguidas são não só traumáticas para as crianças, mas também resultam em provas pouco precisas. A criança é inquirida num ambiente hostil, muitas vezes a respeito de eventos muito íntimos e de alta carga emocional. A defesa é obrigada a atacar a credibilidade da criança numa tentativa de ressaltar inconsistências e desacreditar o testemunho da criança. À luz disso, a inquirição de uma criança-testemunha é uma tarefa muito especializada; os promotores e o advogado de defesa não estão treinados nestes métodos.⁸

Este artigo tem duas partes. Primeiro, ele vai refletir sobre os serviços de intermediação oferecidos a testemunhas-crianças em três magistraturas dos subúrbios a oeste de Johannesburg, na província de Gauteng, África do Sul.

Segundo, será feita uma discussão sobre experiências práticas e literatura de apoio. Por meio deste artigo, queremos ressaltar que os crimes contra crianças e o subsequente processo criminal no qual se requer que a criança deponha como testemunha ocorrem com suficiente frequência para que se garantam serviços de intermediação a todas as crianças-testemunhas. As implicações práticas serão destacadas mais adiante neste artigo, a fim de melhorar o atual processo de intermediação, em nível regional, provincial e nacional.

Uma descrição da intermediação

A introdução do Decreto 135 de Emenda à Lei Criminal, de 1991, na África do Sul, que entrou em vigor em 1º de agosto de 1993, trouxe os seguintes elementos a respeito de casos criminais com crianças-testemunhas, conforme resumido na tabela a seguir por Viviers:⁹

Tabela 1. Responsabilidades do intermediador

Seção relevante no Decreto de Procedimento Criminal	Implicação prática
Seção 161 (2) – a inquirição oral deve, no caso de testemunha surda e muda, incluir a linguagem gestual e, no caso de testemunha menor de 18 anos, incluir demonstração, gestos ou qualquer outra forma de expressão não verbal.	Permite que a criança dê testemunho de uma maneira apropriada à sua idade usando gestos, demonstrações e outras formas de comunicação não verbal. É tarefa e responsabilidade do intermediador entender gestos, demonstrações e comunicação não verbais e verbalizar isso para o tribunal.
Seção 165 – Quando a pessoa envolvida tiver que depor por meio de um intérprete ou intermediador indicado na seção 170A(1), o juramento, a afirmação ou a advertência com fundamento na seção 162, 163 ou 165 devem ser conduzidos pelo juiz presidente, oficial judiciário ou pelo escrivão do tribunal, conforme o caso, por meio do intérprete ou intermediador na presença ou sob as vistas do juiz presidente ou oficial judiciário, conforme o caso.	O juiz ou oficial judiciário pode convocar o intermediador para dar assistência na administração de juramento, afirmação ou admoestação. O intermediador deverá apresentá-los de tal modo que a criança compreenda, e que o tribunal fique satisfeito com o fato de a criança ser capaz de dar testemunho sobre a verdade e saber a diferença entre depoimento verdadeiro e depoimento falso.
Seção 170A(1) – Sempre que procedimentos criminais estiverem pendentes em algum tribunal e este achar que ele pode expor qualquer testemunha menor de 18 anos a um estresse mental ou sofrimento indevido se ela depuser nestes procedimentos, o tribunal poderá se ater à subseção (4), e indicar uma pessoa competente como intermediador a fim de que tal testemunha seja capaz de depor por meio dele.	A decisão de usar um intermediador fica a cargo do tribunal, e ele deve ser requisitado pelo promotor, com o juiz decidindo a respeito da sua necessidade ou não. Isso exige fortemente que os assistentes sociais advoguem (e não instruam) o uso de intermediadores em todos os casos em que crianças-testemunhas tenham que depor. Deve ser notado que a idade é apenas um dos fatores a considerar ao decidir se se deve nomear um intermediador. O simples fato de que a testemunha seja uma criança não obriga o tribunal a isso. Antes de se tomar uma decisão é necessário garantir às partes uma oportunidade de se manifestar.
Seção 170A(2)(a) – Nenhum interrogatório, inquirição ou reinquirição de qualquer testemunha para a qual o tribunal haja indicado um intermediador segundo a seção (1), exceto interrogatório pelo tribunal, deve ter lugar a não ser por meio de um intermediador.	Todas as questões feitas pelo promotor, pela defesa ou por qualquer outra pessoa no tribunal devem ser dirigidas à criança por meio do intermediador. Apenas o tribunal, isto é, o magistrado tem a prerrogativa de fazer perguntas diretamente à criança-testemunha. Em tais casos, o magistrado tem que pedir ao intermediador para formular a pergunta, como foi feita, à criança, ou o magistrado pode endereçá-la à criança diretamente.

Seção relevante no Decreto de Procedimento Criminal	Implicação prática
Seção 170A(2)(b) – O referido intermediador pode, exceto quando o tribunal decidir de outro modo, transmitir o conteúdo geral de qualquer pergunta à testemunha relevante.	O intermediador pode simplificar as questões para a criança, de tal modo que ela possa compreendê-las, sem alterar o significado. O magistrado é a única parte que pode exigir do intermediador que transmita à criança com as mesmas palavras a pergunta feita. Neste caso o intermediador não poderá simplificar essas perguntas específicas. Os intermediadores devem ter o cuidado de não interpretar as perguntas quando forem transmiti-las às crianças, ou de dividir ou alterar as respostas das crianças.
Seção 170A(3) – O tribunal designa um intermediador na subseção (1), o tribunal pode deliberar que a testemunha relevante dê seu depoimento em qualquer lugar – (a) que tenha sido informalmente arrumado para deixar a testemunha à vontade; (b) que fique localizado de tal modo que qualquer pessoa cuja presença possa perturbar a testemunha fique fora da visão e da audição desta testemunha; e (c) que permita ao tribunal e a qualquer pessoa cuja presença seja necessária aos procedimentos relevantes ver e ouvir o intermediador e a testemunha durante o depoimento, seja diretamente ou por um meio eletrônico qualquer ou outros recursos.	A criança geralmente dá seu testemunho através do intermediador numa sala separada, que fica ligada ao tribunal geralmente por um circuito fechado de televisão ou então por meio de um vidro, transparente apenas de um lado. A criança não vê nem ouve os procedimentos, mas o tribunal vê e ouve a criança e o intermediador.
Seção 170A(4)(a) – O ministro pode por meio de notificação no Diário Oficial determinar a pessoa ou a categoria ou a classe de pessoas que são competentes para serem indicados como intermediadores.	Segundo Nota Governamental No R.1374, de 30 de julho de 1993 expedida pelo Ministro da Justiça (Publicada na <i>Government Gazette</i> n. 15.024, com emendas na <i>Government Gazette</i> n. 17.822 de 28 de fevereiro de 1997, e na <i>Government Gazette</i> n. 22.435 de 2 de julho de 2001), as seguintes pessoas são competentes para serem indicadas como intermediadores: Assistentes sociais registrados de acordo com a s. 17 do <i>Social Work Act</i> (Lei de Serviço Social) 110, de 1978 e com no mínimo 2 anos de experiência em trabalho social. Pessoas com mestrado em trabalho social com 2 anos de experiência na área; médicos com registro no <i>The AS Medical and Dental Council</i> (Conselho Médico e Dental AS) segundo o <i>Act 56</i> de 1974 e que também sejam registrados como pediatras ou psiquiatras; conselheiros familiares designados na s. 3 do <i>Act 24 - the Mediation in terms of Certain Divorce Matter</i> (a Mediação em Certas Questões de Divórcio) de 1987 e que sejam registrados como assistentes sociais, ou classificados como professores na categoria de classificação C a G conforme deliberado pelo Departamento de Educação, ou que tenham registro como psicólogos clínicos, educacionais ou de orientação; assistentes sociais responsáveis pelo cuidado de crianças que tenham completado 2 anos de treinamento na <i>National Association for Child Care Workers</i> (Associação Nacional de Assistência a Crianças) e com no mínimo 4 anos de experiência; professores que tenham no mínimo 4 anos de experiência e que nunca tenham sido suspensos ou temporariamente suspensos da atividade de ensino; psicólogos que tenham registro como psicólogos clínicos, educacionais ou de orientação segundo o <i>Act 56</i> de 1974.
Seção 170A (4)(b) – Um intermediador que não esteja trabalhando para o Estado em tempo integral deve ter pagas suas despesas de viagem e subsistência e outras despesas relacionadas aos serviços prestados por ele, conforme o Ministro, com a concorrência do Ministro das Finanças, venha a determinar.	O uso da palavra ‘deve’ indica que o Ministro da Justiça e o Departamento de Justiça estão obrigados a pagar o que for reivindicado pelo intermediador referente aos serviços realizados.

Combrink e Durr-Fitchen¹⁰ destacaram que as pessoas competentes para serem indicadas como intermediadores nos termos das categorias determinadas pela lei não serão por isso necessariamente intermediadores apropriados. Com base em sessões de discussão entre profissionais de direito, assistência social e psicologia, realizadas no *Wynberg Sexual Offences Court* (Tribunal de Ofensas Sexuais de Wynberg), e em análises do funcionamento da intermediação, ficou claro que é preciso cumprir certos requisitos pessoais. Os pré-requisitos mais básicos para uma intermediação apropriada devem *inter alia* incluir os seguintes:¹¹

- capacidade comprovada de se relacionar com crianças e capacidade de desenvolver *rapport* em curto tempo;
- consciência da transferência no que tange ao gênero do intermediador;
- habilidade de se comunicar – ter fluência de linguagem com crianças e expressar mensagens claras;
- técnicas de entrevista com boa capacidade de observação e de transmitir calor, empatia e apoio à criança, sem deixar de permanecer imparcial e objetivo;
- conhecimento operacional de aspectos legais, da dinâmica do abuso sexual e dos estágios de desenvolvimento infantil, com as relativas capacidades intelectuais e verbais;
- consciência confortável da própria sexualidade;
- o intermediador e o terapeuta devem ser duas pessoas diferentes para diminuir a acusação de que a tendenciosidade aumente o risco de recurso.

Descrição do processo de intermediação

Coughlan e Jarman¹² explicam que na maioria dos casos o intermediador é um assistente social que prepara a criança para que se apresente no tribunal e que se senta com ela em uma sala com uma câmara. Seu papel é traduzir as perguntas feitas pelo juiz, advogado, promotor ou pelo suposto perpetrador para uma linguagem que a criança possa entender, sem alterar o conteúdo geral da pergunta. O intermediador tem o dever de atenuar agressões e intimidações e de informar o tribunal quando a testemunha demonstrar cansaço ou perda de concentração, a fim de que o oficial que preside a sessão possa postergá-la. Um circuito fechado de televisão, um microfone e o intermediador formam a base do sistema. Há um receptor de televisão na sala principal do tribunal, e uma sala com uma câmara, que fica adjacente a esta

sala principal do tribunal, acomoda a criança-testemunha e o intermediador. Este fica com fones de ouvido. Somente o intermediador ouve as perguntas, mas as pessoas presentes na sala do tribunal ouvem as respostas e qualquer outra coisa que se passe na sala da testemunha. Esse sistema difere do adotado na Inglaterra, no qual se usa circuito interno de televisão, mas onde não há nenhum intermediador envolvido.¹³

A *Bethany House Trust* foi fundada em 1998 como um projeto da *Child in Crisis Foundation SA* (Fundação da Criança em Risco). Ela está registrada como Entidade de Caridade para Crianças pela Alta Corte e também como Organização Beneficente Não Lucrativa e Pública. A entidade oferece desenvolvimento à criança e ao jovem, serviço profissional para os pais e serviços para testemunhas infantis. Em abril de 2003 a *Bethany House* entrou numa parceria público-privada com os Departamentos de Justiça e Desenvolvimento Social da África do Sul para conduzir um projeto piloto relativo a serviços de intermediação. Embora os serviços de intermediação já fossem disponíveis naquele estágio, o serviço não era coordenado, os intermediadores não estavam adequadamente capacitados e os funcionários dos tribunais não usavam o serviço. A *Bethany House* treinou uma equipe básica de intermediadores, lançou uma campanha educativa e de conscientização a fim de que todo o pessoal dos tribunais tivesse conhecimento e começasse a usar o serviço. Foi desenvolvido um serviço 100% focado na criança, a fim de dar assistência a todas as crianças-testemunhas, independentemente de gênero e língua materna. Entre os desafios estava o fato de que na área geográfica em que o projeto foi lançado eram faladas 11 línguas diferentes por crianças-testemunhas, o que exigiu dos intermediadores fluência em todas elas.

O objetivo básico do projeto piloto era prover um serviço de intermediação profissional regular a testemunhas infantis. A fim de conseguir isso, a *Bethany House* desenvolveu uma base de dados única de gerenciamento de casos, para agendar e rastrear os casos. Os dados derivados desse serviço podem ser usados para moldar os procedimentos e planejar o orçamento em serviços para crianças nos departamentos de assistência social, polícia e justiça. Os dados usados neste artigo foram obtidos dessa base de dados. As informações que alimentaram essa base de dados foram, por sua vez, obtidas dos tribunais onde os casos eram tratados. Um segundo objetivo do projeto piloto era compilar um perfil provisório de vítima e perpetrador para uma área geográfica específica. No entanto, os dados apresentados neste artigo não foram comparados com tendências populacionais. A frustração em relação ao desenvolvimento de uma base de dados como essa que acabamos de mencionar é confirmada pela experiência de Coughlan e Jarman,¹⁴ que declaram que até hoje há muito pouca, se é que há alguma, pesquisa sobre o

uso do sistema de intermediação na África do Sul. É difícil determinar se o sistema teve algum impacto sobre os índices de condenação porque a moratória nacional quanto à liberação pela polícia de estatísticas e informações sobre crimes tornou impossível a coleta desses dados. Pode-se, portanto, alegar que a tentativa de *Bethany House* de fornecer informações por meio do uso de uma base de dados é pioneira na determinação do sucesso e do *status* dos serviços de intermediação.

Distritos judiciários atendidos

A Tabela 2 dá uma visão geral das áreas geográficas onde os serviços de intermediação foram fornecidos a crianças-testemunhas, de abril de 2003 a setembro de 2006. Os distritos judiciários (tribunais) atualmente atendidos pela *Bethany House* são Randfontein, Roodepoort e Westonaria. Em alguns poucos casos a *Bethany House* deu assistência a outros tribunais. A tabela também mostra as diferentes áreas policiais dentro dos distritos judiciários e o número de casos relatados em cada uma.

Tabela 2. Casos por distritos judiciários e áreas policiais

Distrito judiciário	Número de casos	Área policial	Número de casos
Tribunal de Oberholzer	7	Delegacia de Carltonville	29
Tribunal de Krugersdorp	7	Delegacia de Krugersdorp	6
		Delegacia de Kagiso	1
Tribunal de Protea Glen	1	Delegacia Soweto	1
Tribunal de Randfontein	716	Randfontein/Toekomsrus/Mohlakeng	692
Tribunal de Roodepoort	506	Delegacia de Roodepoort	285
		Delegacia de Dobsonville	160
		Delegacia de Florida	26
		Delegacia de Honeydew	35
Tribunal de Westonaria	259	Westonaria	262
Total	1496	Total	1496

Nos distritos judiciários servidos pela *Bethany House*, foram atendidos 1.496 casos em 3 anos e meio. Isso ilustra claramente a frequência de casos judiciários e serve como indicador de que o serviço é necessário.

A Figura 1 mostra um gráfico do número de crianças-testemunhas e perpetradores por distrito judiciário. O alto número de incidentes em Randfontein é digno de nota, embora esses dados devam ser equilibrados com outros fatores de influência, como a densidade populacional variável e o fato de que promotores de alguns distritos nem sempre requisitam o serviço.

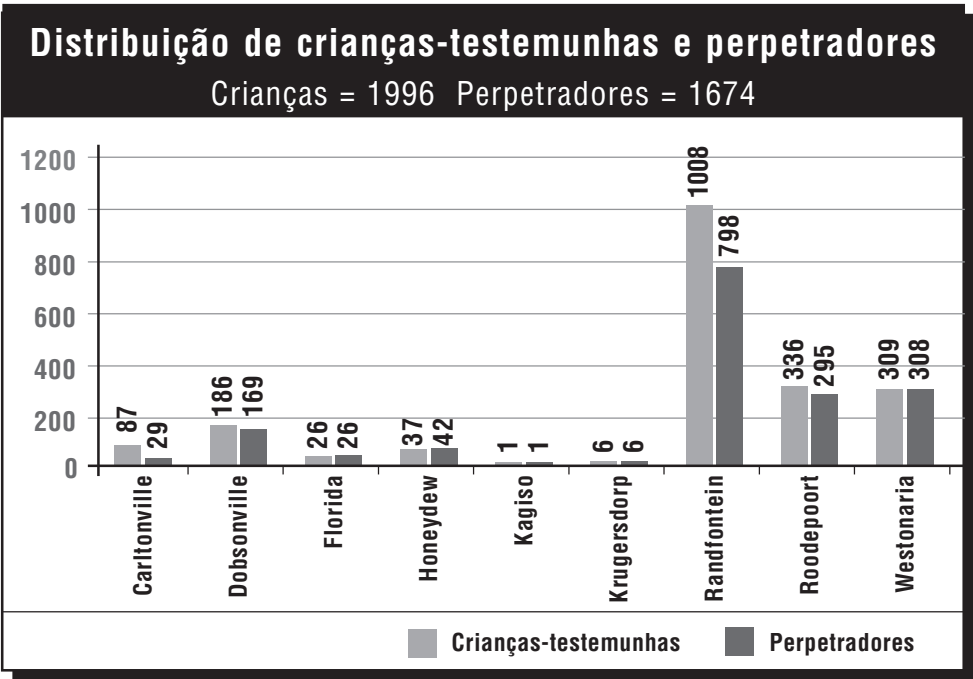


Figura 1. Índices de crianças-testemunhas e perpetradores por distrito judiciário

Descrição das crianças-testemunhas

A Tabela 3 destaca sexo, idade e idiomas das crianças-testemunhas que foram vítimas dos crimes explicados a seguir na Figura 2. Note que a população das crianças-testemunhas é maior que o número de casos discutido na seção anterior, já que algumas vezes mais de uma criança depôs (vítimas múltiplas) no mesmo caso.

Tabela 3. Detalhes demográficos de crianças-testemunhas

GÊNERO	Meninos = 297 (15%)					Meninas = 1699 (85%)					N=1996
IDADE	0-4 anos	5-8 anos	9-12 anos	13-16 anos	17-21 anos	Acima de 30					N
	117 (5.86%)	483 (24.19%)	702 (35.17%)	551 (27.6%)	56 (2.8%)	9 (0.45%)					1996
IDIOMA	Afrikaans	Inglês	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu
	469	67	16	155	7	11	18	680	6	233	334

A Tabela 3 fornece os seguintes detalhes demográficos relativos a crianças-testemunhas que podem ser usados para oferecer um perfil da criança-cliente típica da área atendida pela *Bethany House*:

- oitenta e cinco por cento das testemunhas são meninas;
- a maior concentração de idade é de crianças entre 9 e 12 anos de idade. É

significativo notar que o maior número de crianças se concentra na faixa de 13 anos de idade – 259 [13%] do total das crianças atendidas;

- significativamente mais crianças Tswana (34%) e Afrikaans (23.5%) receberam serviços de intermediação. Isso corresponde à representação cultural da área;
- crianças de diversas culturas (11) têm necessidade de serviços de intermediação. Isso implica que os intermediadores também precisam ser representativos dessas culturas para poderem dar verdadeira assistência às crianças por meio da linguagem e da compreensão do contexto cultural.

Na província de Gauteng há 345.600 meninas na faixa de idade entre 10 e 14 anos.¹⁵ Se o perfil de informação apresentado acima for considerado, o foco para serviços de prevenção e tratamento deve ser dirigido para as atividades desse grupo etário.

Tipos de crimes contra as vítimas

As unidades de Violência Familiar, Proteção à Criança e Abusos Sexuais (FCS) dos Serviços Policiais da África do Sul (SAPS) são responsáveis por investigar crimes contra crianças, como assalto com tentativa de danos corporais graves, tentativa de homicídio, estupro, incesto, violação do pudor, assalto comum, rapto, abdução, exploração de crianças e adultos previstos no *Sexual Offences Act* 23 de 1957 (Lei 23 sobre Violência Sexual), no *Prevention of Family Violence Act* 133 de 1993 (Lei 133 sobre Prevenção da Violência Familiar), no *Domestic Violence Act* 116 de 1998 (Lei 116 sobre Violência Doméstica) e no *Films and Publication Act* 65 de 1996 (Lei 65 sobre Filmes e Publicações).¹⁶ O que é significativo deste tipo de crime e do desfecho dos casos (o que será discutido adiante) é o número de casos relatados em relação aos índices de condenação. Esta seção dá uma visão geral sobre o tipo de crimes nos quais os intermediadores do projeto piloto da *Bethany House* estiveram envolvidos.

A Figura 2 mostra o tipo de acusação em relação aos casos em que as crianças-testemunhas estiveram envolvidas. Podemos ver que houve um número significativamente alto de casos de estupro e atentado violento ao pudor. Em relação à identificação do perfil, os dados sobre tipo de acusação mostram que:

- crianças que foram vítimas de estupro (64.52% do total de casos) e de atentado ao pudor (27.57%) eram o maior grupo de concentração de testemunhas;
- não foram fornecidos serviços de intermediação em casos de abandono de criança e negligência.

