

issn 1678-7145
eissn 2318-4558

confluências

revista interdisciplinar de sociologia e direito

18/01
Abril de 2016



Programa de
Pós-Graduação em
Sociologia e Direito

CONFLUÊNCIAS

REVISTA INTERDISCIPLINAR DE SOCIOLOGIA E DIREITO

www.confluencias.uff.br

Programa de Pós-Graduação em

Sociologia e Direito - UFF

ISSN 1678-7145 || EISSN 2318-4558

Av. Prof. Marcos Waldemar de Freitas

Reis s/n - Campus do Grágoatá - Blo-

co O Sala 309 - São Domingos - Ni-

terói - RJ - CEP: 24.210-340

Telefone: (**21) 2629-2869

E-mail: sociologia_direito@yahoo.com.br

EXPEDIENTE

Editor 2016: Vivian G. F. Paes

E-mail: vivianpaes@id.uff.br

Editor 2016: Vladimir de C. Luz

E-mail: vladimir luz@hotmail.com

Diagramação: Pedro Henrique S. de Assis

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto Cardoso (IESP-UERJ)

Baudouin Dupret (CNRS, França)

Delton Meirelles (UFF)

Edmundo Daniel dos Santos (Université d'Ottawa, Canadá)

Eliane Junqueira (PUC-RJ)

Henri Acserald (UFRJ)

Juliana N. Magalhães (UFRJ, Brasil)

Luís Antônio Cardoso (UFF)

Marcelo da Costa Pinto Neves (UnB)

Marcelo Pereira de Mello (UFF)

Mónica María B. Rúa (Universidad de Medellín, Colômbia)

Napoleão Miranda (UFF)

Raul Francsico Magalhães (UfJF)

EDITORIAL

Prezados Leitores,

É com muita satisfação que apresentamos os números da Confluências 2016. Apesar dos números de 2016 atrasarem, devido à problemas técnicos no sistema Open Journal System e atrasos no retorno da revisão de muitos artigos, isso não prejudicou em nada a continuidade e periodicidade dos números e volumes da Revista.

Vale lembrar que a Confluências ganhou visibilidade ao ser lançada pelo sistema OJS, foi indexada em muitos repositórios de revistas, como Latindex, Periódicos CAPES, Index Copernicus, IBCT, Diadorim, Base, dentre outros. Além disso, a Revista circulou em redes nacionais e internacionais permitindo que muitos autores estrangeiros tenham submetido seus artigos por meio do próprio sistema. Por fim, fizemos o esforço de passar a publicar eletronicamente três números por ano. A adoção da política de publicação de dossiês permitiu a maior circulação e visibilidade da Revista aproveitando trabalhos apresentados em Grupos de Trabalhos de seminários e congressos, que são geralmente, subproveitados.

As presentes edições de 2016 são frutos do trabalho árduo dos professores do PPGSD Vivian Gilbert Ferreira Paes e Vladimir de Carvalho Luz e contam com a diagramação do aluno Pedro Henrique S. de Assis (InEAC). Aproveitamos o ensejo para agradecer aos leitores, autores, pareceristas e todos aqueles que apoiam essa iniciativa.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Sumário

— Artigos Dossiê —

A RESSIGNIFICAÇÃO DA POBREZA MUNDIAL: NOVAS FORMAS DE TRATAMENTO...04

Tatiani de A. Lobo e Marli M. M. da Costa

LAS CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTAS DE INTERVENCIÓN POLÍTICA: SUS ORÍGENES.....24

Maximiliano N. Campana

THE PRINCIPLE OF RESILIENCE IN SOCIOLOGY OF LAW - HOW CITIZENSHIP BECAME A NEW BOUNDARY FOR STATE POWER.....47

Luciana Cristina de Souza

AS MEMÓRIAS DAS MULHERES TRAFICANTES: ENTRE A SUBMISSÃO E A RESISTÊNCIA?...66

Fernanda S. Curcio e Lobelia da S. Faceira

POLÍTICA E PRÁTICA DA POLÍCIA EM COMUNIDADES PACIFICADAS: O CASO DA UPP DO BATAN.....92

Michel Eduardo Moreira Chaves

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DE COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO DE NULIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGAL DIRIGIDA AO ACESSO À JUSTIÇA.....112

Renato Horta

A RESSIGNIFICAÇÃO DA POBREZA MUNDIAL: Novas formas de tratamento

Tatiani de A. Lobo e Marli M. M. da Costa

Universidade de Santa Cruz do Sul.

E-mail: tatianilobo@hotmail.com

E-mail: marlimmdacosta@gmail.com

RESUMO

Com o presente ensaio, busca-se apresentar questões pertinentes ao debate contemporâneo sobre a pobreza e demonstrar a importância do tema no cenário mundial. Para tanto, discorre-se sobre a construção histórico-social da pobreza e suas características contemporâneas. Aponta-se a limitação dos fatores tradicionalmente apresentados como causadores da pobreza. Apresentam-se as formas atuais de monitorar o fenômeno e de distribuição mundial da pobreza. Colaciona-se que a pobreza é um problema mundial, mas que o Sul ainda concentra maior pobreza do que o Norte. Apresentam-se novas abordagens da pobreza teóricas da pobreza. O capital social trata de uma ideia utilizada para verificar a rede de relacionamento dos indivíduos e a Teoria das Capacidades está ligada com a ideia de oportunidade da liberdade. Estudam-se as políticas públicas, seu aspecto fragmentário, a necessidade de sua implementação sob a égide de novos paradigmas, a fim de possibilitar o tratamento específico do fenômeno da pobreza, conforme as peculiaridades de cada local.

Palavras-chave: pobreza; distribuição mundial da pobreza; políticas públicas.

ABSTRACT

This essay seeks to provide and some relevant to the contemporary debate on poverty issues, demonstrating the importance of the issue on the world stage. For this purpose, spoke about the historical and social construction of poverty and its contemporary features. He pointed out the limitation of the factors traditionally presented as the cause of poverty, as a culture, genetics, geography, etc. We presented the current ways of monitoring the phenomenon and the global distribution of poverty. If collated that poverty is a worldwide problem, but the South still more concentrated than the poor North individuals. New approaches about theoretical poverty are presented. The social capital is an idea used to verify the relationship network of individuals. and the Capabilities Theory is linked with the idea of freedom of opportunity. We studied public policy, as well as its fragmentary appearance.

Keywords: poverty; global distribution of poverty; public policy

INTRODUÇÃO

O presente estudo se propõe a abordar o fenômeno da pobreza, especialmente no caso latino-americano. Assim, apresentar-se-ão as causas, a distribuição geográfica e as novas perspectivas teóricas que embasam as políticas públicas de redução/eliminação da pobreza.

O cenário latino-americano de meado da década de 1990 e do início da década de 2000, momento em que vários países da região implementaram políticas focalizadas de segunda geração, permeadas por três elementos comuns: foco em famílias pobres e extremamente pobres com crianças e adolescentes; presença de condicionalidades; e perspectiva de acumulação de capital humano ao longo prazo. Essa nova estratégia foi impulsionada pelo cenário de pobreza de quase metade da população, o qual não foi atenuado pelo conjunto de ajustes econômicos e estruturais propostos pelos países capitalistas centrais ao longo da década de 1980. Assim, apresentam-se dois diagnósticos diversos para esse fenômeno: o primeiro remete ao fato histórico do modelo de colonização imposto pelos países ibéricos aliado às atuais políticas de precarização das relações trabalhistas e privatização dos serviços tradicionalmente prestados pelo Estado, na esteira da teoria política neoliberal; a segunda, por sua vez, diz respeito aos argumentos do BIRD e do FMI sobre a governança defeituosa dos países latino-americanos.

Dessa forma, o primeiro tópico será dedicado à construção histórico-social da pobreza e suas características contemporâneas. Com efeito, apontar-se-á a limitação dos fatores historicamente apresentados como causadores da pobreza, como cultura, genética, geografia etc. Além disso, explicar-se-á o monitoramento do fenômeno, como o coeficiente de Gini e o IDH.

Com efeito, o tópico seguinte será dedicado ao tema da distribuição mundial da pobreza. Nesse ponto, colacionar-se-á que a pobreza é um problema mundial. No entanto, é perceptível que o Sul ainda concentra maior número de indivíduos pobres do que o Norte. Na esteira dos últimos dados da pesquisa realizada pelas Nações Unidas, houve uma nítida ascensão do Sul, especialmente nos indicadores sociais ligados à educação.

Outrossim, o último tópico tratará do capital social e da Teoria das Capacidades, no qual apresentar-se-ão novas abordagens da pobreza. Assim, o capital social trata de uma ideia utilizada para verificar a rede de relacionamento dos indivíduos. Já a Teoria das Capacidades está ligada com a ideia de oportunidade da liberdade. Por fim, aduzir-se-á sobre as políticas públicas e seu aspecto fragmentário, objetivando demonstrar que essa característica as torna menos eficientes e descontínuas.

A pesquisa parte de uma avaliação interdisciplinar (filosófica, sociológica, jurídica e econômica) e crítica,

proporcionando o debate de diferentes perspectivas teóricas, sempre visando manter a autonomia, o pluralismo e a multidimensionalidade analítica. Assim, a proposta é de avaliação crítica fraterna, onde é possível indicar e sistematizar as diferenças, os problemas, as contradições e os paradoxos presentes em cada dimensão teórica, bem como apresentar as contribuições e os avanços realizados por cada abordagem, reconhecendo a legitimidade de cada uma sobre o objeto de pesquisa.

CONSTRUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DA POBREZA E SUAS CARACTERÍSTICAS CONTEMPORÂNEAS

O fenômeno da pobreza sempre foi tema de uma série de estudos sociológicos e antropológicos. No entanto, sua causa historicamente é atribuída a fatores limitados, tais como cultura, genética, geografia etc. Assim, não é possível prescindir da abordagem histórica da construção das sociedades latino-americanas para compreender a verdadeira razão da existência e da manutenção da pobreza nessa região.