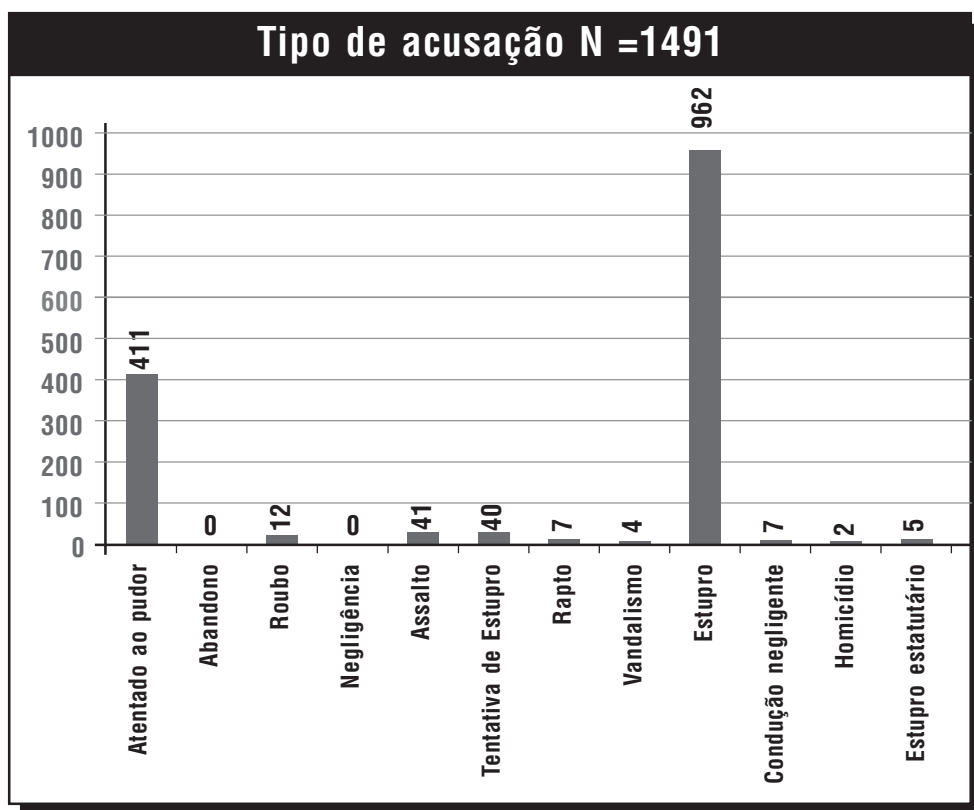


Figura 2. Tipos de acusação em casos de crianças-testemunhas

A experiência de abuso sexual impacta negativamente o desenvolvimento da criança, seu comportamento e a percepção de seu ambiente, e costuma ser classificada como traumática. Considera-se que os efeitos traumáticos do abuso sexual são os mais complexos e mais insidiosos no que tange ao impacto na vida da criança. Quando o trauma é infligido por uma pessoa que é conhecida da criança, o sofrimento pode ser mais intenso e persistente. A natureza do evento, súbita, horrível e inesperada, também define o trauma.¹⁷

O efeito na criança pode variar em gravidade e ter uma natureza perdurável. Inclui uma perda da infância, perda da família se a criança for removida dela, e perda da confiança, o que irá ter influência em seus futuros relacionamentos. A criança pode ainda experimentar complexos sintomas pós-trauma, como baixa auto-estima, medo, raiva e hostilidade fora de contexto, comportamento e atitude sexual inadequados, depressão, culpa e vergonha, comportamento autodestrutivo, sensação de impotência, confusão de papéis ou limites pouco precisos a respeito deles, pseudo-maturidade ou regressão e dissociação no desenvolvimento. Um tribunal não tem a competência para tirar conclusões

sobre as conseqüências de um atentado violento ao pudor e de um estupro em vítimas crianças. Alegações factuais relacionadas ao trauma podem ser provadas pelo Estado, ou o tribunal pode obter informações requisitando testemunhas nos termos da seção 274 (1) do *Criminal Procedure Act* (Lei de Processo Penal). Uma possibilidade seria convocar a mãe ou o(a) professor(a) para testemunhar sobre sintomas de trauma, como alterações nos padrões de sono, na alimentação e na socialização, na realização de lição de casa, na capacidade de concentração, na atitude em relação à disciplina e num estado mental nervoso ou medroso. Se esta evidência não for contestada, pode ser aceita sem prova psiquiátrica como decorrente do estupro.¹⁸

Relação do perpetrador com a criança

Uma razão interessante pela qual a maioria dos casos não vai para o tribunal é que muitos deles são casos “não detectados”, ou seja, casos nos quais a polícia não conseguiu identificar o suspeito. Alguns ficam sem solução porque a polícia tem pistas inadequadas ou não tem quaisquer pistas para seguir, sem que haja qualquer falha em sua atuação. Em outros casos, o problema é uma investigação policial precária ou incompleta.¹⁹

A Figura 3 ilustra a relação entre o perpetrador e a criança. Na maioria dos casos (1.755 ou 95%) os perpetradores eram do sexo masculino. Em 62% (1.145) dos casos o perpetrador do sexo masculino era conhecido da criança e em apenas 33% (610) dos casos o perpetrador não era conhecido da criança.

O gráfico oferece as seguintes informações sobre o relacionamento com a criança, para fins de compilação de um perfil da vítima:

- Na maioria dos casos o perpetrador é um homem conhecido da criança: um vizinho (402 ou 22%); um membro da família biológica (401 ou 22%); um membro da família do padrasto ou da madrasta (103 ou 5.6%); ou um homem com o qual a criança se relacionou fora da família (220 ou 12%).
- Por ordem decrescente, a criança precisando de serviços de intermediação corre maior risco no ambiente próximo de sua casa e família, assim como nos seus relacionamentos sociais e na escola.

Tendo conhecimento do fato de que a maioria das crianças foi vítima de estupro e atentado violento ao pudor e que um grande número de perpetradores era conhecido da criança, pode-se supor que as crianças-testemunhas experimentaram altos níveis de trauma. É responsabilidade dos Departamentos de Bem-Estar Social e de Justiça serem sensíveis a esse fato e explorar quais os sintomas da criança que irão precisar de tratamento após o julgamento.

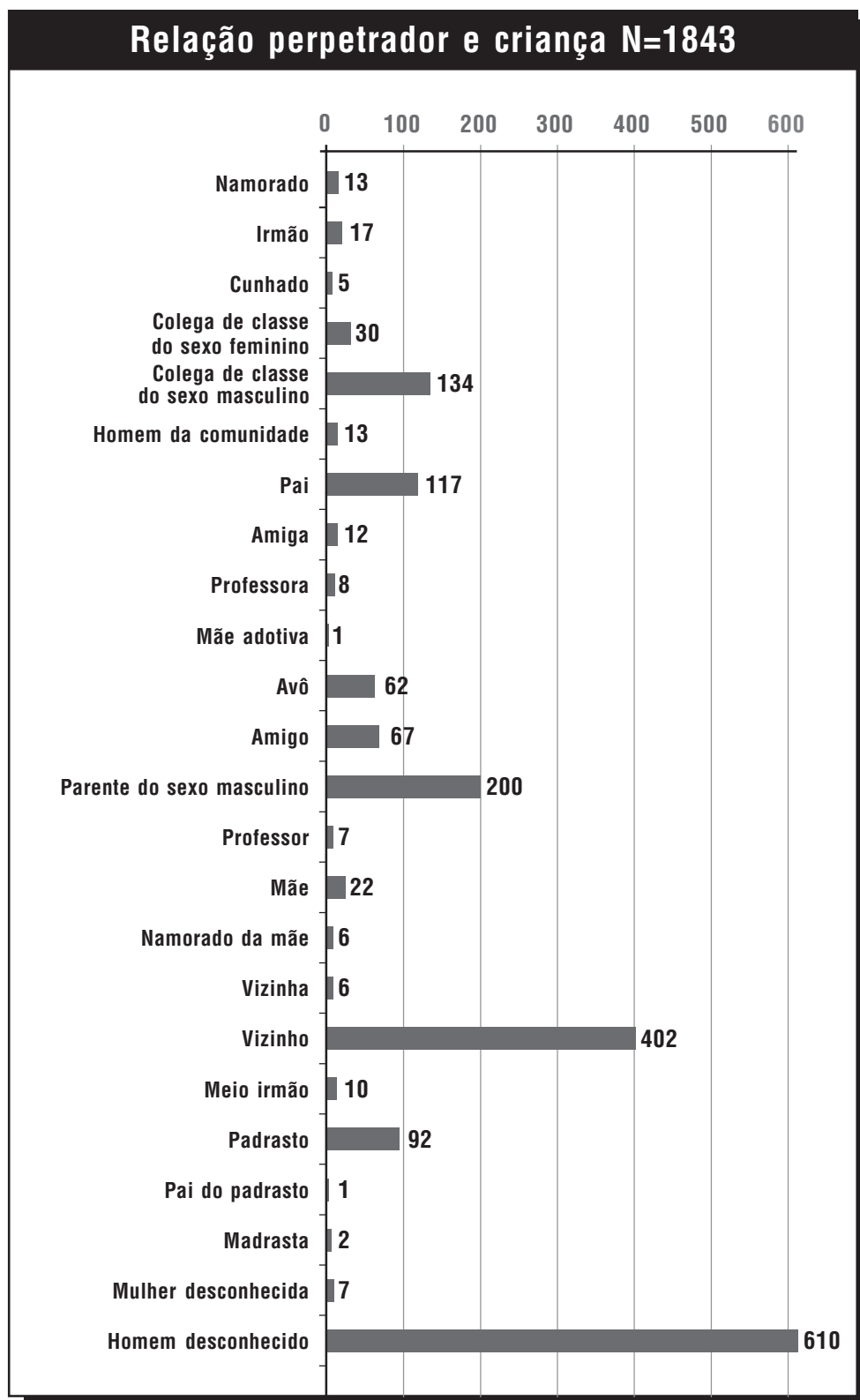


Figura 3. A relação do perpetrador com a criança

Descrever os perpetradores envolvidos com os crimes contra as crianças vai também contribuir para a compreensão do processo de intermediação em West Rand.

Descrição do perpetrador

A Tabela 4 dá informação sobre o gênero, a idade e a cultura dos perpetradores envolvidos nos casos nos distritos judiciais mencionados na Tabela 1. Preocupa a constatação de uma grande porcentagem de perpetradores com menos de 19 anos de idade.

As informações úteis na tabela a seguir incluem:

- A esmagadora maioria dos perpetradores são homens (95%) e a maioria tem entre 19 e 40 anos de idade.
- De novo um grande número de perpetradores vem das culturas Afrikaans e Tswana. Uma análise comparativa da representatividade populacional na área do West Rand pode lançar mais luz sobre o porquê dos membros das comunidades Afrikaans e Tswana constituírem a maior concentração de perpetradores (note-se que o Afrikaans é a língua-mãe de pessoas brancas e negras nas comunidades representadas).

Tabela 4. Perfil demográfico dos perpetradores

GÊNERO	Masculino =1589 (95%)					Feminino =85 (5%)					N=1674	
IDADE	Menos de 19	19 –29 anos		30-39 anos		40-49 anos	50-59 anos	Acima de 59				
	394 (23.54%)	478 (28.55%)		433 (25.87%)		241 (14.4%)	75 (4.48%)	53 (3.17%)			1674	
LÍNGUA MATERNA	Afrikaans	Inglês	Ndebele	Sepedi	Sesotho	Shangaan	Swazi	Tsonga	Tswana	Venda	Xhosa	Zulu
	413	30	11	19	134	45	8	32	493	14	199	274

Desfecho do caso

O desfecho do caso é uma parte significativa do processo para a criança-testemunha. A principal razão para depor contra o perpetrador é provar a sua culpa. A condenação implica punição pela má conduta e a punição deve ser compatível com o crime. Como o interesse dos serviços de intermediação é proteger a criança durante um processo criminal no qual se espera que seja conduzido um julgamento justo, é interessante refletir sobre os desfechos dos casos coletados na base de dados da *Bethany House*.

A Figura 4 mostra o desfecho de 384 casos criminais. Este é apenas um

pequeno número dentre os 1.496 casos descritos na Tabela 2. Na próxima seção será discutida a eficácia do processo e será lançada alguma luz sobre por que se conhece tão pouco sobre desfecho de casos.

O que é encorajador a respeito da informação obtida dos dados sobre desfecho de casos é que não houve processos inconclusivos. O alto número de casos retirados no tribunal (143) é preocupante. É preciso questionar o processo legal que levou à retirada de casos depois que um perpetrador foi acusado e trazido perante o tribunal. Quando um caso é retirado, não se toma nenhuma decisão a respeito da culpa ou inocência do perpetrador. Nos casos conduzidos pela *Bethany House*, não houve contato posterior com a criança após o veredito. Devemos perguntar, no entanto, qual é o efeito que isso pode ter na criança-testemunha.

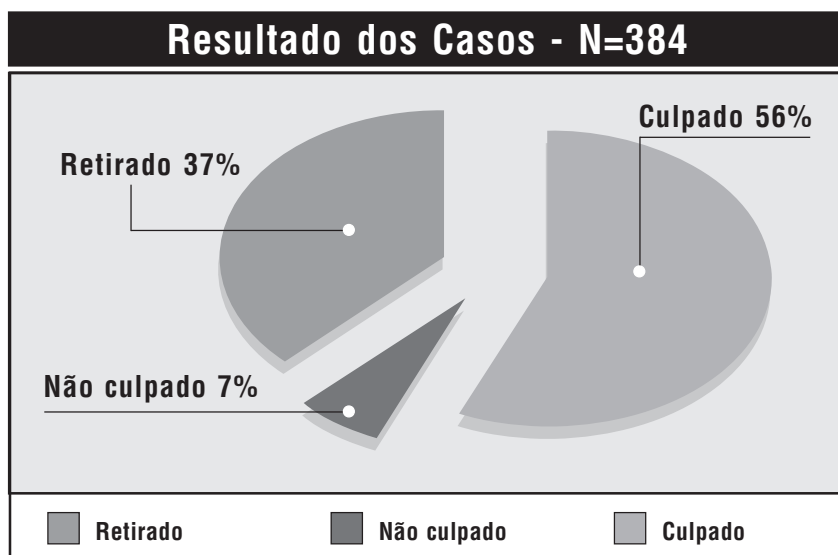


Figura 4: O resultado dos casos intermediados

Para os propósitos de criação de um perfil, a informação sobre vereditos oferece a seguinte constatação:

- A maioria dos casos trazidos perante o tribunal (56%) levou ao veredito de culpado.

Ao comparar as tendências estatísticas do projeto piloto da *Bethany House* com as estatísticas nacionais da polícia anteriores a 2000, percebe-se que 58% dos casos de estupro relatados envolvendo vítimas com menos de 18 anos não foram parar nos tribunais. Além disso, 18% foram retirados dos tribunais e apenas 9% levaram ao veredito de culpado. Se considerarmos o

índice de casos não relatados de abuso de crianças – especialmente aqueles que envolvem membros da família – o índice de condenação é baixo se comparado com os crimes cometidos. Absoluções constituem 9% dos casos levados a tribunal. É importante notar que a promotoria tende a julgar apenas aqueles casos que têm uma razoável perspectiva de resultar em condenação. Os recursos do processo focam-se nos casos mais promissores. Estupro costuma ser mais difícil de provar do que outros crimes. Mesmo assim, casos de estupro infantil que foram a julgamento apresentaram o dobro de probabilidade de resultar em condenação do que os casos de estupro envolvendo vítimas adultas.²⁰

A cláusula 47 do projeto sobre *Sentencing Framework* (Estrutura de Sentenças) de 2000 propõe a apresentação nos tribunais de declarações relativas aos impactos sobre a vítima, esclarecendo os danos sofridos por ela, a fim de saber que impacto o crime teve na prática. Diferentemente do que ocorre no julgamento, com a condenação as impressões tornam-se mais importantes que os fatos, e considerações que eram irrelevantes para o mérito passam a adquirir importância, colocando no tribunal a expectativa de que faça um complexo julgamento de valor. As questões em pauta ao exercitar o discernimento para formular uma sentença são do interesse da justiça. Uma má escolha de punição vai contra os interesses da justiça e a decisão de impor uma sentença apropriada só pode ser tomada com base em todos os fatos relevantes ao assunto. Circunstâncias agravantes também influenciam a sentença. Entre essas, estão o processo de preparação para o crime (que mostra uma premeditação do crime), o abuso de uma posição de autoridade, o fato de conhecer a própria condição de HIV-positivo e a condição indefesa da vítima. Fatores atenuantes na sentença podem ser a juventude do acusado, a não existência de condenações prévias, a não utilização de arma, e a percepção da vontade em vítimas maiores de 16 anos.²¹

O *Criminal Law Amendment Act* 105 de 1997 (Lei 105 que emendou a legislação penal em 1997) entrou em vigor em maio de 1998 e sua seção 51 dispõe sobre um sistema de pena mínima para crimes mais graves. O objetivo de introduzir penas mínimas decorre da necessidade de desferir um golpe mais decisivo nos crimes graves, pela aplicação de penas significativamente mais pesadas. As penas mínimas relativas a crimes graves contra crianças são duas, conforme se segue:²²

1. A pena perpétua deve ser imposta em caso de estupro quando:
 - a vítima foi estuprada mais de uma vez ou por mais de uma pessoa de comum acordo;
 - o acusado já tiver sido declarado culpado por dois ou mais delitos de estupro sem ter sido condenado ainda;

- o acusado sabia que era HIV positivo;
 - a vítima era uma menina menor de 16 anos;
 - foram infligidos sérios danos corporais.
2. O aprisionamento por um período de 10, 15 e 20 anos respectivamente para primeiro, segundo e terceiro infratores devem ser impostos nas seguintes instâncias.
- estupro em outras situações que não as acima mencionadas (por exemplo, quando o acusado tinha uma arma de fogo que pretendia usar ou quando a vítima era maior de 16 anos de idade);
 - atentado violento ao pudor em criança com idade inferior a 16 anos envolvendo danos corporais (ou seja, qualquer tipo de dano físico por trivial que possa parecer);
 - agressão com sérios danos corporais em criança com menos de 16 anos de idade.

Com conhecimento dessa estrutura de penas proposta, dos 2.599 casos de violência familiar e ofensa sexual contra crianças levados a tribunal entre 2005 e 2006, foram aplicados nos julgamentos 14.116 anos de prisão, 146 penas perpétuas, e multas no valor de 474.560 Rands.²³

Discussão

As informações obtidas a partir dos dados estatísticos da base de dados da *Bethany House* de abril de 2003 a setembro de 2006 fornecem informações que podem ser usadas para planejamento da Assistência Social, da Justiça e da Polícia na área de serviços de West Rand. A experiência adquirida com o projeto piloto também é significativa para orientar medidas práticas. Essas serão discutidas adiante. Junto com a discussão da experiência da *Bethany House* de fornecimento de serviços de intermediação, será analisado um artigo sobre as experiências de outros assistentes sociais na África do Sul, onde esses se questionam se vale a pena manter o serviço de intermediação. Também vamos tratar da conceitualização de Karen Müller sobre a relação entre o oficial judiciário e a criança-testemunha.

De acordo com Coughlan,²⁴ o sistema de intermediação é usado apenas nas principais cidades da África do Sul, como East London, Cidade do Cabo, Port Elizabeth, Johannesburg, Pretória, Durban e Pietermaritzburg. Não existem essas instalações em tribunais da zona rural. Além disso, em cidades como East London, para todos os efeitos, o serviço não foi fornecido já que os assistentes sociais na época se recusaram a continuar a oferecê-lo. Experiências com um pequeno número desses intermediadores deixaram claro o fato de que eles estavam inadequadamente treinados e tinham de lidar com ansiedades e emoções

relativas tanto ao processo do tribunal quanto ao trauma da criança. Ainda, esses intermediadores não precisavam relatar como suas experiências haviam se dado.

Primeiro vamos resumir as experiências de intermediadores conforme vistas por Coughlan em 2002;²⁵ depois iremos examinar nossa própria experiência com o sistema de intermediação em nossa área de atendimento. À luz disso, iremos discutir implicações para a prática sugeridas por outros autores interessados na situação das crianças-testemunhas na África do Sul, que virão se somar à nossa.

Dificuldades experimentadas pelos intermediadores

Muitas das dificuldades experimentadas por Coughlan e Jarman²⁶ estavam relacionadas ao ambiente e ao processo do próprio tribunal. Elas incluem o impacto de longos atrasos e o estresse de um julgamento muito longo; a imprevisibilidade da presença de um intermediador; a preservação dos direitos do acusado *versus* a necessidade de evitar abuso adicional da criança; o questionamento da capacidade da criança entender conceitos de verdade conforme definidos por adultos; o fato de não se levar em consideração as diversas abordagens culturais para falar a respeito de questões relativas ao sexo; o potencial para erros de tradução; o fato de se pedir à criança para repetir os detalhes do abuso; a dúvida se um processo bem-sucedido compensa o trauma a que ele submete a criança; o conflito de papéis entre assistentes sociais e intermediadores; e as demoras de até 2 anos para que os casos tivessem suas respectivas audiências, em função de trâmites judiciais.

Müller²⁷ acrescenta que o intermediador foi introduzido para assistir a criança-testemunha no sentido de remover toda hostilidade e agressão de uma pergunta e de mudar uma pergunta, quando necessário, de modo que fique mais compreensível para a criança. No entanto, na prática, o uso de um intermediador deu lugar a uma série de problemas. O poder do intermediador é muito limitado, pois ele é percebido como nada mais do que um intérprete (e não uma testemunha especializada) e o tribunal pode a qualquer momento insistir em que o intermediário repita a questão exatamente com as mesmas palavras. Uma desvantagem adicional do presente sistema é que o intermediador não tem a autoridade de fazer comentários a respeito de uma pergunta e de dar opinião sobre o grau de compreensão da criança sobre determinada pergunta que lhe tenha sido feita. O intermediador não tem poder de intervir e argumentar que certas perguntas não devem ser feitas numa determinada sequência ou formuladas de certa maneira.

Estes autores destacam que o contexto no qual a criança oferece seu testemunho pode estar causando mais danos do que seria cabível. Constata-se

decepção entre aqueles que tinham a esperança de atuar como intermediadores a fim de tornar o processo mais fácil para as crianças, pois acabaram se defrontando apenas com expectativas inadequadas para a idade das crianças e com um foco muito acentuado nos direitos do acusado. A próxima seção mostra de que modo as próprias experiências da *Bethany House* confirmam a ineficácia do processo atual. Mas há alguma esperança no horizonte. Essa luz é criada por algumas mudanças que deverão ocorrer no próximo ano.

Eficácia do processo atual

A eficácia do processo atual só pode ser descrita como “pouco amigável ao usuário”. Isso se refere especificamente ao uso da linguagem e à integração do processo legal ao mundo já traumatizado da criança. O lapso de tempo entre o momento em que o caso é relatado à polícia, o momento em que o caso é levado a tribunal pela primeira vez e o momento em que a criança dá seu testemunho pode chegar a dois anos. Isso não só compromete o processo judicial, mas faz com que a criança permaneça no limbo no que se refere ao “processo de cura”.

O número de vezes que um caso é postergado está ilustrado na tabela a seguir. Além dos custos adicionais para representar a criança vítima, a criança-

	nº de casos	nº de postergações	% do total
	147	0	29.76
	122	1	24.70
	69	2	13.97
	55	3	11.13
	36	4	7.29
	23	5	4.66
	16	6	3.24
	7	7	1.42
	9	8	1.82
	3	9	0.60
	1	10	0.20
	1	11	0.20
	1	12	0.20
	3	13	0.61
	1	16	0.20
Total	494	107	100.00

testemunha tem de comparecer a cada audiência. Na prática, isso significa que a criança é preparada para comparecer ao tribunal (uma vez), depois tem de ser preparada para depor, comparecer à audiência e estar pronta a testemunhar em cada uma das vezes. A criança vítima fica, portanto, sujeita a um estresse mental indevido mesmo antes de testemunhar.

Serviços posteriores ao testemunho, como terapia, só podem ser iniciados depois que a criança tiver deposto no tribunal, a fim de assegurar que o depoimento da criança não fique contaminado. Na realidade, existe pouca intervenção posterior. Os serviços de terapia não são prontamente disponíveis para crianças-testemunhas e, na maioria das vezes, os pais ou quem dá assistência não têm acesso aos limitados serviços disponíveis devido a limitações econômicas. Na maioria dos casos, a preparação prática para as audiências no tribunal são a única ajuda disponível à criança.

Se a criança foi infectada pelo perpetrador com o vírus HIV/Aids quando o crime foi cometido, a criança pode também estar doente demais para poder depor ou pode ter falecido antes de ter a oportunidade de testemunhar contra o perpetrador. Embora o governo da África do Sul tenha programas ARV (anti-retrovirais) que podem ser disponibilizados às crianças-testemunhas infectadas pelo HIV/Aids, a criança com frequência não tem condições de ir até os hospitais onde o serviço está disponível devido às grandes distâncias e a fatores econômicos como o custo do transporte.

Além disso, há muitos casos não relatados, especialmente crimes cometidos dentro da unidade familiar. A recente descentralização da unidade de policiamento especializado responsável pela investigação de crimes contra crianças pode contribuir com o não relato de casos já que a comunidade em geral perdeu a fé na capacidade do Estado de proteger suas crianças.

Dos casos relatados, apenas uma pequena porcentagem acaba sendo levada ao tribunal, e uma porcentagem inaceitavelmente alta deles é retirada já no próprio tribunal. Isso ocorre quando provas cruciais se perdem (por exemplo, DNA) ou quando a testemunha não pode ser localizada. Devido à grande morosidade judicial, a criança testemunha às vezes muda para endereço não sabido, obrigando o Estado a retirar o caso do tribunal.

Uma pequena porcentagem desses casos que chegam aos tribunais resulta em condenações. Pode-se então argumentar que os processos judiciais são pouco benéficos para as crianças. As razões básicas para o processo criminal não estão voltadas necessariamente para o melhor interesse da criança. Pode haver pouca ou nenhuma correlação entre o melhor interesse da criança e as expectativas da autoridade que move o processo.

A eficácia de um processo legal já questionável é comprometida ainda pela ausência ou precariedade do equipamento (por exemplo, fones de ouvido) usado para a realização dos serviços de mediação, o que cria grandes

atrasos ou adiamentos. Às vezes, os procedimentos judiciais são transferidos para outra jurisdição na qual se possa contar com um tribunal com equipamento em ordem.

A existência de situações comuns entre intermediadores de cidades geograficamente muito afastadas entre si, como East London na Província de Eastern Cape e West Rand, região da Província de Gauteng, mostram a importância de novas análises sobre o processo de intermediação, reconhecendo-se a necessidade de se usar esses dados para planejar intervenções eficazes voltadas para as crianças-testemunhas.

Mudanças previstas

O Projeto 107 da Comissão Legal da África do Sul sobre Ofensas Sexuais: Processo e Procedimentos (2002) sugere a estratégia de adotar princípios orientadores (Protocolos e Memoranda ou Códigos de Boa Prática) para promover mudanças no tratamento das ofensas sexuais. O desenvolvimento desta estrutura ‘nacional multidisciplinar’ deve levar a um acordo inter-setorial de intenções que constitua a base de códigos práticos provinciais ou regionais multidisciplinares, incorporados à legislação para assegurar seu cumprimento. É feita breve menção aqui a algumas das recomendações que devem ter impacto positivo no processo legal em curso. Essas recomendações estão no documento de discussão que pode ser encontrado em <http://www.doj.gov.za/salrc/dpapers/dp102_prj107/dp102execsum.pdf>:²⁸

- organismos oficiais, como órgãos do governo devem fornecer serviços imediatos, sensíveis, eficazes, confiáveis, bem coordenados e integrados;
- deve-se fazer uma provisão orçamentária para a efetiva implementação e operação da estrutura nacional;
- um comitê multidisciplinar de coordenação deve monitorar, supervisionar e avaliar a implementação dessa estrutura;
- recomendam-se técnicas flexíveis de administração do fluxo de casos. A estratégia de administração do fluxo de casos deve ser desenvolvida inter-setorialmente para reduzir atrasos nos procedimentos criminais;
- enfatizam-se também um adequado treinamento para credenciamento e uma adequada avaliação posterior dos fornecedores de serviços;
- existe um amplo precedente na África do Sul para a criação de equipes conjuntas ou com pessoas de diversos organismos para a investigação e processo de crimes de alta prioridade;
- apenas o pessoal médico, policiais, promotores, juízes e conselheiros

- altamente treinados devem lidar com ofensas sexuais graves;
- de preferência, todas as ofensas sexuais graves devem ser julgadas em tribunais especiais de ofensas sexuais;
 - todas as crianças vítimas em casos de ofensas sexuais que precisem de cuidados e proteção devem poder contar com um sistema assistencial receptivo;
 - a África do Sul é um país com recursos limitados, e a provisão de PEP para vítimas de estupro acabou se tornando uma questão controversa. Admite-se que os custos envolvidos em oferecer a todas as vítimas de violência sexual tratamento PEP seriam extremamente altos. No entanto, o custo de não prover PEP será seguramente mais alto ainda e irá afetar o sistema público de saúde e repercutir na economia. É responsabilidade do Estado oferecer os meios financeiros para cobrir o custo do PEP para vítimas de violência sexual, já que esses requerentes foram expostos a um distúrbio que coloca em risco a própria vida sem nenhuma chance de escolha da parte deles;
 - devem ser desenvolvidos protocolos para médicos e profissionais de saúde;
 - a polícia deve rever os procedimentos para registrar e acompanhar casos “improcedentes” e casos nos quais a vítima deseja retirar a queixa;
 - o *Sexual Offences Act* (Lei de Ofensas Sexuais) deve colocar uma obrigação à polícia de aceitar e registrar todas as queixas de ofensa sexual, e estabelecer que não cabe à polícia julgar se deve ou não abrir uma investigação, mesmo quando a própria vítima pedir para que não se abra processo. A única instância à qual cabe decidir não proceder a uma investigação deve ser a autoridade judicial.

Embora tenha sido realizado muito trabalho pela *SA Law Commission* (Comissão Legal da África do Sul) para melhorar o *status quo*, os autores reiteram a dúvida sobre o que é necessário para que essa questão se torne uma prioridade legislativa e orçamentária.

Implicações práticas e recomendações

Concordamos com Coughlan e Jarman²⁹ quando eles declaram que os assistentes sociais privados e do governo precisam de treinamento e adequada supervisão e oportunidades para colher os relatos dos intermediadores. Para que isso ocorra, o papel do intermediador precisa alcançar um nível maior de visibilidade e de aceitação em relação ao que ocorre hoje. O trabalho de intermediação não é

reconhecido como uma função-chave e, portanto, não é oferecido nos mecanismos normais, profissionais e de nível equivalente, estabelecidos para apoiar e dar conta da prática profissional.

Isso deve ser questionado – não só no interesse dos assistentes sociais, mas também das crianças. Dada a natureza *ad hoc* do trabalho de intermediação, não existe um sistema de apoio, para *accountability* ou responsabilização e para uma perspectiva de desenvolvimento em busca de uma especialização. Dada à extensiva reestruturação dos serviços sociais do governo que estão tendo lugar em toda a África do Sul, isso será possível apenas se um número suficiente de pessoas mais influentes tornarem isso uma prioridade.

Mesmo que os assistentes sociais consigam assegurar que o assunto permaneça na agenda, eles precisam da colaboração da comunidade legal e dos responsáveis pela definição de prioridades e procedimentos nos tribunais. Casos de abuso infantil não devem aguardar mais do que dois ou três meses para irem para o tribunal. A postergação deve ser vigorosamente evitada. É necessária uma notificação adequada, de modo que as crianças possam ser preparadas e os assistentes sociais estejam certamente disponíveis.

O reconhecimento do serviço de intermediação deve ser dado pelas pessoas no poder, pois sem a cooperação de assistentes sociais o sistema todo fracassará nacionalmente, expondo todos os envolvidos a acusações de que os direitos da criança, protegidos pela constituição, estão sendo violados.

Van der Merwe e Müller³⁰ também ofereceram linhas gerais práticas e úteis relativas à gestão judiciária a fim de proteger a criança durante os processos. Elas incluem regras básicas para advogados no que se refere especificamente à formulação de perguntas adequadas ao desenvolvimento da criança, como se observa a seguir.

O oficial judiciário deve explicar o processo de interrogação à criança e o que irá acontecer em seguida, reforçar a necessidade de que a criança conte a verdade, e dar à criança-testemunha uma idéia do que se espera dela. Ainda, as intervenções dos juízes devem ser necessariamente feitas nos casos em que a criança não puder compreender o peso agregado a uma declaração policial.

Deve-se convocar um recesso quando a criança mostrar sinais de fadiga, perda de atenção, respostas fechadas (como “não sei” ou “não lembro”) ou estresse difícil de lidar. A presença de uma pessoa de apoio tem comprovado ser útil para que a criança responda melhor ao interrogatório.

A criança tem direito a procedimentos realizados de forma ágil, em períodos de tempo apropriados à vítima e ao tipo de ofensa. O não atendimento dessa estratégia de administração fluente de casos que está sendo proposta deve ser submetido a sanções.

Também é sugerido que o interrogatório cruzado, ou a formulação direta de perguntas às testemunhas pela acusação e pela defesa seja concluído antes que a criança tenha oportunidade de entrar na sala do tribunal e identificar o

acusado. Quaisquer questões adicionais relativas à identificação devem ser colocadas nessa hora.

Os autores acrescentam aos itens acima as seguintes sugestões:

O uso de uma base de dados para registrar os serviços prestados a crianças e oferecer informações que possam ajudar no planejamento é crucial. Todos os atores precisam usar/contribuir para essa base de dados que deve ter aplicação local e nacional. Ainda, a definição de responsabilidades do intermediador deve ser formalizada. Sua atribuição deve ser tratada como área especializada dentro do trabalho de assistência social.

Para lidar com a preocupação quanto à credibilidade das provas apresentadas por crianças-testemunhas, o modelo conceitual de De Young³¹ para avaliar a veracidade e o *Statement Validity Analysis* (SVA) (Análise da Validade da Declaração) devem ser adotados como ferramentas de avaliação cruciais da validade das declarações ao longo de todo o processo de depoimento. Naturalmente, isso deve fazer parte do treinamento de um intermediador, que poderá contribuir com o processo, verificando a credibilidade das declarações feitas ao tribunal.

Para criar uma verdadeira empatia em relação às dificuldades inerentes aos procedimentos judiciais e à identificação de informações carregadas de elementos pessoais e emocionais, a preparação do assistente social para atuar como intermediador deve incluir o conhecimento da obra *Child Abuse Accommodation Syndrome*³² (Síndrome Acomodativa de Abuso Infantil).

Deve, ademais, haver uma adequada compreensão da regra prática de prudência, segundo a qual o adjudicador factual deve ficar ele mesmo alerta para ser prudente na avaliação de provas que, segundo a prática tenha demonstrado, exijam circunspeção. Essas regras de prudência aplicam-se à avaliação de provas de testemunhas únicas, colaboração, armadilhas, crianças muito novas, identidade, desvio sexual, detetives particulares, prostitutas, e testemunhas detidas.³³

Informações colhidas de casos administrados pela *Bethany House* (assinalados por numerais romanos ao longo deste documento) devem ser consideradas, junto com pesquisas adicionais, para identificação de um perfil capaz de ajudar no planejamento da prevenção e tratamento do abuso infantil. O uso de “declarações de impacto” de professores, familiares e outros adultos, que possam dar testemunho das conseqüências do abuso de uma criança, irão contribuir para uma adequada condenação do perpetrador.

É crucial estabelecer uma clínica sócio-legal onde as profissões do direito e da assistência social possam combinar seus serviços para atender de maneira mais eficaz a criança cliente. Também recomendamos enfaticamente que as recomendações da *SA Law Commission* tenham prioridade e que a implementação dessas recomendações seja acelerada.

Conclusão

Este artigo apresenta diversas realidades interessantes relativas ao sistema de intermediação. A questão é se uma abordagem mais focada e padronizada do sistema (com a produção de mais informações para propósitos de planejamento) iria fortalecer a posição das crianças, no sentido esperado de levar a mais condenações e, no final, contribuir para criar ambientes mais seguros para as crianças. É preciso dar mais proeminência aos problemas destacados por diversos autores. Já se passaram mais de dez anos desde que a *Criminal Procedure Act* (Lei de Processo Penal) foi emendada para permitir a utilização de intermediadores. Agora é o momento de seguir os passos tomados pela África do Sul no sentido de agir segundo o melhor interesse de suas crianças.

NOTAS

1. Coughlan & R. Jarman, "Can the intermediary system work for child victims of sexual abuse?", *Families in Society*, vol.83, edição 5/6, Nova York, Alliance for Children & Family, set-dez 2002, p. 541.
2. Ibid., p. 541.
3. K. Müller, "The competency examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 152.
4. Ibid., p. 160.
5. Coughlan & Jarman, op. cit., p. 541.
6. Ibid.
7. K. Müller, "A question of confusion: cross-examination and the child witness" in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 170.
8. Ibid., p. 171.
9. A. Viviers (1999), "Manual on practice guidelines for Intermediaries" in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponível online em <<http://www.rapcan.org.za>>, acessado em 13 de março de 2007.
10. H. Combrink & E. Durr-Fitche, "The Child Witness", *The Child Care Worker*, v. 12, No. 2, The International Child and Youth Care Network, Wisconsin-Milwaukee, 1994. Disponível online em <www.cyc-net.org>, acessado em 5 de fevereiro de 2007.
11. Ibid.

12. Coughlan e Jarman, 2002, op. cit.
13. Ibid., p. 542.
14. Coughlan e R. Jarman, op. cit.
15. *Statistics South Africa*, 2006, p. 9.
16. SAPS – South African Police Service, *Annual Report*, 2006, p. 93.
17. A. Van der Merwe, “Aspects of sentencing in child sexual abuse cases” in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 264.
18. Ibid., p. 265.
19. D. Van Zyl Smit, “Conviction rates of crimes reported in eight South African police areas”, *South African Law Commission Research Paper 18*, Project 82, 2000, p. 11. Disponível online em <<http://www.doj.gov.za/salrc/rpapers/rp18.pdf>>, acessado em 13 de março de 2007.
20. Ibid., pp. 18-19.
21. Van der Merwe, op. cit., pp. 261-262, 267-268, 272.
22. Ibid., pp. 269-270.
23. SAPS – South African Police Service, *Annual Report*, 2006, p. 94.
24. Coughlan e R. Jarman, op. cit.
25. Ibid.
26. Ibid., pp. 544-545.
27. K. Müller, “An inquisitorial approach to the evidence of children” in C. W. Marais (Ed), *Crime research in South Africa – CRISA*, volume 4, Número 4, Johannesburg, University of South Africa, 2001. Online em: <<http://www.crisa.org.za/volume4/ia.html>>, acessado em 5 de fevereiro de 2007.
28. Consultas: Dellen Clark and Carrie Kimble. Site acessado em 13 de março de 2007.
29. Coughlan e Jarman, op. cit.
30. A. Van der Merwe e K. Müller, “Judicial management: ‘The boss of the court’” in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 283-296.
31. De Young (1986) in K. Müller, “Evaluating the credibility of child witnesses: a more scientific approach” in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, pp. 214-222.
32. K. Hollely, “Breaking the silence: a gradual process of disclosure”, in K. Müller, *The judicial officer and the child witness*, © Berne Convention, 2002, p. 126.
33. South African Justice College Notes (1994), “Corroboration and the Cautionary Rules” in RAPCAN – Resources Aimed at Prevention of Child Abuse and Neglect, *Intermediary Training Manual*, 2005. Disponível online em <<http://www.rapcan.org.za/>>, acessado em 13 de março de 2007.



SERGIO BRANCO

Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Especialista em Propriedade Intelectual pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Ex-Procurador-Chefe do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, Brasília. Ex-Coordenador de Desenvolvimento Acadêmico do Programa de Pós-Graduação da FGV Direito Rio. Atual líder de Projetos do Centro de Tecnologia e Sociedade da FGV Direito Rio. Autor da dissertação de Mestrado “Direitos Autorais na Internet e a Utilização de Obras Alheias”.

Endereço: Centro de Tecnologia e Sociedade - FGV

Praia de Botafogo, 190 – 13º andar (Escola de Direito)

Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, 22.250-900, Brasil

Email: sergio.branco@fgv.br

RESUMO

Ao longo de todo o século XX, o desenvolvimento das tecnologias foi gradativamente diminuindo a distância entre o homem, a obra cultural e a propriedade intelectual; o ápice foi o advento da *internet*, em meados dos anos 90. O acesso a obras do mundo inteiro facilita enormemente as possibilidades de disseminação de conhecimento e de matéria-prima para a educação e, pelo menos, ajuda também a construir uma comunidade global. No entanto, os titulares de bens intelectuais – direitos autorais, marcas, patentes – não podem utilizá-los indiscriminadamente. Desse modo, em linhas gerais, o que se pretende analisar no presente artigo é o sério risco que a efetivação do direito humano à educação corre com a presente estrutura de direitos autorais e com o uso inadequado da tecnologia. Tomaremos como base a lei brasileira, mas diversas considerações serão úteis para compreendermos o sistema de outros países, assim como para a elaboração de objetivos a serem perseguidos a respeito do direito autoral.

Original em Português.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos autorais - Direito à educação - Dignidade humana – Tecnologia - Propriedade intelectual - Função social da propriedade - Lei brasileira de direitos autorais - Sistemas brasileiro e norte-americano



Este artigo é publicado sob a licença de *creative commons*.

Este artigo está disponível *online* em <www.surjournal.org>.

A LEI AUTORAL BRASILEIRA COMO ELEMENTO DE RESTRIÇÃO À EFICÁCIA DO DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO

Sergio Branco

*Todas as coisas já foram ditas,
mas como ninguém as escuta é necessário
recomeçar sempre.*

*André Gide
O Tratado do Narciso*

Introdução

Ao longo de todo o século XX, o desenvolvimento das tecnologias foi gradativamente diminuindo a distância entre o homem e a obra cultural. Cada vez mais, tornou-se possível ter acesso a obras artísticas, científicas, literárias, para fins de estudo ou deleite. Paralelamente, outras formas de expressão surgiram, bem como outros suportes, permitindo acesso a obras em condições cada vez mais rápidas e eficientes. O ápice foi o advento da *internet*, em meados dos anos 90.

Ainda no final do século passado, e muito em razão da *internet*, é bem verdade, tornou-se evidente que o acesso ao conhecimento – incluindo-se, neste sentido, textos, músicas, filmes, fotografias, gravuras, entre outros – ultrapassava os limites dos meios físicos. Com a abolição de fronteiras no mundo virtual e o acelerado processo de globalização, o sonho enciclopedista de reunir todo o conhecimento humano se concretizou da maneira mais inesperada e democrática possível: quem tivesse acesso à rede mundial de computadores teria acesso a praticamente todo o conhecimento humano. Ou deveria ter.

Apesar de alguns efeitos colaterais negativos da globalização, é inegável ver

Ver as notas deste texto a partir da página 139.

como benefício a possibilidade de entrar em contato com a literatura escandinava, a música hondurenha, o artesanato indiano ou o cinema nigeriano. Tudo ao alcance da mão – tudo a partir de alguns botões de computador. O acesso a obras do mundo inteiro facilita enormemente as possibilidades de disseminação de conhecimento e de matéria-prima para a educação e, ao menos em via indireta, ajuda a construir uma comunidade global que promova o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações – como pretende o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos.¹

No entanto, a vida em um mundo globalizado e capitalista não permite que o acesso à cultura seja sempre gratuito. Tudo parece ter dono, e tudo parece ter preço. Foram sábias as palavras de Oscar Wilde, no século XIX, quando disse que, já naquele tempo, todos sabiam o preço de tudo, mas ninguém sabia o valor de nada. Não evoluímos muito desde então. Parece que, hoje em dia, o valor das coisas está intrinsecamente ligado ao preço que podem ter. E não só o preço cumpre o papel de “guardião” do acesso aos bens culturais, como um posto de pedágio: também a lei e a tecnologia podem ser grandes entraves ao acesso ao conhecimento.

Depois da revolução industrial – que patrimonializou as relações jurídicas até pelo menos a primeira metade do século XX – vivemos hoje uma revolução tecnológica que tem de conviver com determinados fatos e acomodá-los numa difícil equação: ao mesmo tempo em que a riqueza se desmaterializou, ou seja, os bens não materiais, intangíveis, são mais valiosos do que os bens físicos, o direito exige a funcionalização dos institutos, o que significa que a propriedade de tais bens não pode ser exercida arbitrariamente, devendo atender sua função social.

Na prática, isso significa que os titulares de bens intelectuais – direitos autorais, marcas, patentes – não podem utilizá-los indiscriminadamente. Será necessário que observem como tais bens atendem a função a que se destinam na sociedade.

Emilio García Méndez dá a exata dimensão da importância do tema ao afirmar:²

Na atual etapa do desenvolvimento tecnológico, em que o acesso ao conhecimento constitui a variável decisiva e fundamental de uma existência humana digna, que constitui a finalidade última dos direitos humanos, o direito à educação não pode ser submetido a qualquer tipo de negociação, devendo ser entendido como prioridade tão absoluta quanto a abolição da escravidão ou da tortura.

Recorrendo mais uma vez ao texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, observa-se que seu artigo XXVI estabelece que “toda pessoa tem direito à instrução”. É certo que para se ter instrução é indispensável ter acesso aos mecanismos porque a instrução se dá por meio de: textos, músicas, filmes. No mundo multimídia, seria reacionário defender que o processo de instrução envolve tão-somente livros e apostilas, como ocorria décadas atrás.

No entanto, o que se observa atualmente é que ainda que (i) a educação

esteja no rol dos direitos humanos; (ii) no mesmo rol e intrinsecamente conectados ao direito à educação encontram-se os direitos de liberdade de opinião e de expressão, de receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras, de participar livremente da vida cultural da comunidade; (iii) o exercício de todos esses direitos seja indispensável à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, a verdade é que nem sempre esses direitos, previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, poderão ser plenamente exercidos, quer em virtude da lei, quer em virtude da tecnologia.

O que se pretende com este trabalho é apresentar, em linhas gerais, o sério risco que a efetivação do direito humano à educação (considerada *lato sensu*, abrangendo, portanto, outros direitos humanos) corre com a presente estrutura de direitos autorais e com o uso inadequado da tecnologia. Tomaremos como base a lei brasileira de direitos autorais, mas diversas considerações serão úteis para compreendermos o sistema de outros países.

Neste sentido, cabe destacar que a lei brasileira de direitos autorais (LDA) data de 1998 e foi elaborada a partir dos princípios estabelecidos pela Convenção de Berna, de 1886. Os especialistas consideram a LDA uma das mais restritivas do mundo, uma vez que, entre outras razões, não concede aos usuários das obras por ela protegidas o direito de cópia privada. Ou seja, em nenhuma circunstância será possível a qualquer pessoa fazer cópia integral de obra alheia sem que haja autorização prévia e expressa do detentor de direitos autorais. Como veremos, tal vedação é extremamente perniciosa, especialmente em um país em desenvolvimento, como o Brasil.

Para alcançarmos nosso intento, dividiremos o texto em três partes distintas:

Na primeira, abordaremos a estrutura dos direitos autorais e os fundamentos de sua existência, inclusive a busca pela efetivação de sua função social. A seguir, trataremos de alguns aspectos peculiares à lei brasileira, notadamente o problema que decorre da proibição de cópia integral de obras de terceiros e como essa vedação é ameaçadora à efetividade do direito à educação. Mais adiante, faremos algumas breves considerações a respeito do sistema anglo-americano de direitos autorais e como esse sistema também conta com certa restritividade. Ainda neste ponto, trataremos dos entraves que a tecnologia promove. Finalmente, concluiremos apresentando os objetivos que devem ser perseguidos com o direito autoral.

1. Direito autoral: um direito protegido demais

A propriedade intelectual encontra-se tão indissolúvelmente ligada a nossas vidas que mal paramos para refletir sobre seus efeitos em nosso cotidiano. Mas é inevitável: não existe mais possibilidade de existirmos sem os bens criados intelectualmente.

Os exemplos são fartos. Diariamente, deparamo-nos com as mais diversas marcas nos produtos que consumimos e usamos, nas lojas a que vamos e mesmo em nossos lugares de trabalho. Utilizamos produtos tecnológicos muitas vezes protegidos por patentes; usamos *softwares* ininterruptamente em nossas tarefas laborais e, finalmente, em nossos momentos de lazer, lemos livros, jornais, vemos filmes, assistimos a novelas, ouvimos música. E não custa lembrar: na cultura do século XXI, quase tudo tem um dono.

Assim sendo, a utilização dos bens de propriedade intelectual vem representando cada vez números mais significativos dentro da economia globalizada. Segundo o jornal Valor Econômico, “com o PIB mundial de mais de US\$ 380 bilhões, o comércio de bens culturais foi multiplicado por quatro num período de duas décadas – em 1980, totalizava US\$ 95 bilhões”.³

Quando falamos de bens culturais, tratamos necessariamente de direito autoral, que é um ramo da chamada propriedade intelectual. Conforme entendido pela doutrina especializada, o direito autoral apresenta duas manifestações distintas, intrinsecamente conectadas, sendo uma de aspecto moral e outra de aspecto patrimonial, pecuniário ou, se preferirmos, econômico.

Quanto à parcela do direito moral, a doutrina afirma que se trata de direito da personalidade.⁴ E como se sabe, os direitos da personalidade têm por característica, entre outras, serem insuscetíveis de avaliação pecuniária. Dessa forma, quando nos referimos aos aspectos do direito autoral relacionados à sua avaliação econômica, não podemos estar nos referindo a outros direitos, senão àqueles de caráter patrimonial.

A Constituição Federal brasileira prevê, em seu art. 5º, incisos XXII e XXIII, que é garantido o direito de propriedade, sendo que esta atenderá a sua função social. Adiante, no art. 170, que inaugura o capítulo a respeito dos princípios gerais da atividade econômica, a Carta Magna estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados determinados princípios, dentre os quais se destaca a função social da propriedade.

Ora, sendo o direito autoral um ramo específico da propriedade intelectual, há que se averiguar em que medida sobre o direito autoral incide a funcionalização social de sua propriedade.

Desde logo, é importante ressaltarmos a diferença entre o *corpus mechanicum* e *corpus mysticum*, pois que da confusão dos direitos conferidos a cada um deles decorrem diversas imprecisões e problemas. Diz-se daquele o suporte material por meio do qual a obra se exterioriza. A obra, o verdadeiro objeto da proteção, é o *corpus mysticum*, e independe de suporte material para existir.

A aquisição de um livro cuja obra se encontra protegida pelo direito autoral não transfere ao adquirente qualquer direito sobre a obra, que não é o livro, mas, se assim pudermos nos expressar, o texto que o livro contém. Dessa forma, sobre o

livro, bem físico, o proprietário poderá exercer todas as faculdades inerentes à propriedade, como se o livro fosse um outro bem qualquer, tal como um relógio ou um carro. Poderá destruí-lo, abandoná-lo, emprestá-lo, alugá-lo ou vendê-lo, se assim o quiser.

No entanto, o uso da obra em si, do texto do livro, só poderá ser efetivado dentro das premissas expressas da lei. Por isso, embora numa primeira análise ao leigo possa parecer razoável, não é facultado ao proprietário do livro copiar seu conteúdo na íntegra, qualquer que seja a finalidade. Afinal, nesse caso não se trata de uso do bem material “livro”, mas sim uso do bem intelectual (texto) que o livro contém.

Mesmo que se trate de um quadro, em que a obra estará indissociavelmente ligada a seu suporte físico, a alienação do bem material não confere a seu adquirente direitos sobre a obra em si, de modo que ao proprietário do quadro não será facultado, a menos que a lei ou o contrato com o autor da obra assim preveja, reproduzir a obra em outros exemplares.

Não só quanto à funcionalização da propriedade os direitos autorais precisam ser analisados. Há aspectos relevantes de natureza econômica e mercadológica. Nesse ponto, é importante fazer referência à teoria do *market failure* a que a doutrina, especialmente americana, vem se dedicando nos últimos anos.

Supõe-se que o mercado seria idealmente capaz de regular as forças econômicas que regem a oferta e a demanda, de modo que o próprio mercado se encarregaria de providenciar a distribuição natural dos recursos existentes e dos proveitos a serem auferidos. No entanto, essa regra não se verifica nos casos em que se trata de propriedade intelectual, conforme os motivos aduzidos por Denis Borges Barbosa:⁵

Existe um problema: a natureza dos bens imateriais, que faz com que, em grande parte das hipóteses, um bem imaterial, uma vez colocado no mercado, seja suscetível de imediata dispersão. Colocar o conhecimento em si numa revista científica, se não houver nenhuma restrição de ordem jurídica, transforma-se em domínio comum, ou seja, ele se torna absorvível, assimilável e utilizável por qualquer um. Na proporção em que esse conhecimento tenha uma projeção econômica, ele serve apenas de nivelamento da competição. Ou, se não houver nivelamento, favorecerá aqueles titulares de empresas que mais estiverem aptos na competição a aproveitar dessa margem acumulativa de conhecimento. Mas a desvantagem dessa dispersão do conhecimento é que não há retorno na atividade econômica da pesquisa. Conseqüentemente, é preciso resolver o que os economistas chamam de falha de mercado, que é a tendência à dispersão dos bens imateriais, principalmente aqueles que pressupõem conhecimento, através de um mecanismo jurídico que crie uma segunda falha de mercado, que vem a ser a restrição de direitos.

Em suma, uma vez efetivada a transmissão de um bem móvel qualquer, o novo

proprietário poderá exercer sobre o bem adquirido todas as faculdades inerentes à propriedade, havendo total desprendimento do bem quanto a seu titular original.

Por outro lado, aquele que adquire um bem material que contém obra protegida por direito autoral (uma obra de artes plásticas, por exemplo), poderá exercer as faculdades da propriedade sobre o bem material, mas não sobre o bem intelectual, exceto no que a lei permitir, ou por previsão contratual. Além disso, jamais deixará de existir o vínculo entre autor e obra, pois ainda que o original da obra seja alienado e ainda que venha a ser destruído, o autor terá resguardados os seus direitos morais que prevêm, inclusive e entre outros, o direito de ter seu nome indicado ou anunciado como autor da obra.

Finalmente, como o mercado não é capaz de regular eficientemente a oferta das obras intelectuais, é indispensável a intervenção estatal a fim de se garantir a continuidade de investimentos. Afinal, se um agente do mercado investe no desenvolvimento de determinada tecnologia que, por suas características, resulta em altos custos de investimento, mas existe facilidade de cópia, o mercado será insuficiente para garantir a manutenção do fluxo de investimento.⁶

Estas questões se tornam muito mais complexas quando se trata da *internet*.

Quando, no mundo físico, A é proprietário de um carro, isso impede B de tê-lo, simultaneamente com A, exceto numa situação de condomínio. Mas ainda assim, se A estiver usando o carro de que é proprietário, isso impede B de usar autonomamente, ao mesmo tempo, o mesmo carro. Isso significa que, no mundo físico, palpável, existe uma escassez de bens, o que equivale a dizer que a utilização de um bem por alguém normalmente impedirá a utilização simultânea deste mesmo bem por outrem.

Dessa forma, se A furta o carro de B, B descobrirá o furto rapidamente porque o furto o impedirá de usar seu próprio carro. B provavelmente reportará o furto e tomará as medidas necessárias à recuperação do carro. Mas o mesmo não ocorre com a propriedade intelectual. Se A reproduz o trabalho intelectual de B, B poderá não descobrir essa reprodução não autorizada por um longo tempo (ou talvez, nunca) porque a reprodução por parte de A não o impede de usar seu próprio trabalho.⁷ Além disso, a reprodução pode ocorrer em outro estado ou país.⁸

Esse sempre foi o grande dilema da propriedade intelectual.⁹ Daí, inclusive, surgiu a preocupação de se obter sua proteção internacional, o que acarretou o surgimento dos primeiros tratados internacionais sobre a matéria.

Pode-se dizer que a Revolução Industrial desencadeou uma primeira e necessária regulamentação dos direitos de propriedade intelectual. No entanto, estamos diante de conflitos ainda mais graves. No mundo digital, não apenas o trabalho intelectual pode ser copiado sem que seu titular se aperceba do fato (o que torna ainda mais evidente a “falha do mercado”, que vimos anteriormente), como muitas vezes não

será possível distinguir o original da cópia. Adicione-se o seguinte agravante: as cópias podem, a rigor, ser feitas às centenas, em pouco tempo e a um custo reduzido.

É, portanto, evidente que estamos diante de novos paradigmas, novos conceitos e novos desafios doutrinários e legislativos. Dessa forma,

se a propriedade intelectual forjada no século XIX passa a apresentar sérios problemas de eficácia quando nos deparamos com a evolução tecnológica, não cumpre apenas ao jurista apegar-se de modo ainda mais ferrenho aos seus institutos como forma de resolver o problema, coisa que a análise jurídica tradicional parece querer fazer.¹⁰

Pelo contrário: é imperativo buscar soluções que estejam em conformidade com as demandas contemporâneas.

Faz-se necessário, ainda, expormos duas palavras a respeito de aspectos econômicos atuais referentes aos bens intelectuais.

O custo de produção de um livro¹¹ pode ser compreendido pela conjunção de dois componentes. O primeiro é o custo de criação do trabalho. Naturalmente, esse valor não decorre do número de exemplares editados ou vendidos, já que diz respeito ao tempo gasto pelo autor para escrever o livro mais os gastos do editor com o preparo da edição. Landes e Posner chamam a estes custos de “custos de expressão”. O segundo componente, o custo de produção dos exemplares, aumenta com o número de cópias que se pretende editar, incluídos os custos de impressão, encadernação e distribuição.¹²

Ora, numa sociedade globalizada em que, por meio da *internet*, tornou-se potencialmente acessível toda e qualquer obra digital que, independentemente de seu custo agregado de produção, pode ser reproduzida a um custo ínfimo e com cópias de grande qualidade, realmente é necessário que se repense a disciplina dos direitos autorais. Surge, à evidência, uma forma de propriedade muito mais volátil do que aquela a que estávamos acostumados e, em razão de suas peculiaridades e das novas perguntas que enseja, novas respostas devem ser elaboradas.

Com a eloquência dos números já apresentados (nota 3) referentes à indústria do entretenimento, não há que se hesitar em dizer: o direito autoral serve, atualmente, sobretudo à indústria do entretenimento, aos grandes conglomerados de comunicação, às multinacionais produtoras de diversão. Se, por acaso, beneficiam-se o autor desconhecido, o músico incipiente, o artista plástico dos rincões do país, não será senão por uma feliz coincidência.

Alguns exemplos são relevantes.

Nos Estados Unidos, em 1998, o Congresso aprovou uma lei que prorrogou por outros 20 (vinte) anos o já extenso prazo anterior, de 75 (setenta e cinco) anos, em decorrência, sobretudo, da pressão de grupos de mídia como a Disney, que estava prestes a perder o Mickey Mouse para o domínio público. Assim, “o ratinho Mickey, que cairia em domínio público em 2003, ganhou uma sobrevida no cativeiro

por mais 20 anos. E com ele levou a obra de George Gershwin e todos os outros bens culturais que teriam caído em domínio público não fosse a mudança na lei”.¹³

Essa proteção excessiva dos direitos autorais dá o que pensar. Se a lei deveria proteger o autor (inclusive, nos sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, chamam-se “leis de direitos de autor”), por que estender o prazo para tão além da data da sua morte? É evidente que o propósito da lei é o de proteger não o autor, mas sim o titular dos direitos, pelo maior prazo possível. No entanto, quanto maior essa proteção, menor o acesso que outras pessoas poderão ter da obra, já que para tudo dependerão de autorização do titular dos direitos sobre a obra.

Já de início, observa-se um grande risco ao direito de acesso *lato sensu* e à liberdade de expressão. Afinal, o homem sempre teve por hábito valer-se de obras alheias para criar suas próprias obras. O repositório cultural internacional deve estar o mais amplamente possível à disposição dos indivíduos tanto para sua formação cultural quanto para que seja possível sua (re)criação.

Interessantes observações são feitas por Landes e Posner¹⁴ com relação ao uso, por parte de autores famosos, de obras preexistentes. Afirmam os autores que criar um novo trabalho envolve pegar emprestado ou criar a partir de trabalhos anteriormente existentes, bem como adicionar expressão original a eles. Um novo trabalho de ficção, por exemplo, conterà a contribuição do autor, mas também personagens, situações, detalhes etc. que foram inventados por autores precedentes. Dessa forma, um tratado de direitos autorais, ao aplicar o teste de “substancial similaridade” que muitos tribunais usam (nos Estados Unidos), concluiria que “Amor Sublime Amor” infringiria os direitos sobre “Romeu e Julieta”, se esta peça ainda estivesse protegida por direitos autorais.

Além disso, é evidente que o excesso de zelo com os direitos autorais pode se voltar também contra a indústria, e criar a necessidade de se estruturar um verdadeiro emaranhado de licenças e autorizações quando da realização de um filme, por exemplo. Nesse sentido, Lawrence Lessig, diante de tantas imposições da indústria cinematográfica norte-americana com relação ao *clearing*¹⁵ de direitos autorais na produção de um filme, afirma que um jovem cineasta estaria livre para realizar um filme desde que em uma sala vazia, com dois de seus amigos.¹⁶

De maneira alguma, os direitos autorais devem existir apenas para beneficiar as engrenagens da indústria do entretenimento. Não é para beneficiar um grupo seleto que se pode restringir o desenvolvimento e o acesso à cultura. Por isso, ainda que a supremacia da indústria cultural seja uma realidade, o sistema de proteção de direitos autorais deve se prestar a abranger toda e qualquer obra criativa que nele se insira, independentemente de sua qualidade ou magnitude.

Mais do que isso: com o conceito contemporâneo de funcionalização dos institutos jurídicos, o direito autoral deve estar a serviço do cumprimento de sua função social, o que necessariamente abrange a garantia de acesso ao conhecimento e à educação.

Não é desculpa afirmar-se categoricamente que sem a proteção rígida de que hoje gozamos não haveria produção cultural. Mesmo antes de haver leis protetoras dos direitos autorais, havia larga produção de obras intelectuais, sendo que aos autores era permitido se valerem muito mais das obras alheias para criar as suas, já que praticamente tudo se encontrava em domínio público.

Entendemos que o meio termo deve ser buscado. Em princípio, e em linhas gerais, os direitos autorais têm a nobre função de remunerar os autores pela sua produção intelectual. De contrário, os autores teriam que viver, em sua maioria, subsidiados pelo Estado, o que tornaria a produção cultural infinitamente mais difícil e injusta. Todavia, os direitos autorais não podem ser impeditivos ao desenvolvimento cultural e social. Conjuguar os dois aspectos, numa economia capitalista, globalizada e, não bastasse, digital, é função árdua a que devemos, entretanto, dedicar-nos.

É na interseção dessas premissas, que devem abrigar ainda os interesses dos grandes grupos capitalistas e dos artistas comuns do povo, bem como dos consumidores de arte, qualquer que seja sua origem, que temos que acomodar as particularidades econômicas dos direitos autorais e buscar sua função social.

2. Limitações legais do acesso ao conhecimento no sistema brasileiro

No mundo das idéias, a velha máxima de Lavoisier parece se concretizar de maneira particularmente profícua. A cultura se auto-alimenta, de modo que cada composição artística só é possível na medida em que absorve uma série de influências (muitas vezes inconscientes por parte de seu autor) do repositório natural existente ao alcance de todos, conforme visto anteriormente.

É célebre a afirmação de Northrop Frye de que “poesia só pode ser feita a partir de outros poemas, e romances a partir de outros romances”.¹⁷ São infundáveis os exemplos de autores que se valeram de obras precedentes para criar as suas. Na verdade, raros seriam os exemplos de autores que fossem absolutamente originais. Se considerarmos com rigor o sentido de originalidade, pode-se chegar ao ponto de não se conceber um único exemplo sequer.

Isso ocorre porque é inevitável que todos os autores são, ainda que inconscientemente, influenciados por outros autores. Por isso, é impensável, nos dias de hoje, um livro que narre uma história que jamais tenha sido, ainda que parcialmente, contada antes. Dirão alguns, inclusive, que os grandes temas são limitados e já foram todos esgotados.

No entanto, já não mais vigora o princípio de que qualquer autor pode se valer ilimitadamente das demais obras disponíveis e a seu alcance. Em razão especialmente da importância econômica do direito autoral, a lei concederá a seu autor um monopólio vitalício e, no caso do Brasil, por mais 70 anos contados do

ano seguinte ao de sua morte, durante os quais ninguém poderá usar sua obra sem autorização. Como visto, a criação é onerosa. Sendo a reprodução tolerada sem restrições, alega-se que o aproveitamento econômico da obra seria prejudicado.

Porém, da mesma forma que não é possível permitir o livre e irrestrito uso das obras alheias na elaboração de novas obras, também não é possível vetar de modo absoluto todo e qualquer uso da obra de terceiros, já que esse extremo impediria, de maneira muito mais acentuada e perniciosa, o desenvolvimento social.¹⁸ Vê-se, portanto, que “existem dois interesses legítimos [a] que o legislador deve estar atento, o do autor da obra, que deve ser protegido e remunerado por sua criação e, por outro lado, o da sociedade, objetivando atingir sua função social de criação”.¹⁹

Por esse motivo, e visando justamente a encontrar o equilíbrio entre os interesses que devem ser tutelados, a LDA prevê os casos em que ou a obra, ainda que protegida por direitos autorais, poderá ser utilizada independentemente de autorização do autor.

Podemos afirmar que o fundamento das limitações aos direitos autorais encontra-se exatamente no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal brasileira, que prevê a função social da propriedade. Afinal, será em razão do exercício de sua função social que o legislador delimitará o uso do direito autoral por parte de seus titulares. Pode-se dizer ainda que as limitações aos direitos autorais são autorizações legais para o uso de obras de terceiros, protegidas por direitos autorais, independentemente de autorização dos detentores de tais direitos.

Ocorre que, como veremos, no mundo digital, as limitações que a LDA elenca são insuficientes para abarcar, no ambiente virtual da *internet*, o modo como boa parte de seus usuários vem fazendo uso de obras de terceiros. Mais: não abarca o modo como diversos usuários precisam se valer das obras para ver garantido seu direito à educação.

Ainda que seja relevante conhecermos quais as limitações e qual a extensão de sua aplicabilidade, deter-nos-emos exclusivamente na questão da vedação de cópia integral de obra de terceiro, pois é a que mais põe em risco a efetividade de direitos humanos como o da educação e de acesso ao conhecimento.

O denominador comum das limitações indicadas no art. 46 da LDA é evidentemente o uso não comercial da obra. Concomitantemente a esse requisito, a lei valoriza o uso com caráter informativo, educacional e social. De qualquer sorte, o inciso mais polêmico do art. 46 (da Lei 9610/98), e o que mais nos interessa para o âmbito deste trabalho, é aquele que dispõe que não constitui ofensa aos direitos autorais a reprodução, em um só exemplar, de pequenos trechos para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro.²⁰ A Lei 9.610/98 (LDA) provocou justamente essa mudança. *De lege lata*, portanto, nos termos do art. 46, II, da LDA, é possível a reprodução apenas de pequenos trechos, e não mais da íntegra da obra.

Eliane Y. Abrão explica acerca do comentado inciso:²¹

Diferentemente da legislação anterior, que permitia uma (única) reprodução integral, de qualquer obra protegida, desde que se destinasse ao uso privado e pessoal de quem a confeccionasse, o legislador de 1998 restringiu o uso da cópia privada (integral) única: só lhe autoriza a reprodução de pequenos trechos. Em outras palavras, diante da limitação atual, infringe a lei quem reprografa um livro inteiro, ou extrai uma fita magnética completa ou outra reprodução de um CD em todas as faixas, ainda que para uso pessoal e sem intuito de lucro. É a proibição da chamada 'cópia privada'. [...]

Os argumentos em favor da proibição da cópia integral de exemplar de obra protegida são consistentes. Tome-se, como exemplo, a possibilidade de, ao mesmo tempo, duzentos ou trezentos estudantes de diversos pontos de um país extraírem cópias inteiras de uma edição recentemente publicada. O prejuízo do editor e do autor seria de grande monta, uma vez que o referido livro poderia ser considerado um bom investimento se vendidos apenas mil exemplares.

Ainda que reconheçamos a procedência dos argumentos acima, é fundamental refletirmos sobre as palavras finais da autora. Ela afirma que seria prejudicial ao editor de determinada obra se 200 ou 300 estudantes fizessem cópia na íntegra de obra recém publicada. Mas indagamos: que estudantes são esses? Se considerarmos que o Brasil é um país com percentual vergonhosamente alto de pessoas vivendo na pobreza e abaixo da linha da pobreza, é de se esperar que os estudantes das famílias mais pobres paguem pelas obras que vão garantir sua educação, como qualquer outro estudante?

É de se considerar que, na maioria dos casos, os alunos pobres estão fora do mercado porque simplesmente não têm dinheiro para obter os bens imateriais de que precisam para sua formação. Dessa forma, nenhum prejuízo, neste caso, está sendo imputado ao editor, pois se não fosse pela possibilidade de cópia, os alunos não teriam acesso a esses bens de qualquer outra forma.

Além disso, a decisão do legislador causa problemas ostensivamente incontornáveis. A começar por um evidente problema prático apontado pela própria autora: o cumprimento do disposto na lei é de quase impossível fiscalização. Muito em razão disso, milhares de pessoas descumprem o mandamento legal diariamente.

Além disso, e talvez o mais grave, a lei não distingue obras recém publicadas de obras fora de circulação comercial, mas que ainda estão no prazo de proteção autoral. Assim, se uma pessoa precisa se valer de obra rara e fora de circulação comercial, que só existe em biblioteca de cidade distante, estando a obra ainda protegida por direitos autorais, e de acordo com os termos da LDA, não poderá dela obter cópia integral, ainda que essa proibição impeça o acesso ao conhecimento e à formação educacional do indivíduo. E, ainda que seja muito

mais danosa a proibição à cópia do que a cópia em si. Nesse caso, a lei se torna extremamente injusta, por não permitir a difusão do conhecimento por meio de cópia integral de obras raras cuja reprodução não acarretaria qualquer prejuízo econômico a seu autor.

Na verdade, a LDA não faz qualquer distinção quanto ao uso que se dará à cópia da obra. Veda-se igualmente a cópia integral para fins didáticos, para fins de arquivo, para uso em instituições sem fins econômicos, para uso doméstico e até mesmo de obras que estejam fora de circulação comercial, o que é dar tratamento absolutamente inadequado a esses casos particulares.

É evidente que ao proibir indistintamente a cópia de obras na íntegra, a lei proíbe, conseqüentemente, que cópias de textos, de músicas, de filmes e de fotos, entre outras obras, sejam usadas para fins didáticos e educacionais.

A partir destes exemplos, torna-se fácil comprovar o quão complicado pode ser encontrar os limites do que a própria lei prescreve.

3. Limitações legais do acesso ao conhecimento no sistema anglo-americano

Ainda a respeito de limitações aos direitos autorais, é importante mencionar que o direito norte-americano²² prevê a figura do *fair use*. Pode-se dizer que o *fair use* é uma exceção de que o utente pode se valer ao ser acusado de violação de direitos autorais. Constitui cláusula geral a ser interpretada pelos tribunais sendo que, em 1976, passou a ser estatutário pela integração no título 17 do *United States Code*.²³

De acordo com os critérios consagrados na seção 107 do título 17 do *US Code*, na determinação do uso da obra para caracterização do *fair use* são levados em consideração:²⁴

“o propósito e natureza do uso, nomeadamente se é comercial ou para fins educativos e não lucrativos: mas repare-se que este aforamento não é taxativo, porque entram em conta outras ponderações e nenhum critério tem vigor de aplicação automática. De todo o modo, a natureza comercial do uso é um indicador negativo, uma vez que o direito de autor se cifra economicamente num [direito] exclusivo de exploração da obra;

a natureza da obra: é de se supor que nas obras mais fácticas o âmbito da utilização *fair use* seja maior que nas obras mais imaginativas;

a quantidade e qualidade da utilização relativamente à obra global: por exemplo, até as citações podem ser postas em causa, se forem de tal modo longas e repetidas que acabem por representar praticamente uma apropriação do conjunto da obra;

a incidência da utilização sobre o mercado actual ou potencial da obra: este é apresentado por alguns como o mais relevante de todos os critérios”. (grifos do autor)

Observa-se que o sistema norte-americano de previsão do *fair use* em muito se diferencia do sistema continental europeu. No primeiro, são estabelecidos critérios segundo os quais, de acordo com o uso concreto da obra alheia, é aferido se tal uso viola ou não direitos autorais. Já no sistema continental europeu (que é seguido no Brasil), as limitações são previstas em rol de condutas que a doutrina entende ser taxativa. Ou seja, caso a conduta do agente não se coadune com as permissões expressamente previstas em lei, o uso da obra alheia não será admitido.

José de Oliveira Ascensão²⁵ aponta as principais distinções entre o sistema norte-americano e o europeu ao dizer que

o sistema norte-americano é maleável, enquanto o sistema europeu é preciso. Mas, visto pela negativa, o sistema norte-americano é impreciso, enquanto o sistema europeu é rígido. O sistema norte-americano não dá segurança prévia sobre o que pode ou não ser considerado fair use. O sistema europeu, pelo contrário, mostra falta de capacidade de adaptação.

O autor conclui afirmando que ao se sopesarem méritos e deméritos, é possível concluir pela superioridade do sistema norte-americano. Além de não ser contraditório como o europeu, o autor defende que tal sistema mantém a capacidade de adaptação a novas circunstâncias, enquanto que os sistemas europeus se tornaram organismos mortos.

A questão é deveras interessante. Uma vez que a lei norte-americana, ao contrário da nossa, não indica que usos podem ser dados a obras alheias protegidas por direitos autorais sem que tal uso configure violação de tais direitos, é a partir de critérios construídos doutrinária e jurisprudencialmente que será consolidado o entendimento de o que é *fair use*.

Siva Vaidhayanathan²⁶ esclarece sobre o assunto:²⁷

Se um tribunal tiver que decidir se o uso de uma obra protegida por direitos autorais é fair ou não, o tribunal terá que considerar os seguintes aspectos: o objetivo e a natureza do uso, como por exemplo, se o uso se destina a fins comerciais ou educacionais; a natureza do trabalho original protegido; o quanto do trabalho protegido foi usado no trabalho subsequente; e o efeito do uso no valor de mercado do trabalho original.²⁸ Assim, por exemplo, se um professor copia três páginas de um livro de 200 páginas e as distribui entre seus alunos, sua conduta está coberta pelo fair use. Porém, se o professor copia o livro inteiro e o vende aos estudantes por preço mais baixo do que o do original, o professor estará provavelmente infringindo os direitos autorais do autor do livro. Na maioria das vezes, entretanto, o fair use é um conceito cinzento e fluido. [...] Adicionalmente ao fair use, o Congresso e os tribunais federais têm sido relutantes na proteção de direitos autorais com relação ao uso privado, não comercial. De maneira

geral, os tribunais têm entendido que os consumidores podem fazer cópias de CD para uso próprio e podem gravar programas de televisão para assistir em horários mais convenientes, desde que não vendam as cópias nem as usem publicamente de modo a diluir o valor de mercado da obra original. Assim, apesar dos avisos que acompanham todos os eventos televisionados, a maioria das cópias privadas, não comerciais ou com finalidade educativa de obras protegidas por direitos autorais será considerada ou fair use ou uso privado, o que configura exceção permitida por lei.

Vê-se, assim, que o sistema de *fair use* também não resolve todos os problemas, ao contrário. Em virtude de sua imprecisão, surgem outros problemas, sobretudo no que diz respeito ao uso de obras alheias, o que pode restringir desnecessariamente a liberdade de expressão e a transmissão de idéias, direitos humanos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, como visto antes.

Lawrence Lessig²⁹ aponta um caso interessante ocorrido nos Estados Unidos e que demonstra com razoável clareza os problemas que a prática acarreta na aferição do *fair use*.

Em 1990, o documentarista Jon Else estava em São Francisco, trabalhando em um documentário sobre óperas de Wagner. Durante uma das apresentações, Else estava filmando o trabalho das pessoas na coxia do teatro. No canto dos bastidores havia um aparelho de televisão que apresentava, enquanto a ópera seguia seu curso, um episódio de “Os Simpsons”. Else entendeu que a inclusão do desenho animado daria um sabor especial à cena.

Uma vez concluído o filme, em razão dos 4 segundos e meio em que o desenho aparecia em sua obra, o diretor foi ter com os titulares dos direitos autorais, uma vez que “Os Simpsons” é uma obra protegida por direitos autorais e alguém havia de ser seu titular.

Inicialmente, Else procurou Matt Groening, criador de “Os Simpsons”, que imediatamente aprovou o uso do desenho no documentário, já que se tratava de um uso que se restringia a 4,5 segundos e não poderia causar qualquer dano econômico à exploração comercial de sua própria obra. No entanto, Groening disse a Else que procurasse Gracie Films, a empresa que produzia o programa.

Uma vez contatada, os responsáveis pela área de licenciamento na Gracie Films manifestaram-se favoráveis ao uso de “Os Simpsons”, mas assim como Groening, queriam ser cautelosos e disseram a Else que consultasse também a Fox, empresa controladora da Gracie Films.

Assim foi feito. Else procurou a Fox e ficou surpreso com dois fatos: primeiro, que Matt Groening não era o verdadeiro titular de direitos autorais de sua própria obra (ou assim a Fox entendia) e segundo que a Fox queria dez mil dólares para autorizar o uso dos quatro segundos e meio em que “Os Simpsons” aparecia numa televisão no canto dos bastidores de um teatro.

Uma vez que Else não tinha dinheiro suficiente para pagar pelo licenciamento,

antes de o documentário ser lançado, o diretor decidiu substituir digitalmente o programa de “Os Simpsons”, que aparecia na televisão, por um trecho de um outro filme que ele próprio havia dirigido, dez anos antes.

É evidente que o caso aqui se trata de *fair use*, opinião que é, inclusive, endossada por Lawrence Lessig. O autor apresenta, entretanto, os argumentos de que Else se valeu para não confiar na possibilidade de usar o trecho de “Os Simpsons” sem autorização e que citamos, entre outros:

- antes de o filme (no caso, o documentário) ser televisionado, a emissora requer uma lista de todas as obras protegidas por direitos autorais que sejam citadas no filme e faz uma análise muito conservadora do que pode ser considerado *fair use*;
- a Fox teria um histórico de impedir uso não autorizado de “Os Simpsons”;
- independentemente dos méritos do uso que se faria do desenho animado, haveria a possibilidade de a Fox ingressar com ação pelo uso não autorizado da obra.

Lessig arremata explicando que na teoria, *fair use* significa possibilidade de uso sem permissão do titular. A teoria, assim, ajuda a liberdade de expressão e protege contra a cultura da necessidade de permissão. Mas na prática, o *fair use* funciona de maneira bem distinta. Os contornos embaçados da lei resultam em poucas possibilidades reais de se argüir *fair use*. Desse modo, a lei teria um objetivo correto, mas que não seria alcançado na prática.³⁰

Observa-se, por este exemplo, que embora o instituto do *fair use* se preste a amoldar-se a inovações tecnológicas com mais facilidade e êxito do que o sistema continental europeu, não é capaz, entretanto, de na prática resolver algumas questões simples, em razão da fluidez de seus contornos.

Não bastassem os problemas derivados da lei, também a tecnologia pode servir de limite à consecução dos direitos humanos de acesso ao conhecimento e de educação e instrução. Se por um lado a lei pode ser interpretada, a tecnologia funciona com regras inflexíveis. A existência de DRM (*digital rights management*) e de TPM (*technical protection measures*), mecanismos tecnológicos de controle de cópia de obras intelectuais, acaba por colocar em risco diversos outros direitos, como o direito à privacidade e o direito do consumidor.

Sobre o assunto, são sábias as palavras de Guilherme Carboni:³¹

Os sistemas DRM impedem qualquer tipo de cópia, mesmo aquelas permitidas pela legislação de direitos autorais dos diversos países, o que significa que podem constituir uma séria violação às limitações desses direitos. Alguns defensores do DRM têm abraçado a posição de que a sua tecnologia permitiria atingir os fins desejados, sem causar danos aos usuários e aos seus computadores. Outros acreditam

que os titulares dos direitos autorais deveriam ter o direito de decidir sobre a forma de distribuição de suas obras, sobre elas mantendo o controle. Nesse caso, o DRM seria um dos meios para que a efetivação desse direito se tornasse possível. Na nossa opinião, o sistema DRM não traz benefícios para a sociedade. Cory Doctorow, em seu interessante “DRM Talk” menciona que sempre que uma nova tecnologia começa a atrapalhar o direito de autor, é este que vem a ser modificado e não o contrário. Para ele, o direito de autor não é uma proposição ética, mas utilitária. A nova tecnologia a perturbar o direito de autor normalmente visa a simplificar e baratear a criação, a reprodução e a distribuição de obras intelectuais. Doctorow diz que as novas tecnologias sempre nos dão mais arte e com uma maior amplitude, sendo essa a sua função. Metaforizando, ele fala que ‘as novas tecnologias nos dão tortas maiores para que uma maior quantidade de artistas possa tirar seus pedaços’.

Mais adiante, e tratado do tema sob um prisma que particularmente nos interessa, afirma:³²

O próprio Relatório da Comissão para Direitos da Propriedade Intelectual – Integrando Direitos da Propriedade Intelectual e Políticas de Desenvolvimento, da Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe: ‘o advento da era digital oferece aos países em desenvolvimento grandes oportunidades de acesso a informações e conhecimentos. A criação de bibliotecas e arquivos digitais, o aprendizado à distância via internet e a capacidade de cientistas e pesquisadores para acessar, em tempo real, sofisticadas bases de dados de informação técnica on-line são apenas alguns exemplos. Mas o advento da era digital também trouxe ameaças novas e sérias ao acesso ao conhecimento e sua difusão. Em particular, existe o risco real de que o potencial da Internet no mundo em desenvolvimento venha a ser perdido, à medida que os detentores de direitos autorais apliquem tecnologia para impedir o acesso público por intermédio de sistemas pay-per-view’.

O abuso de regulação tecnológica pode levar-nos a situações absurdas, injustas e, algumas vezes, tristemente cômicas. A Adobe, por meio de seu sistema de *e-books* (livros que podem ser baixados pela *Internet*), protagonizou há algum tempo um evento curioso.

Entre seu catálogo de livros que poderiam ser baixados para leitura, estava o clássico em domínio público (ou seja, o prazo de proteção previsto pelas leis de direitos autorais já havia expirado) “Alice no País das Maravilhas”. Ainda que o livro estivesse em domínio público, ao clicar no programa para ter acesso ao seu conteúdo, o usuário se deparava com a seguinte lista de restrições:³³

- Cópia: nenhuma parte do livro pode ser copiada;

- Impressão: não é permitido imprimir este livro;
- Empréstimo: este livro não pode ser emprestado ou dado a terceiros;
- Doação: este livro não pode ser doado;
- Leitura em voz alta: este livro não pode ser lido em voz alta.

Por ser tratar especialmente de um livro em domínio público, o absurdo das vedações fala por si só. Aparentemente, tratava-se de um caso em que um livro infantil em domínio público não poderia ser lido em voz alta pelos pais para seus filhos.

Questionada a respeito das vedações, a Adobe prontamente se defendeu dizendo que a última das proibições se referia ao uso do comando “ler em voz alta” do programa, e não ao fato de alguém ler o livro em voz alta para um terceiro. Mas, então, indaga Lawrence Lessig: se alguém conseguisse contornar o meio tecnológico que impede o livro de ser lido em voz alta para que a leitura pelo próprio programa fosse feita a um cego, a Adobe consideraria que houve um uso injusto do programa?³⁴

Como se percebe facilmente, também no sistema do *fair use* é necessário que se busquem novos contornos interpretativos para se efetivar de maneira satisfatória o direito humano do acesso ao conhecimento e, conseqüentemente, à educação.

4. Conclusão

A respeito da interação entre os direitos autorais e os direitos humanos, Guilherme Carboni afirma que:³⁵

de acordo com o artigo XXVII da Declaração Universal dos Direitos do Homem, ‘todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios’. O item 2 desse mesmo artigo dispõe que ‘todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor’. Verifica-se, pois, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem consagrou como direitos humanos tanto o direito à cultura como o direito de autor, o que significa que deve haver um equilíbrio entre eles.

Este desejado equilíbrio é perseguido pela lei. No entanto, no caso do Brasil, a disciplina legal ficou muito aquém do necessário para que o direito humano à cultura – e conseqüentemente o direito humano à educação, à liberdade de expressão e aos demais a que nos referimos anteriormente – fosse efetivado.

Do mesmo modo, o sistema do *fair use* anglo-americano, ainda que mais flexível, acarreta o surgimento de situações que põem em desequilíbrio o direito à cultura e a proteção dos direitos autorais.

Adicionalmente, hoje é imprescindível analisarmos o uso ponderado da tecnologia como forma de disseminação do conhecimento, e não de sua restrição indevida.

Concordamos com Emilio García Méndez quando declara que “se a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirma que ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos’, é justamente porque os homens não são iguais por natureza, pois, se assim fosse, o conteúdo dessa declaração seria, no mínimo, supérfluo”.³⁶ De fato, assim é. Por isso, nada mais relevante, nada mais urgente, do que tratar os desiguais de maneira diferente a fim de diminuirmos as desigualdades quando estas lhes são prejudiciais.

Um país que tem 6 milhões de crianças vivendo em absoluta pobreza,³⁷ como é o caso do Brasil, não pode desconsiderar os benefícios da tecnologia nem tampouco encarar os direitos autorais como regra absoluta a ser preservada. Os direitos autorais encontram-se dentro de um contexto muito maior, que envolve regras constitucionais e de caráter internacional que precisam ser respeitadas. Na medida em que a Constituição Federal brasileira impõe a observância da função social da propriedade a todos os gêneros de bem – inclusive os imateriais – é imperioso que a LDA seja lida à luz da Constituição Federal, e não o contrário.

Aos milhões que vivem na pobreza e abaixo da linha da pobreza nos países em desenvolvimento³⁸ não pode ser subtraído em hipótese alguma o direito que têm de serem instruídos de modo a elevarem seu nível de bem estar social. Nem há que se considerar aqui que o livre acesso não remunerado a esse grupo de pessoas aos bens intelectuais acarretaria prejuízo aos titulares dos direitos de tais bens se as pessoas vivendo na pobreza e abaixo da linha da pobreza estão fora do mercado consumidor por absoluta falta de recurso econômico. Dessa forma, não há qualquer prejuízo porque não fossem os bens intelectuais acessíveis gratuitamente ou a preços muito reduzidos, de outra forma jamais viriam a ser consumidos.

Se os direitos sociais, econômicos e culturais são realmente direitos exigíveis – como prega a melhor doutrina – ³⁹ então, os direitos autorais precisam ser o espelho da promoção desses direitos humanos – nunca sua barreira. Em um momento de crise como este – em que as leis antigas não se ajustam mais e não temos ainda leis novas adequadas – é imperioso refletirmos que caminhos pretendemos tomar.

NOTAS

1. Todas as referências à Declaração Universal de Direitos Humanos têm como base o texto disponível em <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, acesso em 16 de dezembro de 2006.
2. E. G. Méndez, “Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda”, *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 12.
3. R. Borges, Caderno Eu & Fim de Semana, *Valor Econômico*, Rio de Janeiro, 16 de julho de 2004, p. 10. Ainda, de acordo com a autora Lesley Ellen Harris, advogada atuante no Canadá, a propriedade intelectual responderia por cerca de 20 % (vinte por cento) do comércio mundial, o que significa aproximadamente US\$ 740 bilhões (a autora provavelmente se refere a quantias anuais). No original: “IP accounts for more than 20 percent of world trade, which equals approximately US\$ 740 billion”. L.E. Harris, *Digital Property – The Currency of the 21st. Century*, Toronto, McGraw Hill, 1998, p. 17.
4. Nesse sentido, A. de Cupis, *Os Direitos da Personalidade*, Campinas, Romana, 2004, p. 24, entre outros.
5. D. B. Barbosa, *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, pp. 71-72.
6. Ibid.
7. Por isso, os bens de propriedade intelectual são chamados pela doutrina de “não rivais”, pois o uso por uma pessoa não impede o uso do mesmo bem, ao mesmo tempo, por outra.
8. W. M. Landes & R. A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge, Harvard University Press, 2003, pp. 18-19.
9. Thomas Jefferson teria dito, a respeito da diferença entre a natureza das idéias e dos bens materiais, que sua característica peculiar, a respeito das idéias, é que ninguém a possui menos, pois cada um a possui integralmente. No original, citado por Ronald Bettig, lê-se que “its peculiar characteristic, too, is that no one possesses the less, because every other possesses the whole of it”. R. V. Bettig, *Copyrighting Culture – The Political Economy of Intellectual Property*, Boulder, Westview Press, 1996, p. 79.
10. R. Lemos, *Direito, Tecnologia e Cultura*, Rio de Janeiro, Ed. FGV, 2005, p. 13.
11. Naturalmente, tratamos de livro exemplificativamente. O princípio se adequa a qualquer outro bem intelectual.
12. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 37.
13. R. Lemos, “A Revolução das Formas Colaborativas”, *Caderno Mais, Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 de abril de 2004, p. 10.
14. W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit. pp. 66-67.
15. Denomina-se *clearing* o ato de se obter todas as licenças necessárias ao uso de obras de terceiros que apareçam no filme, ainda que incidentalmente, de modo a evitar possíveis transtornos na exibição da

obra. "Os Doze Macacos", filme de 1995, dirigido por Terry Gilliam, teve sua exibição suspensa judicialmente porque um artista afirmou que era exibida no filme uma cadeira cujo desenho era de sua autoria. L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*, New York, Random House, 2001, p. 4.

16. L. Lessig, op. cit., p. 5.

17. M. Rose, *Authors and Owners – The Invention of Copyright*, Cambridge, Harvard University Press, 1993, p. 2 e W. M. Landes & R. A. Posner, op. cit., p. 60.

18. Afinal, é possível conceber-se a criação intelectual num mundo livre em que todos estivessem aptos a copiar as obras alheias, pois sempre haveria aqueles que estariam dispostos a criar sem dar importância a eventuais contra-fatores. No entanto, o desenvolvimento cultural estaria definitivamente impedido se fosse ilegal o aproveitamento, ainda que ínfimo, de obras de terceiros, já que isso impediria inclusive a citação, o que tornaria ilícitos inclusive trabalhos como este. É evidente que se trata aqui da análise de dois extremos a que nos referimos apenas *ad argumentandum*.

19. M.E.R. Jundi, "Das Limitações aos Direitos Autorais", *Revista de Direito Autoral*, Ano 1, Número 1, Rio de Janeiro, Lumen Juris, Agosto de 2004, p. 175.

20. Lei Brasileira de Direitos Autorais (LDA), 1998, art. 46, II.

21. E. Y. Abrão, *Direitos de Autor e Direitos Conexos*, São Paulo, Ed. do Brasil, 2002, p. 148.

22. No Reino Unido, denomina-se *fair dealing*, embora haja características diferentes. Desde 1911 o *fair dealing* evoluiu para abarcar a cláusula geral característica do *fair use* bem como as especificações legislativas que o fazem aproximar-se do sistema continental europeu e, conseqüentemente, do nosso sistema brasileiro de previsão das condutas não violadoras de direitos autorais. J. O. Ascensão, "O Fair Use no Direito Autoral", *Direito da Sociedade e da Informação*, Vol IV, Coimbra, Coimbra Editores, 2003, p. 95.

23. United States Copyright Act de 1976, que foi seguido por diplomas posteriores, como o *Digital Millenium Copyright Act*.

24. De acordo com tradução e comentários de José de Oliveira Ascensão. J. O. Ascensão, op. cit., pp.95-96.

25. J. O. Ascensão, op. cit., p. 98.

26. Professor assistente de cultura e comunicação na Universidade de Nova Iorque.

27. S. Vaidhyanathan, *Copyrights and Copywrongs: The Rise of Intellectual Property and How it Threatens Creativity*, New York, New York University Press, 2001, p. 27.

28. Como vimos, estes são os itens que compõem o § 107 da Lei de Direitos Autorais norte-americana, anteriormente referida.

29. L. Lessig, *Free Culture – How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, The Penguin Press, 2004, pp. 95-99.

30. Ibid., p. 99.

31. G. C. Carboni, *A Função Social do Direito de Autor e sua Regulamentação no Brasil*, São Paulo, Ed. Juruá, 2006.

32. Ibid.

33. L. Lessig, *Free Culture*, op. cit. No original, as vedações têm o seguinte texto:

- "Copy: no text selections can be copied from the book to the clipboard;
- Print: no printing is permitted of this book;
- Lend: this book cannot be lent or given to someone else;
- Give: this book cannot be given to someone else;
- Read aloud: this book cannot be read aloud \".

34. Ibid.

35. G. C. Carboni, op. cit.

36. E. G. Méndez, "Origem, Sentido e Futuro dos Direitos Humanos: Reflexões para uma Nova Agenda", *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004, p. 9.

37. Disponível em <http://www.bris.ac.uk/poverty/Child%20poverty_files/UNICEF%20report%20stuff/BBC%20Brasil.htm>, acesso em 17 de dezembro de 2006.

38. Os números são assustadores. "O Banco Mundial define a pobreza extrema como viver com menos de 1 dólar por dia (PPP) e pobreza moderada como viver com entre 1 e 2 dólares por dia. Estima-se que 1100 milhões de pessoas a nível mundial tenham níveis de consumo inferiores a 1 dólar por dia e que 2700 milhões tenham um nível inferior a 2 dólares." Disponível em <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Pobreza>>, acesso em 17 de dezembro de 2006.

39. Nesse sentido, ver F. Piovesan, "Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direitos Cíveis e Políticos", *Revista SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, Vol. 1, São Paulo, Rede Universitária de Direitos Humanos, 2004.



THOMAS W. POGGE

Ph.D. em filosofia pela Universidade de Harvard. Pogge tem extensa publicação em filosofia moral e política. É editor em filosofia moral e política da *Stanford Encyclopedia of Philosophy* e membro da Academia de Ciência Norueguesa (*Norwegian Academy of Science*). Também, é professor adjunto no *Centre for Applied Philosophy, Ethics and the Philosophy Department* na Universidade Nacional da

Austrália, Diretor de Pesquisa do *Centre for the Study of Mind in Nature* na Universidade de Oslo, e Professor do Departamento de Ciências Políticas da Universidade de Columbia (EUA).

Endereço: Columbia Political Science

718 International Affairs Bldg.

420 West 118th Street, MC 3320 - New York, NY 10027EUA

Email: tp6@columbia.edu

RESUMO

A atual apropriação da riqueza de nosso planeta é muito desigual. As classes economicamente favorecidas utilizam muitíssimo mais os recursos mundiais, e o fazem de forma unilateral, sem dar qualquer compensação às classes menos favorecidas por seu consumo desproporcional. Invocando três diferentes razões da injustiça – o efeito das instituições sociais compartilhadas, a exclusão não compensada do uso dos recursos naturais e os efeitos de uma história comum e violenta –, o objetivo do autor é mostrar que talvez seja possível reunir partidários de correntes dominantes do pensamento político normativo ocidental numa coalizão voltada para a erradicação da pobreza mundial mediante a introdução de um Dividendo dos Recursos Globais, ou DRG.

Uma versão anterior deste artigo foi publicada pela Revista Lua Nova: Thomas Pogge. “Uma proposta de reforma: um dividendo global de recursos”, *Revista Lua Nova* n. 34, 1994. Agradecemos à Revista Lua Nova pela autorização da reimpressão deste artigo.

Original em inglês. Traduzido por Pedro Soares.

PALAVRAS-CHAVE

Pobreza sistêmica mundial - Recursos naturais - Desigualdade econômica - Ordem institucional global.

PARA ERRADICAR A POBREZA SISTÊMICA: EM DEFESA DE UM DIVIDENDO DOS RECURSOS GLOBAIS

Thomas W. Pogge

Artigo 25. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...].

Artigo 28. Todo ser humano tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados.

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Em dois ensaios anteriores,¹ esbocei e defendi a proposta de um Dividendo dos Recursos Globais, ou DRG. Essa proposta explicita que os Estados e seus cidadãos e governos não devem ter plenos direitos de propriedade em relação aos recursos naturais de seus territórios, e que se pode exigir deles que partilhem uma pequena parte do valor de qualquer recurso que decidam utilizar ou vender. Esse pagamento que devem fazer é chamado de Dividendo porque se baseia na idéia de que as classes mais desvantajadas economicamente possuem uma participação inalienável em todos os recursos naturais limitados. Como no caso das ações preferenciais, essa participação não confere o direito de participar das decisões sobre se e como os recursos naturais serão usados e, portanto, não interfere no controle nacional sobre os recursos, ou no domínio eminente. Mas dá direito aos seus detentores a uma parcela do valor econômico do recurso em questão, se de fato a decisão for de utilizá-lo. Essa idéia poderia ser ampliada

Ver as notas deste texto a partir da página 163.

aos recursos limitados que não são destruídos pelo uso, mas meramente erodidos, gastos ou ocupados, tais como o ar e a água usados para despejar poluentes ou terras usadas para agricultura, pecuária ou construção.

A receita do DRG deverá ser usada para assegurar que todos os seres humanos possam satisfazer suas necessidades básicas com dignidade. O objetivo não é somente melhorar a nutrição, os cuidados médicos e as condições sanitárias de pessoas economicamente excluídas, mas também tornar possível que elas possam efetivamente defender e realizar seus interesses básicos. Essa capacidade pressupõe que estejam livres de servidão e de outras relações de dependência pessoal, que sejam capazes de ler, escrever e aprender uma profissão. Também, que possam participar como iguais da política e do mercado de trabalho e que seu *status* seja protegido por direitos legais que eles possam compreender e efetivamente fazer valer por meio de um sistema judiciário aberto e justo.

A proposta do DRG destina-se a mostrar que há modos alternativos factíveis de organizar nossa ordem econômica global, que a escolha entre essas alternativas faz uma diferença substancial para a quantidade de miséria que há em todo o mundo e que há razões morais de peso para fazer essa escolha a fim de minimizar a pobreza. Minha proposta provocou algumas reações críticas² e defesas apaixonadas³ na academia. Todavia, para ajudar a reduzir a pobreza extrema, a proposta deve ser convincente não apenas para os acadêmicos, mas também para as pessoas que estão nos governos e nas organizações internacionais, que estão envolvidas concretamente nos esforços de erradicação da miséria. Portanto, sou muito grato pela oportunidade de apresentar neste volume uma versão concisa e aperfeiçoada do argumento.

Introdução: a desigualdade radical e nossa responsabilidade

Um grande desafio atual para qualquer pessoa moralmente sensível é a amplitude e a severidade da pobreza mundial. Dos cerca de 6,373 bilhões de seres humanos (em 2004), 850 milhões carecem de nutrição adequada, 1,037 bilhão não tem acesso à água potável e 2,6 bilhões carecem de saneamento básico,⁴ mais de 2 bilhões não têm acesso a medicamentos essenciais,⁵ um bilhão não tem moradia adequada e 2 bilhões vivem sem eletricidade.⁶ “Duas em cada cinco crianças do mundo em desenvolvimento têm crescimento atrofiado, uma em cada três está abaixo do peso e uma em cada dez está fadada à morte”.⁷ 179 milhões de crianças com menos de dezoito anos estão envolvidas “nas piores formas de trabalho infantil”, inclusive trabalho perigoso na agricultura, construção, indústria têxtil e produção de tapetes, bem como “escravidão, tráfico, servidão por dívida e outras formas de trabalho forçado, recrutamento forçado de crianças para uso em conflito armado, prostituição, pornografia e atividades ilícitas”.⁸ Cerca de 799 milhões de adultos são analfabetos.⁹ Em torno de um terço de todas as

mortes humanas, cerca de 50 mil por dia, devem-se a causas relacionadas com a pobreza e, portanto, são evitáveis na medida em que a pobreza é evitável.¹⁰ Se os Estados Unidos tivessem uma participação proporcional nessas mortes, a pobreza mataria mais de 70 mil de seus cidadãos por mês – mais do que foram mortos em toda a guerra do Vietnã. Para o Reino Unido, a quantidade de mortes mensais devido a causas relacionadas com a pobreza seria de 15 mil.

Há duas maneiras de se conceber a pobreza global como um desafio moral para nós: podemos não cumprir nosso dever positivo de ajudar as pessoas em dificuldade aguda ou podemos não cumprir nosso dever negativo mais rigoroso de não sustentar a injustiça, não contribuir para ou lucrar com o empobrecimento dos outros.

Essas duas visões diferem em aspectos importantes. A formulação positiva é mais fácil de substantiar. Basta mostrar que os pobres estão em um estado muito ruim, que nós estamos em um estado muito melhor e que podemos aliviar um pouco do seu sofrimento sem piorar nossa situação. Contudo, essa facilidade tem um preço: aqueles que aceitam a formulação positiva pensam que as razões morais que ela oferece são fracas e discricionárias e, portanto, não se sentem obrigados a promover causas meritórias, especialmente as caras. Muitos sentem-se autorizados, pelo menos, a apoiar boas causas de sua escolha – sua igreja ou *alma mater*, a pesquisa sobre câncer ou o meio ambiente – ao invés de se mobilizarem por estranhos totais que estão a meio mundo de distância e com quem não compartilham nenhum laço de comunidade ou cultura. Portanto, tem alguma importância investigar se a miséria mundial existente implica nossa violação de um dever negativo. Isso é importante para nós, se quisermos levar uma vida moral, e é importante também para as pessoas economicamente excluídas, porque fará uma grande diferença para elas se nós, os economicamente favorecidos, virmos ou não a pobreza como uma injustiça que ajudamos a manter.

Alguns acreditam que o mero fato da existência da desigualdade radical revela uma violação do dever negativo. A desigualdade radical pode ser definida como implicando cinco elementos (ampliando Nagel):¹¹

1. Os que estão num estado pior estão num estado muito ruim em termos absolutos;
2. Eles estão também num estado muito ruim em termos relativos – muito pior do que o de muitos outros;
3. A desigualdade é impermeável: é difícil ou impossível para as pessoas em situação de miséria melhorar substancialmente sua sorte; e a maioria que está em estado melhor jamais experimenta a vida no fundo do poço nem que seja por alguns meses e não tem idéia do que seja viver dessa maneira;
4. A desigualdade é difusa: ela diz respeito não apenas a alguns aspectos da

vida, como clima ou acesso às belezas naturais e à alta cultura, mas à maioria dos aspectos ou a todos eles;

5. A desigualdade é evitável: os que estão em estado melhor podem melhorar as condições dos que estão em estado pior sem ficarem em situação ruim.

A pobreza mundial exemplifica claramente a desigualdade radical tal como foi definida. Duvido, contudo, que essas cinco condições sejam suficientes para invocar mais do que um dever positivo. E suspeito que a maioria dos cidadãos do Ocidente desenvolvido também as acharia insuficientes. Eles podem apelar para o seguinte paralelo: suponha que descobrimos pessoas em Vênus que estejam num estado muito ruim e suponha que poderíamos ajudá-los a um custo baixo para nós. Se não fizermos nada, certamente violaríamos um dever positivo de beneficência. Todavia, não estaríamos violando um dever negativo de justiça, porque não estaríamos contribuindo para a perpetuação de sua miséria.

Esse argumento poderia ser mais discutido. Aceitemos, contudo, o argumento venusiano e examinemos que outras condições deveriam ser satisfeitas para que a desigualdade radical manifestasse uma injustiça que envolvesse a violação de um dever negativo pelos que estão em melhores condições de vida. Vejo três enfoques plausíveis para essa questão, invocando três diferentes razões da injustiça: o efeito das instituições sociais compartilhadas, a exclusão não compensada do uso dos recursos naturais e os efeitos de uma história comum e violenta. Esses enfoques exemplificam filosofias políticas distintas e concorrentes. Não obstante, não precisamos decidir entre eles aqui se, como sustento, as duas teses seguintes são verdadeiras.

Primeiro, todos os três enfoques classificam a desigualdade radical existente como injusta e sua manutenção coercitiva como uma violação do dever negativo. Segundo, os três enfoques podem concordar com a mesma reforma factível do *status quo* como um passo importante na direção da justiça. Se essas duas teses podem ser sustentadas, então talvez seja possível reunir partidários das correntes dominantes do pensamento político normativo ocidental numa coalizão voltada para a erradicação da pobreza mundial mediante a introdução de um Dividendo dos Recursos Globais, ou DRG.

Três razões da injustiça

Os efeitos das instituições sociais compartilhadas

O primeiro enfoque¹² propõe três condições adicionais:

6. Há uma ordem institucional compartilhada que é moldada pelos que estão em uma situação economicamente melhor e que é imposta aos que estão em uma situação economicamente pior;

7. Essa ordem institucional implica a reprodução da desigualdade radical na medida em que há uma alternativa institucional na qual uma pobreza tão grave e ampla não persistiria;
8. A desigualdade radical não pode ser atribuída a fatores extra-sociais (tais como desvantagens genéticas ou desastres naturais) que, como tais, afetam os diferentes seres humanos de forma diferenciada.

A atual desigualdade radical do mundo cumpre a Condição 6 no sentido de que os pobres globais vivem dentro de um sistema mundial de Estados baseado em domínios territoriais reconhecidos internacionalmente, interligado por meio de uma rede global de mercados, comércio e diplomacia. A presença e a relevância das instituições sociais compartilhadas revelam-se na maneira dramática como influenciemos as condições de vida das pessoas economicamente excluídas através de investimentos, empréstimos, comércio, subornos, ajuda militar, turismo sexual, exportação de cultura, entre outros mais. A própria sobrevivência delas depende muitas vezes de nossas escolhas de consumo, que podem determinar o preço de seus alimentos e suas chances de achar emprego. Em claro contraste com o caso de Vênus, estamos profundamente envolvidos nas causas de sua miséria. Isso não significa que devamos nos considerar responsáveis pelos efeitos remotos de nossas decisões econômicas. Esses efeitos reverberam pelo mundo e interagem com os efeitos de incontáveis outras decisões e, assim, não podem ser remontados às suas origens, muito menos previstos. Nem precisamos tirar a conclusão duvidosa e utópica de que a interdependência global deve ser desfeita, isolando-se os Estados ou grupos de Estados uns dos outros. Todavia, devemos nos preocupar com o modo como as regras que estruturam as interações internacionais previsivelmente afetam a incidência da miséria. Os países desenvolvidos, graças ao seu poderio militar e ao seu conhecimento imensamente superior, controlam essas regras e, portanto, partilham da responsabilidade por seus efeitos previsíveis.

A Condição 7 implica remontar, de forma explicativa, a incidência da pobreza na estrutura das instituições sociais. Esse exercício é familiar no que diz respeito às instituições nacionais, cuja importância explicativa foi muito bem ilustrada pelas mudanças de regime na China, na Europa Oriental e em outros lugares. No que se refere à ordem econômica mundial, o exercício não é familiar e é até evitado pelos economistas. Sem dúvida, isso se deve, em parte, à poderosa resistência de nos vermos como responsáveis pelas privações inimagináveis sofridas pelos miseráveis do mundo. Essa resistência nos predispõe contra dados, argumentos e pesquisadores propensos a perturbar nossa visão de mundo preferida e, desse modo, torna tendenciosa a competição pelo sucesso profissional contra quem explora o contexto causal mais amplo da pobreza mundial. Essa predisposição é reforçada por nossa tendência cognitiva a

negligenciar a significação causal de fatores estáveis de fundo (por exemplo, o papel do oxigênio atmosférico na irrupção de incêndios), pois nossa atenção é atraída naturalmente para fatores geográfica ou temporalmente variáveis. Olhando para a incidência da pobreza no mundo, impressionamo-nos com as grandes mudanças locais e as variações internacionais que apontam para fatores explicativos locais. O foco concentrado nesses fatores locais estimula, então, a ilusão, a que Rawls,¹³ por exemplo, sucumbiu: a de que tais fatores locais explicam completamente a pobreza mundial.

Essa ilusão esconde como os fatores locais e seus efeitos são profundamente influenciados pela ordem global existente. Sim, a cultura da corrupção permeia o sistema político e a economia de muitos países em desenvolvimento. Todavia, essa cultura não teria relação com o fato de que a maioria dos países ricos permitia, até recentemente, que suas empresas subornassem funcionários de outros países e até tornassem esses subornos dedutíveis do imposto de renda?¹⁴ – Sim, os países em desenvolvimento mostraram-se propensos a governos opressores, a terríveis guerras, e a guerras civis. No entanto, a frequência dessa brutalidade não teria relação com o comércio internacional de armas e com as regras internacionais que autorizam os que detêm poder efetivo em um país tomar emprestado em seu nome e vender direitos de propriedade sobre seus recursos naturais?¹⁵ – Sim, o mundo é diverso, e a pobreza está declinando em alguns países e piorando em outros. Contudo, o padrão de crescimento da desigualdade mundial é bastante estável, remontando à era colonial: “A distância de renda entre o quinto dos habitantes do planeta que vive nos países mais ricos e o quinto que vive nos mais pobres era de 74 para 1 em 1997, acima de 60 para 1 em 1990 e 30 para 1 em 1960. A distância de renda entre os países do topo e da base da pirâmide econômica aumentou de 3 para 1 em 1820 para 7 para 1 em 1870 e 11 para 1 em 1913”.¹⁶ O Banco Mundial relata que nos países de renda alta, a renda bruta per capita, PPC (em dólares correntes internacionais), aumentou 52,7% em termos reais durante o período de globalização 1990-2001.¹⁷ O software interativo do Banco Mundial¹⁸ pode ser usado para calcular o desempenho da metade mais pobre da humanidade, em termos de seus gastos de consumo reais (ajustados para a inflação/PPC), durante o mesmo período. Eis os ganhos para vários percentis de cima para baixo: +20,4% para o 50º percentil (médio), +20,0% para o 35º percentil, +15,9% para o 20º percentil, +12,9% para o 10º percentil, +6,6% para o 3º percentil, -7,3% para o 1º percentil (o mais baixo). Os países ricos vêm usando seu poder de moldar as regras da economia mundial de acordo com seus interesses e, desse modo, privam as populações mais pobres de uma fatia justa do crescimento econômico mundial¹⁹ – o que é perfeitamente evitável, como a proposta do DRG mostra.

A pobreza global cumpre a Condição 8 na medida em que as pessoas do

mundo, se tivessem nascido em condições sociais diferentes, teriam tantas condições de levar vidas saudáveis, felizes e produtivas quanto o resto da humanidade. A causa profunda de seu sofrimento é a péssima posição social inicial que não lhes dá muita chance de se tornarem outra coisa, senão economicamente excluídos, vulneráveis e dependentes – incapazes de dar a seus filhos um começo melhor do que o deles mesmos.

É graças ao cumprimento dessas três condições adicionais que a pobreza global existente tem, de acordo com o primeiro enfoque, a urgência moral especial que associamos com os deveres negativos, de tal modo que deveríamos levá-la muito mais a sério do que um sofrimento similar em Vênus. A razão é que os cidadãos e os governos dos países ricos – seja intencionalmente ou não – impõem uma ordem institucional mundial que de modo previsível e evitável reproduz a pobreza extrema e disseminada. Os que estão em estado pior não são apenas pobres e, com frequência, famintos, mas estão sendo empobrecidos e sendo mortos pela fome sob nossos arranjos institucionais compartilhados, que inevitavelmente moldam suas vidas.

O primeiro enfoque pode ser apresentado de uma forma consequencialista, como em Bentham, ou de uma forma contratualista, como em Rawls ou Habermas. Em ambos os casos, a idéia central é que as instituições sociais devem ser avaliadas de um modo que leve em conta seus efeitos futuros. Na ordem internacional vigente, bilhões de pessoas nascem em posições sociais iniciais que lhes dão perspectivas extremamente baixas de uma vida satisfatória. Sua miséria só poderia ser justificada se não houvesse alternativa institucional dentro da qual essa miséria em massa fosse evitada. Se, como a proposta do DRG mostra, existe tal alternativa, então devemos atribuir essa miséria à ordem global existente e, portanto, em última análise, a nós mesmos. Charles Darwin, de uma forma talvez surpreendente, escreveu sobre sua Inglaterra nativa: “Se a miséria de nossos pobres não é causada por leis da natureza, mas por nossas instituições, grande é o nosso pecado”.²⁰

Exclusão não compensada do uso de recursos naturais

O segundo enfoque acrescenta (em lugar das Condições 6-8) somente mais uma condição às cinco condições relativas à desigualdade radical:

9. Os que estão em situação economicamente melhor desfrutam de vantagens significativas no uso de uma única base de recurso natural de cujos benefícios os que estão em situação economicamente pior são, em larga medida e sem compensação, excluídos.

Atualmente, a apropriação da riqueza de nosso planeta é muito desigual. As pessoas ricas utilizam muitíssimo mais os recursos mundiais, e o fazem de forma unilateral, sem dar qualquer compensação aos economicamente excluídos

por seu consumo desproporcional. Sim, os ricos pagam frequentemente pelos recursos que utilizam, como o petróleo cru importado. Todavia, esses pagamentos vão para outras pessoas ricas, como a família reinante saudita ou a cleptocracia nigeriana, e muito pouco - se é que algum - goteja para os pobres. Assim, a questão permanece: o que dá direito à elite global de acabar com os recursos naturais em termos mutuamente acordados, ao mesmo tempo em que deixam os pobres do mundo de mãos vazias?

Os defensores das instituições capitalistas desenvolveram concepções de justiça que dão suporte ao direito da apropriação unilateral de partes desproporcionais dos recursos, ao mesmo tempo em que aceitam que todos os habitantes da terra tenham, em última análise, iguais reivindicações aos seus recursos. Essas concepções baseiam-se na idéia de que tais direitos se justificam se todos ficam em situação melhor com eles do que qualquer um ficaria se a apropriação fosse limitada a partes proporcionais.

Esse tipo de justificativa está exemplificada com particular clareza em John Locke.²¹ Este filósofo pressupõe que, em um estado de natureza sem dinheiro, as pessoas estão sujeitas ao constrangimento moral de que suas apropriações unilaterais devem sempre deixar “o suficiente e algo tão bom quanto” para os outros, isto é, devem ser confinadas a uma parte proporcional.²² Essa assim chamada “condição lockeana” pode, no entanto, ser levantada com consentimento universal.²³ Locke sujeita esse levantamento a uma condição de segunda ordem, que requer que as regras da coexistência humana só possam ser mudadas se todos puderem racionalmente consentir com a alteração, ou seja, somente se todos ficarem em situação melhor com as novas regras do que estariam dentro das antigas. Locke afirma que o levantamento da restrição “suficiente e tão bom quanto” através da aceitação geral do dinheiro não satisfaz essa condição de segunda ordem: um trabalhador diarista na Inglaterra tem comida, alojamento e roupas melhores do que as de um rei de um grande território fértil das Américas.²⁴

É difícil acreditar que a afirmação de Locke fosse verdadeira em seu tempo. De qualquer modo, é certamente falsa no plano global de hoje. Milhões nascem na pobreza todos os meses, em um mundo onde todos os recursos acessíveis já são propriedade de outros. É verdade que eles poderão alugar seu trabalho e depois comprar recursos naturais nos mesmos termos dos ricos. No entanto, suas oportunidades de educação e emprego são quase sempre tão restritas que, por mais que trabalhem, mal conseguem ganhar o suficiente para a sua sobrevivência e, com certeza, não podem conseguir algo como uma parte proporcional dos recursos naturais do mundo. O que as pessoas pobres do mundo conseguem é compartilhar o ônus resultante da degradação de nosso ambiente natural, ao mesmo tempo em que observam, impotentes, os ricos distribuírem a riqueza natural abundante do planeta entre eles mesmos. Com

uma renda per capita anual média em torno de cem dólares, correspondente ao poder de compra de 400 dólares nos Estados Unidos, o quinto mais pobre da humanidade está hoje numa situação econômica tão ruim quanto os seres humanos podem estar enquanto estão vivos.²⁵ Portanto, não é verdade, o que segundo Locke e Nozick precisaria ser verdade, que todos estão em situação melhor sob as regras de apropriação e poluição existentes do que estariam com a condição lockeana. De acordo com o segundo enfoque, os cidadãos e governos dos Estados ricos estão, portanto, violando um dever negativo de justiça quando, em colaboração com as elites dirigentes dos países pobres, excluem coercitivamente os pobres de uma parte proporcional dos recursos.

Os efeitos de uma história comum e violenta

O terceiro enfoque acrescenta uma condição às cinco condições da desigualdade radical:

10. As posições sociais iniciais dos mais ricos e dos mais pobres surgiram de um único processo social que estava permeado por enormes e graves erros.

As atuais condições das pessoas pobres do mundo foram significativamente moldadas por um período dramático de conquista e colonização, com severa opressão, escravidão, até mesmo genocídio, por meio dos quais as instituições e as culturas nativas de quatro continentes foram destruídas ou gravemente traumatizadas. Isso não significa dizer (ou negar) que os descendentes ricos daqueles que participaram desses crimes têm alguma responsabilidade restitutiva especial em relação aos descendentes empobrecidos daqueles que foram vítimas desses crimes. A idéia é antes que não devemos sustentar a desigualdade extrema em posições sociais iniciais quando a alocação dessas posições depende de processos históricos em que os princípios morais e as regras legais foram amplamente violados. Não se deveria permitir que uma história profundamente manchada do ponto de vista moral resultasse em desigualdade radical.

Esse terceiro enfoque independe dos outros. Supondo que rejeitemos os outros dois e afirmemos que a desigualdade radical é moralmente aceitável quando ela acontece de acordo com regras do jogo que são, pelo menos, um pouco plausíveis moralmente e observadas pelo menos em sua maior parte. A desigualdade radical existente é, então, condenada pelo terceiro enfoque com base no fato de que as regras foram, na verdade, violadas amplamente por meio de incontáveis crimes horríveis cujos efeitos não podem ser neutralizados cirurgicamente décadas e séculos depois.²⁶

Alguns defensores da distribuição atual alegam que os padrões de vida na África e na Europa, por exemplo, seriam aproximadamente os mesmos se a

África não tivesse sido colonizada. Mesmo que essa alegação fosse clara e verdadeira, ainda assim seria ineficaz porque meu argumento se aplica a pessoas, não a sociedades ou continentes. Se a história mundial tivesse decorrido sem colonização e escravidão, talvez houvesse agora gente rica na Europa e pobre na África, tal como na hipótese venusiana. Todavia, seriam pessoas e populações bem diferentes das que vivem realmente nesses continentes. Então, não podemos dizer aos africanos famintos que estariam morrendo de fome e que nós seríamos ricos mesmo se os crimes da colonização jamais tivessem acontecido. Sem esses crimes, não haveria a desigualdade radical, que consiste no fato de que essas pessoas são ricas e aquelas, miseráveis.

Desse modo, o terceiro enfoque também leva à conclusão de que a desigualdade radical existente é injusta, que sustentá-la coercitivamente viola um dever negativo e que temos uma razão moral urgente para erradicar a pobreza global.

Uma proposta moderada

A proposta de reforma que esboçaremos agora se destina a apoiar minha segunda tese: a de que o *status quo* pode ser reformado de um modo em que todos os três enfoques reconheceriam essa reforma como um passo importante na direção da justiça. Todavia, é preciso também fechar brechas em meu argumento para a primeira tese: a proposta deve mostrar que a desigualdade radical existente pode ser remontada à estrutura de nossa ordem econômica global (Condição 7). E também deve mostrar que se cumpre a Condição 5, pois de acordo com os três enfoques, o *status quo* é injusto somente se pudermos melhorar as condições das pessoas pobres do mundo sem nos empobrecer.

Formulo minha proposta de reforma de acordo com o segundo enfoque, porque os outros dois dariam suporte a quase qualquer reforma que melhorasse a situação das pessoas em estado de miséria. O segundo enfoque estreita o campo ao sugerir uma idéia mais específica: aqueles que fazem uso mais extenso dos recursos de nosso planeta devem compensar aqueles que, involuntariamente, os utilizam muito pouco. Essa idéia não exige que concebamos os recursos globais como propriedade comum da humanidade, a serem compartilhados igualmente. Minha proposta é muito mais modesta, deixando para cada governo o controle dos recursos naturais em seu território. A modéstia é importante se quisermos que a alternativa institucional proposta ganhe o apoio necessário para ser implementada e se sustentar no mundo tal como o conhecemos. Espero que o DRG satisfaça esses dois *desiderata* ao ficar próximo da ordem global atual e por ser evidentemente sensível a cada um dos três enfoques.

À luz da vasta extensão da pobreza mundial de hoje, poderíamos pensar que um enorme DRG seria necessário para resolver o problema. Mas duvido

que seja assim. A desigualdade radical existente é o resultado cumulativo de décadas e séculos em que as sociedades e os grupos mais ricos usaram suas vantagens em capital e conhecimento para expandir essas vantagens ainda mais. Esse imenso abismo entre ricos e pobres não demonstra que os sistemas econômicos possuem forças centrífugas irresistíveis. Antes, revela o poder de uma acumulação de longo prazo, quando tais tendências não sofrem uma resistência contínua (como sofrem, em certa medida, nos Estados mais modernos). É bem possível que, uma vez erradicada a desigualdade radical, um DRG bastante pequeno possa, no contexto de um sistema de mercado global justo e aberto, ser suficiente para equilibrar as tendências centrífugas habituais dos mercados, de forma suficiente para impedir seu ressurgimento. Porém, a grande magnitude do problema sugere que inicialmente seja preciso mais, de tal modo que não demore demais para que a miséria seja apagada e se atinja um perfil distributivo aceitável.²⁷ Para se ter uma idéia concreta das magnitudes envolvidas, consideremos um número máximo inicial de um por cento da renda agregada global. Em 2005, os países ricos doaram US\$150 bilhões de ajuda oficial ao desenvolvimento;²⁸ um DRG teria elevado essa quantia para US\$450 bilhões naquele ano.²⁹ Uma tal quantia, se bem direcionada e gasta com eficácia, faria uma diferença fenomenal para os pobres em poucos anos. Por outro lado, ela é um tanto pequena para o resto da humanidade: está bem abaixo do orçamento americano da Defesa, é significativamente menor do que o “dividendo da paz” anual desfrutado pelos países desenvolvidos, e menos da metade do valor de mercado da atual produção anual de petróleo cru.³⁰

Detenhamo-nos um pouco no caso do petróleo e examinemos os efeitos prováveis de US\$2 por barril de DRG sobre a extração do óleo cru. Esse dividendo seria devido pelos países em que o petróleo é extraído, mas a maior parte desse custo seria repassada, através de preços mundiais mais altos, aos usuários finais dos produtos petrolíferos. A dois dólares por barril, mais de 17% da meta inicial de receita poderiam ser levantados apenas com o petróleo cru – e de forma confortável: ao custo de elevar o preço dos produtos petrolíferos em cerca de cinco centavos de dólar por galão (0,63 *pence* por litro). Portanto, é obviamente possível – sem grandes mudanças em nossa ordem econômica mundial – erradicar a fome do mundo em poucos anos, obtendo um fluxo de receita suficiente de um número limitado de recursos e poluentes. Estes deveriam ser escolhidos com cuidado, tendo em vista todos os efeitos colaterais. Essa preocupação sugere os seguintes *desiderata*: o DRG deve ser de fácil compreensão e aplicação. Deve, por exemplo, basear-se em recursos e poluentes cuja extração ou descarga seja fácil de monitorar ou calcular, a fim de assegurar que cada sociedade esteja pagando sua parte justa e assegurar a todos de que isso está correto. Essa transparência ajuda também a realizar um segundo *desideratum* de manter baixos os custos totais de coleta.

Em terceiro lugar, o DRG deve ter um impacto pequeno sobre os preços dos bens consumidos para satisfazer as necessidades básicas. E em quarto lugar, deve se concentrar nos usos de recursos cujo desestímulo seja especialmente importante para a conservação e preservação ambiental. Com relação a esse último aspecto, a reforma do DRG pode produzir grandes benefícios ecológicos que são difíceis de obter de uma forma mais coordenada devido aos problemas conhecidos da ação coletiva: cada sociedade tem poucos incentivos para restringir seu consumo e sua poluição, porque o custo de oportunidade dessa restrição recai somente sobre ela, enquanto que os custos do esgotamento e da poluição são disseminados pelo mundo e para o futuro.

O esquema de desembolso dos fundos do DRG deve ser projetado de tal modo a tornar esses fundos eficazes ao máximo, no sentido de assegurar que todos os seres humanos possam satisfazer suas necessidades básicas com dignidade. Esse projeto deve contar com a expertise dos economistas e advogados internacionais. Gostaria de fazer, entretanto, algumas sugestões provisórias para dar mais concretude à reforma proposta. O desembolso deveria ser feito de acordo com regras gerais claras e diretas cuja administração seja barata e transparente. A transparência é importante para excluir o favoritismo político e mesmo seu aparecimento. É importante também para dar ao governo de qualquer país em desenvolvimento incentivos claros e fortes no sentido de erradicar a pobreza interna. Para otimizar esses efeitos de incentivo, as regras de desembolso devem recompensar o progresso: ao alocar mais fundos para esse país e/ou atribuir mais de sua alocação diretamente ao seu governo.

Esse incentivo nem sempre pode prevalecer. Em alguns países pobres, os governantes se preocupam mais em manter seus súditos miseráveis, sem instrução, dóceis, dependentes e, portanto, exploráveis. Nesses casos, ainda pode ser possível encontrar outras maneiras de melhorar as condições e chances dos economicamente excluídos, fazendo pagamentos em dinheiro vivo diretamente para eles ou para suas organizações, ou financiando programas de desenvolvimento administrados pelas agências da ONU ou por ONGs eficazes. Quando, em casos extremos, os fundos do DRG não puderem ser usados com eficácia em um determinado país, então não há razão para gastá-los lá, quando há tantos outros lugares em que esses fundos podem fazer uma verdadeira diferença na redução da pobreza e da desvantagem.

Mesmo que os incentivos propiciados pelas regras de desembolso do DRG nem sempre prevaleçam, eles inclinam a balança política das forças na direção certa: um bom governo traz mais prosperidade através do apoio do DRG e assim gera mais apoio popular que, por sua vez, tende a garantir sua posição. Um mau governo encontra mais dificuldade para oprimir os economicamente excluídos quando eles recebem fundos do DRG através de outros canais e quando

todos os estratos da população têm interesse em obter uma melhoria econômica acelerada pelo DRG sob um governo diferente, mais comprometido com a erradicação da pobreza. Com o DRG em funcionamento, as reformas serão buscadas com mais vigor e em mais países, e terão sucesso com mais frequência e mais cedo do que sem o DRG. Combinado com regras de desembolso adequadas, o DRG pode estimular uma competição internacional pacífica pela erradicação efetiva da pobreza.

Espero que esse esboço grosseiro e sujeito a revisões tenha mostrado que a proposta do DRG merece um exame sério como uma alternativa à ajuda convencional ao desenvolvimento. Embora essa última tenha uma aura de dádiva e sujeição, o DRG evita qualquer aparência de generosidade arrogante: ele apenas incorpora em nossa ordem institucional mundial a reivindicação moral dos economicamente excluídos de participar dos benefícios do uso dos recursos planetários. Ele implementa um direito moral, que pode ser justificado de várias maneiras: olhando para o futuro, com referência a seus efeitos, e olhando para o passado, com referência à evolução da distribuição econômica atual. Ademais, o DRG também seria muito mais eficiente. O desembolso da ajuda ao desenvolvimento convencional é muito influenciado por considerações políticas, como mostra o fato de que tão pouco vai para a erradicação da pobreza. Ao contrário, o DRG levantaria inicialmente uma quantia trinta vezes maior exclusivamente para satisfazer as necessidades básicas dos economicamente excluídos no mundo.

Uma vez que o DRG custaria mais e traria menos retorno em termos de benefícios políticos diretos, muitos dos Estados mais ricos e poderosos podem ser tentados a se recusar a obedecer. Seria preciso, então, uma agência global para impô-lo, algo como um governo mundial? Em resposta, concordo que o DRG teria de ser apoiado por sanções. Contudo, as sanções poderiam ser descentralizadas: depois que a agência que facilita o fluxo dos pagamentos do DRG relatasse que um país não cumpriu com suas obrigações para com o projeto, todos os outros países deveriam impor taxas sobre as importações do país faltoso – e talvez sobre as exportações para ele – para levantar fundos equivalentes a suas obrigações para com o DRG, mais o custo dessas medidas punitivas. Essas sanções descentralizadas têm boa chance de desestimular as defecções em pequena escala. Nosso mundo tem agora – e muito provavelmente continuará a ter – uma economia mundial altamente interdependente. A maioria dos países exporta e importa entre 10% e 50% de seu PIB. Nenhum país lucraria com o fechamento do comércio exterior para evitar suas obrigações com o DRG. E todos teriam motivos para cumpri-las voluntariamente: para manter o controle sobre como os fundos que são levantados, para evitar pagar a mais por medidas punitivas e para evitar a publicidade adversa associada ao não cumprimento de compromissos.

Naturalmente, esse esquema de sanções descentralizadas só poderia funcionar se tanto os Estados Unidos como a União Européia continuassem a cumprir o acordo e a participar do mecanismo de sanções. Suponho que ambos farão isso, desde que, antes de mais nada, seja possível fazer com que se comprometam com o projeto do DRG. Esse pré-requisito, que é decisivo para o sucesso da proposta, é tratado na seção 5. Porém, devemos deixar claro que uma recusa dos EUA e da UE de participar da erradicação da pobreza mundial não afetaria as implicações desta seção. A exequibilidade do DRG é suficiente para mostrar que a miséria mundial é evitável a um custo moderado (Condição 5), que a ordem global existente desempenha um papel importante em sua persistência (Condição 7) e que podemos dar o que os três enfoques reconheceriam como um grande passo na direção da justiça (segunda tese).

O argumento moral para a reforma proposta

Ao mostrar que as Condições 1-10 são cumpridas, espero ter demonstrado que a pobreza global atual manifesta uma injustiça grave que pode e deve ser abolida mediante uma reforma institucional – envolvendo o projeto do DRG, ou alguma alternativa superior. Para tornar essa série de idéias o mais transparente e criticável possível, repito-a agora como um argumento em seis passos. Os dois primeiros implicam formulações novas, por isso os comento brevemente no final.

1. Se uma sociedade ou sistema social comparável, ligada e regulamentada por uma ordem institucional compartilhada (Condição 6), exibe uma desigualdade radical (Condições 1-5), então essa ordem institucional é *prima facie* injusta e exige justificação. Aqui, o ônus da prova está com aqueles que desejam defender essa ordem e sua imposição coercitiva como sendo compatível com a justiça;
2. Essa justificação de uma ordem institucional dentro da qual a desigualdade radical persiste precisaria mostrar uma das seguintes condições:
 - 2a. que a Condição 10 não é cumprida, talvez porque a desigualdade radical existente aconteceu de forma justa: através de um processo histórico que decorreu de acordo com regras moralmente plausíveis que foram geralmente obedecidas;
 - 2b. ou que a Condição 9 não é cumprida, porque os que estão em estado pior podem se beneficiar adequadamente do uso da base comum de recursos naturais pelo acesso a uma parte proporcional ou por meio de algum substituto pelo menos equivalente;
 - 2c. ou que a Condição 8 não é cumprida, porque a desigualdade radical existente pode ser remontada a fatores extra-sociais (tais como

- deficiências genéticas ou desastres naturais) que, como tais, afetam diferentes pessoas de modo diferente;
- 2d. ou que a Condição 7 não é cumprida, porque qualquer alternativa proposta à ordem institucional vigente é:
- impraticável, ou seja, não pode ser mantida de forma estável no longo prazo;
 - ou não pode ser instituída de uma maneira moralmente aceitável mesmo com a boa vontade de todos envolvidos;
 - ou não melhoraria substancialmente a condição dos miseráveis;
 - ou teria outras graves desvantagens morais que contrabalançariam qualquer melhoria na condição dos miseráveis;
3. A humanidade está ligada e regulamentada por uma ordem institucional compartilhada sob a qual a desigualdade radical persiste;
4. Essa ordem institucional global requer, portanto, justificativa de 1 a 3;
5. Essa ordem institucional global não pode receber justificativa das formulações 2a, 2b ou 2c. Uma justificativa da formulação 2d também é falha, porque uma reforma que envolva a introdução de um DRG propicia uma alternativa que é exequível, pode ser instituída (com alguma boa vontade de todos envolvidos) de uma maneira moralmente aceitável, melhoraria substancialmente a condição das pessoas em situação de miséria e não teria desvantagens de significação moral comparável;
6. A ordem mundial existente não pode ser justificada a partir de 4, 2 e 5 e, portanto, é injusta <a partir de 1>.

Ao apresentar esse argumento, não tentei satisfazer as exigências mais rigorosas da formulação lógica, que exigiria várias qualificações e repetições. Tentei apenas esclarecer a estrutura do argumento de modo a deixar claro como ele pode ser atacado.

Pode-se atacar o primeiro passo. Entretanto, essa premissa moral é bastante fraca e se aplica somente se a desigualdade existente ocorre dentro de uma ordem institucional compartilhada (Condição 6) e é radical, ou seja, implica pobreza realmente extrema e diferenças extremas em padrões de vida (Condições 1-5). Além disso, a primeira premissa não exclui terminantemente qualquer ordem institucional sob a qual a desigualdade radical persista, mas apenas exige que seja justificada. Uma vez que as instituições sociais são criadas e sustentadas, perpetuadas ou reformadas pelos seres humanos, essa exigência não pode ser plausivelmente recusada.

Pode-se também atacar o segundo passo. No entanto, essa premissa moral também é fraca, no sentido de que exige do defensor do *status quo* somente uma das quatro possíveis demonstrações (2a-2d), deixando-o livre para tentar cada uma das concepções de justiça econômica esboçadas na seção 2, ainda

que dificilmente possa endossar todas elas ao mesmo tempo. Ainda assim, permanece em aberto argumentar que uma ordem institucional que reproduz a desigualdade radical pode ser justificada de uma maneira diferente das quatro (2a-2d) que descrevi.

Pode-se ainda tentar mostrar que a ordem global existente não cumpre uma das dez condições. Dependendo de que condição seja escolhida, essa pessoa negaria a terceira premissa ou daria uma justificação das formulações 2a, 2b ou 2c, ou mostraria que minha proposta de reforma cai em um dos quatro problemas listados em 2d.

Só se alcança a conclusão do argumento se todas as dez condições são cumpridas. A pobreza global existente manifesta então uma injustiça essencial: um fenômeno que as linhagens dominantes do pensamento político normativo ocidental classificam em conjunto – embora por razões diversas – como injusto e podem conjuntamente buscar sua erradicação. Na medida em que os participantes dominantes e influentes da ordem internacional atual admitem o argumento, reconhecemos nossa responsabilidade compartilhada por essa injustiça: estamos violando um dever negativo de justiça na medida em que contribuimos para (e deixamos de mitigar) os danos que ela reproduz e na medida em que resistimos a reformas apropriadas.

A proposta de reforma é realista?

Mesmo que a proposta do DRG seja exequível, e mesmo que possa ser implementada com a boa vontade de todos envolvidos, permanece o problema de gerar essa boa vontade, em especial da parte dos ricos e poderosos. Sem o apoio dos EUA e da UE, a pobreza e a fome mundiais não serão certamente erradicadas enquanto formos vivos. Quão realista é a esperança de mobilizar esse apoio? Tenho duas respostas a essa pergunta.

Primeira. Se essa esperança não é realista, ainda assim é importante insistir que a pobreza global atual manifesta uma injustiça grave, de acordo com o pensamento político normativo ocidental. Não somos meras testemunhas distantes de um problema sem relação conosco, com um dever positivo e fraco de ajudar. Ao contrário, estamos do ponto de vista causal e moral materialmente envolvidos no destino das pessoas pobres: ao impor-lhes uma ordem institucional mundial que produz habitualmente miséria e/ou ao excluí-las efetivamente de uma parcela justa do valor dos recursos naturais explorados e/ou ao sustentar uma desigualdade radical que evoluiu através de um processo histórico permeado por crimes horríveis. Podemos acabar de fato com nosso envolvimento nessa miséria, não nos desembaraçando desse envolvimento, mas somente pondo um fim a essa pobreza mediante uma reforma econômica. Se as reformas factíveis são bloqueadas por outros, então talvez não consigamos

fazer mais do que mitigar alguns dos danos que também ajudamos a produzir. Restaria então uma diferença, porque nosso esforço cumpriria não um dever de ajudar os necessitados, mas um dever de proteger as vítimas de qualquer injustiça para a qual tenhamos contribuído. Esse último dever, mantidas iguais as outras coisas, seria muito mais estrito que o primeiro, especialmente quando podemos cumpri-lo com os benefícios que continuamente derivamos dessa injustiça.

Minha segunda resposta é a de que a esperança pode não ser tão irrealista afinal. Meu otimismo provisório baseia-se em duas considerações. A primeira é a de que as convicções morais podem ter efeitos reais mesmo na política internacional – como até alguns políticos realistas admitem, embora com pesar. Às vezes, essas são as convicções morais dos políticos. No entanto, é mais comum que a política seja influenciada pelas convicções morais dos cidadãos. Um exemplo dramático disso é o movimento abolicionista que, no século XIX, pressionou o governo britânico a acabar com o tráfico de escravos.³¹ Uma mobilização moral similar pode também ser possível em favor da erradicação da pobreza mundial – desde que se possa convencer os cidadãos dos Estados mais poderosos de uma conclusão moral que possa realmente ser apoiada e desde que se possa mostrar um caminho que faça apenas exigências modestas de cada um de nós.

A proposta do DRG é moralmente convincente. Ela pode ser ancorada amplamente nas linhagens dominantes do pensamento político normativo ocidental esboçadas na seção 2. E tem também a vantagem moralmente significativa de mudar o consumo de uma forma que restrinja a poluição e o esgotamento dos recursos, para o benefício de todos e das gerações futuras em particular. Uma vez que pode ser apoiada por esses quatro raciocínios morais importantes e mutuamente independentes, a proposta do DRG está bem posicionada para se beneficiar do fato de que as razões morais podem causar efeitos no mundo. Se for possível obter alguma ajuda de economistas, cientistas políticos e advogados, então a aceitação moral do DRG pode crescer gradualmente e se disseminar no Ocidente desenvolvido.

Erradicar a pobreza mundial por meio de um projeto como o DRG implica também exigências mais realistas do que uma solução através de iniciativas privadas e da ajuda convencional ao desenvolvimento. Mesmo quando alguém tem certeza de que, ao doar 900 dólares por ano, pode elevar o padrão de vida de duas famílias miseráveis em 400 dólares anuais, é difícil manter o compromisso de fazê-lo. A mitigação unilateral contínua da pobreza leva à fadiga, à aversão, até mesmo ao desprezo. Ela requer que os cidadãos e governos mais ricos se mobilizem periodicamente em torno da causa, ao mesmo tempo em que sabem muito bem que a maioria dos outros em situação semelhante a deles contribui com muito pouco ou nada, que suas contribuições são legalmente

opcionais e que, independente do que doam, poderiam, por apenas um pouco mais, salvar mais crianças da doença e da fome.

Em contraste, ao ajudar a implementar o DRG, ainda que também significasse 900 dólares anuais a menos no padrão de vida de uma família, isso seria feito para elevar em 400 dólares anuais o padrão de vida de centenas de milhões de famílias pobres. Isso seria feito em nome da erradicação da pobreza extrema deste planeta, ao mesmo tempo em que se saberia que todas as pessoas e nações ricas estariam contribuindo com sua justa parcela para esse esforço.

Considerações análogas se aplicam aos governos. A ineficácia da ajuda ao desenvolvimento convencional é sustentada por sua situação competitiva, na medida em que eles se sentem com o direito moral de não fazer mais, apontando para seus competidores ainda mais mesquinhos. Essa explicação serve de apoio à suposição otimista de que as sociedades ricas estariam preparadas para se comprometerem a fazer mais em conjunto do que tendem a fazer cada uma por si.

Considerações similares se aplicam à proteção e, à conservação ambiental, com respeito às quais o DRG também contribui para uma solução coletiva: os graus de poluição e devastação continuarão a ser muito mais altos do que seria melhor para todos enquanto aqueles que os causam puderem descarregar a maior parte de seu custo sobre o resto do mundo, sem qualquer compensação (“a tragédia dos bens comuns”). Ao exigir essa compensação, o DRG repara esse desequilíbrio dos incentivos.

Um aspecto adicional é que a ajuda ao desenvolvimento nacional e as medidas de proteção ambiental precisam ser conquistadas ou defendidas ano após ano, enquanto que a aceitação do projeto do DRG exigiria apenas uma única decisão política – embora de alcance muito maior.

A outra consideração otimista tem a ver com a prudência. Acabaram-se os tempos em que podíamos nos dar ao luxo de ignorar o que acontecia nos países em desenvolvimento. O crescimento econômico deles terá um grande impacto sobre nosso meio ambiente e seus ganhos militares e tecnológicos são acompanhados por graves perigos, entre os quais, aqueles associados às armas nucleares, biológicas e químicas são apenas os mais óbvios. A imposição transnacional de externalidades e risco vai se tornar cada vez mais uma rua de mão dupla, na medida em que nenhum Estado ou grupo de Estados, por mais rico e poderoso, será capaz de se isolar eficazmente das influências externas: de ataques militares e terroristas, imigrantes ilegais, epidemias e tráfico de drogas, poluição e mudança climática, flutuações de preços e inovações científico-tecnológicas e culturais. Portanto, é cada vez mais de nosso interesse que surjam instituições democráticas estáveis nos países em desenvolvimento – instituições sob as quais o poder governamental seja efetivamente constrangido por regras de procedimento e direitos básicos. Enquanto grandes segmentos dessas

populações carecem de educação elementar e não têm garantia de que poderão satisfazer suas necessidades mais básicas, essas instituições democráticas são muito mais improváveis do que misturas explosivas de fanatismo religioso e ideológico, movimentos de oposição violentos, esquadrões da morte e militares corruptos e envolvidos em política. Expormo-nos às explosões ocasionais dessas misturas seria cada vez mais perigoso e também mais caro no longo prazo do que o DRG proposto.

Essa consideração prudente tem também um lado moral. Um futuro permeado pela desigualdade radical e, por isso, instável, poria em risco não somente nossa segurança e a de nossa progênie, mas também a sobrevivência de nossa sociedade, nossos valores e nossa cultura no longo prazo. Assim, o interesse pela paz – em um mundo futuro no qual diferentes sociedades, valores e culturas possam coexistir e interagir em paz – é também, obviamente e de maneira importante, um interesse moral.

Concretizar nosso interesse sensato e moral em um futuro pacífico e ecologicamente correto exigirá – e aqui vou além de minha modéstia anterior – instituições e organizações sociais supranacionais que limitem os direitos de soberania dos Estados de modo mais severo do que a prática corrente. Os Estados mais poderosos poderiam tentar impor tais limitações a todos os outros, ao mesmo tempo em que se eximiriam delas. Porém, é duvidoso que as grandes potências atuais possam reunir e manter o apoio político interno necessário para levar uma tentativa desse tipo até o fim. E é duvidoso também que possam ter sucesso, pois tal tentativa provocaria a resistência mais encarniçada de muitos outros Estados, que se esforçariam simultaneamente, por meio do aumento da força militar, para obter acesso ao clube das grandes potências. Para esse tipo de projeto, as “elites” de muitos países em desenvolvimento poderiam provavelmente mobilizar suas populações com bastante facilidade, como ilustram os exemplos de Índia e Paquistão.

Pode então fazer mais sentido para todos trabalhar no intuito de criar instituições e organizações sociais supranacionais que limitem os direitos de soberania de todos os Estados igualmente. Todavia, essa solução só funcionará se pelo menos uma grande maioria dos Estados participantes dessas instituições e organizações sociais seja de democracias estáveis, o que pressupõe, por sua vez, que seus cidadãos tenham garantias de que podem satisfazer suas necessidades básicas e de que podem ter acesso a uma educação e a uma posição social decente.

O atual desenvolvimento geopolítico tende para um mundo em que um número crescente de Estados e grupos muito avançados do ponto de vista tecnológico e militar representa um perigo cada vez maior para um subconjunto ainda maior da humanidade. Desviar esse desenvolvimento para uma direção mais razoável de forma realista requer um apoio considerável daqueles outros

84% da humanidade que querem reduzir nossa vantagem econômica e alcançar nosso alto padrão de vida. Por meio da introdução do DRG ou outra reforma semelhante, podemos ganhar esse apoio mostrando concretamente que nossas relações com o resto do mundo não estão devotadas apenas à consolidação de nossa hegemonia econômica e que os economicamente excluídos no mundo poderão conseguir pacificamente uma melhoria considerável em suas condições. Desse modo – e somente desse modo – podemos refutar a convicção, compreensivelmente difundida nos países pobres, de que não daremos a mínima para sua miséria até que tenham poder econômico e militar para nos causar danos graves. E somente desse modo podemos enfraquecer o apoio popular que os movimentos políticos agressivos de todos os tipos podem derivar dessa convicção.

Conclusão

Estamos familiarizados, graças aos apelos à caridade, com a afirmação de que está em nossas mãos salvar a vida de muitos ou, ao não fazer nada, deixar essas pessoas morrerem. Estamos menos familiarizados com a asserção examinada aqui de uma responsabilidade mais pesada: a maioria de nós não apenas deixa que as pessoas morram de fome, mas também ajuda a matá-las de inanição. Não surpreende que nossa reação inicial a essa afirmação mais desagradável seja a indignação, até mesmo hostilidade – que em vez de pensar mais sobre ela e discuti-la, queiramos esquecê-la ou deixá-la de lado, considerando-a totalmente absurda.

Tentei responder construtivamente à asserção e mostrar sua plausibilidade. Não pretendo tê-la provado conclusivamente, mas minha argumentação deveria, ao menos, dar origem a sérias dúvidas sobre nossos preconceitos do senso comum, que devemos sempre tratar com suspeição, tendo em vista o quanto nosso interesse egoísta está envolvido nessa questão. A grande importância moral de chegar a um juízo correto sobre essa questão também aconselha a não desconsiderar levianamente a asserção aqui defendida. Os dados essenciais sobre a vida e a morte das pessoas pobres do mundo são, afinal, indiscutíveis. Em vista da considerável interdependência global, é extremamente improvável que sua pobreza se deva apenas aos fatores locais e que nenhuma reforma factível da ordem mundial atual pudesse influir sobre a pobreza ou sobre esses fatores locais. Não menos inacreditável é a opinião de que a nossa é a melhor de todas as ordens mundiais possíveis, de que qualquer modificação dela só poderia agravar a pobreza. Então, devemos trabalhar juntos em todas as disciplinas a fim de conceber uma solução abrangente para o problema da pobreza global, e, acima das fronteiras, para a implementação política dessa solução.

NOTAS

1. T. Pogge, "An Egalitarian Law of Peoples", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 23, Issue 3, Princeton, Princeton University, 1994, pp.195-224; "A Global Resources Dividend", in David A. Crocker e Toby Linden (eds.), *Ethics of Consumption: The Good Life, Justice, and Global Stewardship*, Rowman & Littlefield, Lanham, MD, 1998.
2. R. Reichel, "Internationaler Handel, Tauschgerechtigkeit und die globale Rohstoffdividende", *Analyse und Kritik*, vol. 19, Issue 3, Hamburgo, 1997, pp. 229-241; T. Kesselring, "Weltarmut und Ressourcen-Zugang", *Analyse und Kritik*, vol. 19, Issue 3, Hamburgo, 1997, pp. 242-254; R. Crisp e D. Jamieson, "Egalitarianism and a Global Resources Tax: Pogge on Rawls", in Victoria Davion e Clark Wolf (eds.), *The Idea of a Political Liberalism: Essays on Rawls*, Rowman and Littlefield, Lanham, MD, 2000.
3. R. Kreide, "Armut, Gerechtigkeit und Demokratie", *Analyse und Kritik*, vol. 20, Issue 3, Hamburgo, 1998, pp. 245-262; J. Mandle, "Globalization and Justice", *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 570, Thousand Oaks (CA), Sage Publications, 2000, pp.126-139.
4. Programa da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), , *Human Development Report 2005*, Nova York, Oxford University Press, 2005, pp. 24, 44 e 49.
5. John E. Fogarty International Center, *Strategic Plan – Fiscal Years 2000-2003*, disponível em <http://www.fic.nih.gov/about/plan/exec_summary.htm>, acessado em 9 de janeiro de 2007.
6. Programa da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), *Human Development Report 1998*, Nova York, Oxford University Press, 1998.
7. Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO – sigla em ingles), *The State of Food Insecurity in the World 1999*, disponível em <www.fao.org/news/1999/img/sofi99-e.pdf>, acessado em 8 de janeiro de 2007.
8. Organização Internacional do Trabalho (OIT), *A Future Without Child Labour*, 2002. Disponível online em <www.ilo.org/public/english/standards/decl/publ/reports/report3.htm>, acessado em 8 de janeiro de 2007.
9. UNESCO, *Global and internationally comparable statistics on education, science, technology, culture and communication*, <www.uis.unesco.org>, acessado em 9 de janeiro de 2007.
10. Organização Mundial da Saúde (OMS), *World health report 2004*, Anexo tabela 2, disponível em <<http://www.who.int/whr/2004/annex/en/index.html>>, acessado em 15 de janeiro de 2007.
11. T. Nagel, "Poverty and Food: Why Charity Is Not Enough" in Peter Brown e Henry Shue (eds.), *Food Policy: The Responsibility of the United States in Life and Death Choice*, Nova York, Free Press, 1977.
12. Sugerida em O. O'Neill, "Lifeboat Earth" (1974) reimpresso em Charles Beitz, Marshall Cohen, Thomas Scanlon e A. John Simmons (eds.), *International Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 1985; T. Nagel, "Poverty and Food: Why Charity Is Not Enough", op. cit. e T. Pogge, *Realizing Rawls*, Ithaca, Cornell University Press, 1989, \$24.
13. J. Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999, p. 108.

14. Uma Convenção sobre Combate ao Suborno de Funcionários Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, que exige que os Estados signatários considerem crime o suborno desses funcionários, foi finalmente aprovada dentro da OCDE, sob a pressão pública gerada pela organização não-governamental Transparência Internacional, disponível *online* em <www.transparency.de>, acessada em 9 de janeiro de 2007. A Convenção entrou em vigor em fevereiro de 1999, disponível *online* em <www.oecd.org/document/21/0,2340,en_2649_34859_2017813_1_1_1_1,00.html>, acessado em 9 de janeiro de 2007.
15. L. Wantchekon, "Why do Resource Dependent Countries Have Authoritarian Governments?", Working Paper, Yale University, 1999. Disponível *online* em <www.yale.edu/leitner/pdf/1999-11.pdf>, acessado em 8 de janeiro de 2007; e T. Pogge, *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Cambridge, Polity Press, 2002, cap. 6.
16. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), *Human Development Report 1999*, Nova York, Oxford University Press, 1999, p. 3. Muitos economistas rejeitam essa estatística dizendo que ela é enganosa e que a comparação deveria ser feita em termos de paridades de poder de compra (PPCs), em vez de taxas de câmbio do mercado. Porém, essas taxas são bastante apropriadas para destacar as desigualdades internacionais em expertise e poder de barganha, bem como a crescente possibilidade de evitar a pobreza, manifesta no fato de que apenas um por cento das rendas nacionais dos países de renda mais alta seria suficiente para aumentar em 74% a renda dos países mais pobres. Para comparar padrões de vida, as PPCs são de fato apropriadas. Mas as PPCs de consumo geral, baseadas como são nos preços de todas as commodities ponderadas por sua participação no consumo internacional, exageram substancialmente o poder de compra dos pobres em relação às necessidades básicas na quais eles são obrigados a concentrar seus gastos. Isso é assim porque os países pobres tendem a propiciar as maiores vantagens de preço para commodities (serviços e outros "não-transacionáveis") que seus cidadãos pobres não têm condições de consumir. Ao utilizar as PPCs que fazem a média dos diferenciais de preços em todas as commodities, os economistas inflacionam as rendas nominais dos economicamente excluídos, como se seu consumo espelhasse o do mundo em geral. Para uma crítica detalhada, ver S. Reddy e T.W. Pogge, "How *Not* to Count the Poor", 2002. Working paper não publicado, disponível *online* em <www.socialanalysis.org>, acessado em 8 de janeiro de 2007.
17. Os Indicadores de Desenvolvimento Humano estão disponíveis *online*.
18. Ver <iresearch.worldbank.org/PovcalNet/jsp/index.jsp>, acessado em 9 de janeiro de 2007.
19. T. Pogge, "Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor", *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, nº. 4, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 2005, pp. 717-745.
20. Citado em S. J. Gould, "The Moral State of Tahiti — and of Darwin", *Natural History*, vol. 10, Nova York 1991, p.19.
21. Cf. também R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nova York, Basic Books, 1974, cap. 4.
22. J. Locke (1689), "An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government" in Peter Laslett (ed.), *John Locke: Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, §27 e §33.
23. *Ibid.*, §36.
24. *Ibid.*, §41 e §37.

25. O Banco Mundial estima que em 2001, 1,089 bilhões dos 6,150 bilhões de seres humanos viviam abaixo da linha de pobreza internacional, que ele define atualmente em termos de US\$32,74 PPC 1993 por mês, ou US\$1,075 PPC 1993 por dia (S. Chen e M. Ravallion, "How Have the World's Poorest Fared since the Early 1980s?", *World Bank Research Observer*, n. 19, pp. 147 e 153, disponível em <wbri.oupjournals.org/cgi/content/abstract/19/2/141>, acessado em 15 de janeiro de 2007). "PPC" significa "paridade de poder de compra": as pessoas são consideradas pobres por esse padrão quando sua renda per capita anual tem menos poder de compra do que US\$393 tinham nos Estados Unidos em 1993, ou menos poder de compra do que US\$550 têm nos USA no ano de 2006 (disponível *online* em <www.bls.gov/cpi/>, acessado em 9 de janeiro de 2007). Aqueles que vivem abaixo dessa linha de pobreza, em média, caem 28,4% abaixo dela (S. Chen e M. Ravallion, *op. cit.*, pp. 152 e 158). Assim, eles vivem com aproximadamente US\$394 PPC 2006 por pessoa por ano em média. Ora, as rendas em US\$ PPC que o Banco Mundial atribui às pessoas em países em desenvolvimento pobres são, em média, pelo menos quatro vezes maiores do que suas rendas reais a taxas de câmbio do mercado. Desse modo, o Banco Mundial equipara a renda nacional bruta per capita da Índia de US\$460 a US\$2,450 PPC, da China de US\$890 a US\$4,260 PPC, da Nigéria de US\$290 a US\$830 PPC, do Paquistão de US\$420 a US\$1,920 PPC, de Bangladesh de US\$370 a US\$1,680 PPC, da Etiópia de US\$100 a US\$710 PPC, do Vietnã de US\$410 a US\$2,130 PPC, e assim por diante (World Bank, *World Development Report 2003*, Nova York, Oxford University Press, 2002, pp.234-235). Uma vez que praticamente todos os todos as pessoas economicamente excluídas do mundo vivem nesses países em desenvolvimento pobres, podemos então estimar que sua renda per capita anual média corresponde a no máximo US\$100 pelas taxas de câmbio do mercado. A renda anual agregada do quinto mais pobre da humanidade fica então em torno de US\$109 bilhões pelas taxas de câmbio do mercado, cerca de 0,3% do produto global.

26. Cf. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Nova York, Basic Books, 1974, p. 231.

27. Na Declaração de Roma sobre Segurança Alimentar Mundial de 1996, 186 governos fizeram a promessa solene de "erradicar a fome em todos os países, com o propósito imediato de reduzir pela metade o número atual de pessoas subnutridas até 2015, no máximo". Mais da metade do período já se passou, com pouca ou nenhuma redução da quantidade de pessoas pobres e subnutridas. Mas houve uma espécie de progresso: a meta foi diminuída. A Declaração do Milênio da ONU promete "cortar pela metade, até 2015, a proporção das pessoas no mundo cuja renda é menos de um dólar por dia e a proporção de pessoas que sofrem de fome", usando 1990 como data base. Uma vez que se estima que a população mundial aumentará em 36% no período 1990-2015, a redução buscada na quantidade de pessoas pobres e subnutridas entre 1990 e 2015 não é agora de 50%, mas apenas de 19% (T. Pogge, "The First UN Millennium Development Goal: a Cause for Celebration?", *Journal of Human Development*, vol. 5, n.º. 3, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 377-397; tradução espanhola de David Álvarez García "El Primer Objetivo de Desarrollo de la ONU para el Milenio: ¿Un Motivo de Celebración?"). Diante dos 18 milhões de mortes por ano relacionadas com a pobreza, a abordagem lenta oficial é moralmente inaceitável e a falta de esforços no sentido de implementá-la é estarrecedora. Devemos dizer também que o método de medição da pobreza gravemente falho do Banco Mundial leva a uma subestimação grosseira do número de pessoas que vivem abaixo de sua linha de pobreza de um dólar por dia (S. Reddy e T.W. Pogge, "How *Not* to Count the Poor", 2002. Working paper não publicado, disponível online em <www.socialanalysis.org>, acessado em 8 de janeiro de 2007). Além disso, essa linha de pobreza é grotescamente baixa (imaginem uma família de quatro membros vivendo com US\$2.200 por anos nos EUA, ou com £1.100 na Grã-

Bretanha). O Banco Mundial oferece estatísticas também para uma linha de pobreza mais adequada que é o dobro: US\$786 PPC 1993 (US\$1.100 PPC em 2006 ou cerca de US\$275 no país pobre típico) por pessoa por ano. 2,735 bilhões de pessoas – quase a metade da humanidade (42%) – vivem abaixo dessa linha da pobreza mais alta (S. Chen e M. Ravallion, op. cit., pp. 153, 152 e 158), dividindo o índice de distância da pobreza pela contagem per capita. A renda anual agregada dessas pessoas é então cerca de US\$330 bilhões por ano, 0,75% do produto global. Assim, o DRG seria suficiente para elevar todos os seres humanos até a linha de pobreza mais alta do Banco Mundial de “2 dólares por dia”.

28. Dessa quantia, menos de 10% são gastos normalmente na erradicação da pobreza ou “serviços sociais básicos” (disponível *online* em <mdgs.un.org/unsd/mdg/SeriesDetail.aspx?srid=592&crd=>, acessado em 9 de janeiro de 2007) – definidos como educação básica, serviços primários de saúde, inclusive saúde reprodutiva e programas populacionais), programas de nutrição e água potável e saneamento, bem como a capacidade institucional de fornecer esses serviços. Acrescentando-se a isso os US\$7 bilhões que os cidadãos gastam anualmente na erradicação da miséria através de ONGs internacionais, chegamos ao total de US\$18 bilhões anuais. Isso equivale a 1/18 do que seria preciso para erradicar a pobreza severa, a 1/17 de nosso dividendo da paz anual e a 0,05% de nossas rendas nacionais, ou 18 dólares anuais de cada cidadão dos países ricos.

29. Cf. World Bank 2006, *World Development Report 2007*, p. 289. O produto mundial anual (a soma de todas as rendas nacionais brutas) foi de US\$44,983 trilhões em 2005. Disso, 79% pertenciam aos países mais ricos que abrigam 15,7% da humanidade (ibid.). Só os Estados Unidos, com 4,6% da população mundial, respondem por 28,8% do produto global (ibid. – e os EUA ainda conseguiram renegociar sua parcela no orçamento da ONU de 25 para 22%).

30. O fim da Guerra Fria permitiu que os países de alta renda cortassem seus gastos militares agregados de 4,1% do PIB, em 1985, para 2,2% em 1998 (Programa da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento,, *Human Development Report 1998*, Nova York, Oxford University Press, 1998, p. 197; Ibid., *Human Development Report 2000*, Nova York, Oxford University Press, 2000, p. 217). O dividendo da paz que esses países colhem pode então ser estimado em US\$675 bilhões (1,9% de seu atual PIB agregado anual de US\$35,529 trilhões no ano de 2005) - World Bank 2006, *World Development Report 2007*, p. 289.

31. S. Drescher, *Capitalism and Antislavery: British Mobilization in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

NÚMEROS ANTERIORES

Números anteriores disponíveis *online* em <www.surjournal.org>.

SUR 1

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Origem, sentido e futuro dos direitos humanos:
Reflexões para uma nova agenda

FLAVIA PIOVESAN

Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos
civis e políticos

OSCAR VILHENA VIEIRA e A. SCOTT DUPREE

Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos
humanos

JEREMY SARKIN

O advento das ações movidas no Sul para reparação
por abusos dos direitos humanos

VINODH JAICHAND

Estratégias de litígio de interesse público para o
avanço dos direitos humanos em sistemas domésticos
de direito

PAUL CHEVIGNY

A repressão nos Estados Unidos após o atentado de
11 de setembro

SERGIO VIEIRA DE MELLO

Apenas os Estados-membros podem fazer a ONU
funcionar Cinco questões no campo dos direitos
humanos

SUR 2

SALIL SHETTY

Declaração e Objetivos de Desenvolvimento do
Milênio: Oportunidades para os direitos humanos

FATEH AZZAM

Os direitos humanos na implementação dos
Objetivos de Desenvolvimento do Milênio

RICHARD PIERRE CLAUDE

Direito à educação e educação para os direitos
humanos

JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES

O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas

E.S. NWAUCHE e J.C. NWOBIKE

Implementação do direito ao desenvolvimento

STEVEN FREELAND

Direitos humanos, meio ambiente e conflitos:
Enfrentando os crimes ambientais

FIONA MACAULAY

Parcerias entre Estado e sociedade civil para
promover a segurança do cidadão no Brasil

EDWIN REKOSH

Quem define o interesse público?

VÍCTOR E. ABRAMOVICH

Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais
e culturais: Instrumentos e aliados

SUR 3

CAROLINE DOMMEN

Comércio e direitos humanos: rumo à coerência

CARLOS M. CORREA

O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos
países em desenvolvimento

BERNARDO SORJ

Segurança, segurança humana e América Latina

ALBERTO BOVINO

A atividade probatória perante a Corte
Interamericana de Direitos Humanos

NICO HORN

Eddie Mabo e a Namíbia: Reforma agrária e
direitos pré-coloniais à posse da terra

NLERUM S. OKOGBULE

O acesso à justiça e a proteção aos direitos
humanos na Nigéria: Problemas e perspectivas

MARÍA JOSÉ GUEMBE

Reabertura dos processos pelos crimes da ditadura
militar argentina

JOSÉ RICARDO CUNHA

Direitos humanos e justiciabilidade: Pesquisa no
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

LOUISE ARBOUR

Plano de ação apresentado pela Alta Comissária
das Nações Unidas para os Direitos Humanos

SUR 4

FERNANDE RAINE

O desafio da mensuração nos direitos humanos

MARIO MELO

Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ISABELA FIGUEROA

Povos indígenas versus petrolíferas: Controle constitucional na resistência

ROBERT ARCHER

Os pontos positivos de diferentes tradições: O que se pode ganhar e o que se pode perder combinando direitos e desenvolvimento?

J. PAUL MARTIN

Releitura do desenvolvimento e dos direitos: Lições da África

MICHELLE RATTON SANCHEZ

Breves considerações sobre os mecanismos de participação para ONGs na OMC

JUSTICE C. NWOBKE

Empresas farmacêuticas e acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento: O caminho a seguir

CLÓVIS ROBERTO ZIMMERMANN

Os programas sociais sob a ótica dos direitos humanos: O caso da Bolsa Família do governo Lula no Brasil

CHRISTOF HEYNS, DAVID PADILLA
e LEO ZWAAK

Comparação esquemática dos sistemas regionais e direitos humanos: Uma atualização

RESENHA

SUR 5

CARLOS VILLAN DURAN

Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas

PAULINA VEGA GONZÁLEZ

O papel das vítimas nos procedimentos perante o Tribunal Penal Internacional: seus direitos e as primeiras decisões do Tribunal

OSWALDO RUIZ CHIRIBOGA

O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano

LYDIAH KEMUNTO BOSIRE

Grandes promessas, pequenas realizações: justiça transicional na África Subsaariana

DEVIKA PRASAD

Fortalecendo o policiamento democrático e a responsabilização na *Commonwealth* do Pacífico

IGNACIO CANO

Políticas de segurança pública no Brasil: tentativas de modernização e democratização versus a guerra contra o crime

TOM FARER

Rumo a uma ordem legal internacional efetiva: da coexistência ao consenso?

RESENHA