Para o antropólogo Darcy Ribeiro (2007: 40), a explicação dos contrastes entre as sociedades contemporâneas, bem como da pobreza dos povos atrasados na história é sempre “o motor da dinâmica social que se encontra no surto de uma tecnologia de alta energia”. Entretanto, o modo pelo qual essas socie-

dades foram chamadas a integrar-se na Revolução Industrial também prepondera nesse atraso. Dessa forma, o autor denominou essa via de integração como atualização histórica¹, a qual foi imposta pelo efeito constritor da estrutura social gerida pelos agentes externos de dominação (especialmente os países ibéricos) e pelas camadas privilegiadas internas (como as oligarquias nacionais), “obstinadas a perpetuar-se, seja pela preservação de modos primitivos de ordenação social, seja pela transmutação condicionada à manutenção da ordem global”.

Outrossim, o modelo de dominação imposto pelos países ibéricos aos povos latino-americanos foi preponderante para a perpetuação do atraso e da pobreza dessa população até a atualidade.

Desenvolvendo-se dentro desse enquadramento, a maioria das nações americanas evoluiu como estruturas “atualizadas”. Primeiro, ao se integrarem no capitalismo mercantil como formações coloniais de vários tipos; depois, ao se incorporar ao imperialismo industrial como áreas neocoloniais. Em

1 A atualização histórica opera por meio da dominação e do avassalamento de povos estranhos, seguida da ordenação econômico-social dos núcleos em que se aglutinam os contingentes dominados para o efeito de instalar novas formas de produção ou explorar antigas atividades produtivas. Esta ordenação tem como objetivo fundamental vincular os novos núcleos à sociedade em expansão, como parcela do seu sistema produtivo e como objetivo de difusão intencional de sua tradição cultural, por meio da atuação de agentes de dominação. (RIBEIRO 2007: 33)

todos os estágios dessa progressão, eram mais pobres e atrasados do que as sociedades que as parasitavam e também mais pobres e atrasadas do que são hoje. (RIBEIRO 2007: 41)

Apesar de o homem branco europeu ter exercido uma dominação violenta, baseada na tecnologia, em especial por meio do domínio da navegação e das armas, a sociedade como um todo era passiva em face desse estado de coisas. A pobreza e a riqueza eram explicadas por conceitos místicos capazes de infundir uma atitude de resignação a certas camadas. Alguns estratos sociais, entretanto, revoltaram-se com a dominação europeia, sem, contudo, atingir algum tipo de reorganização societária que favorecesse a população interna.

Essa situação, na visão de Darcy Ribeiro (2007), não pode alterar-se devido à comunidade de interesses das classes dominantes e dos agentes externos da exploração, empenhados ambos em manter a escravidão, o latifúndio, a monocultura de que todos, afinal, viviam. Somente nos estratos inferiores era nítido o espírito de rebelião contra a ordem social, sobretudo entre negros, escravos e índios explorados que constantemente promoviam revoltas com o objetivo de reordenação social, idealizando um passado remoto em que não existiam senhores nem escravos. Mesmo quando vitoriosas, não se capaci-

tavam a reordenar intencionalmente a sociedade segundo um projeto próprio que a tornasse economicamente viável e progressista. Por isso acabaram sendo todas derrotadas.

Dessa forma, compreendia-se que, apesar da colonização de exploração exercida na região, o desenvolvimento latino-americano seria espontâneo, desde que modelos virtuosos de nações também colonizadas fossem seguidos. Os Estados Unidos e o Canadá foram apresentados como um exemplo de abandono do atraso, tendo em vista o capitalismo de prodigioso sucesso por eles adotado. Nesse diapasão, Ribeiro (2007: 18) aponta que “as formas de produção, de organização do trabalho, de regulação da vida social e de concepção do mundo, vigentes naqueles países, surgem como os padrões normativos desta sociologia justificatória.” No entanto, restou claro que o tipo de colonização exercida sobre americanos e canadenses, de povoamento, favoreceu o desenvolvimento dessas nações. Dessa forma, torna-se inviável, para o autor, compará-los com o restante da América Latina e improvável que, mesmo seguindo o modelo de desenvolvimento desses países, que o restante da América obtenha o mesmo resultado.

Em todos os casos examinados, não se trata de simples erros. Na realidade, através destas comparações, o que se

propõe é a tese de uma via espontânea de desenvolvimento que, partindo das condições de atraso dos povos subdesenvolvidos, progrediria por adições de traços modernizadores até atingir a situação presente das sociedades capitalistas industriais convertidas em modelos ideais de ordenação social. Assim é que, aplicados à explicação da pobreza e da riqueza dos povos das Américas, estes esquemas descrevem a prosperidade dos norte-americanos e canadenses como antecipações históricas de um processo comum de desenvolvimento espontâneo. Tal processo, ainda em curso, estaria afetando, em ritmo distintos, todos os povos americanos e seria conducente à sua homogeneização em algum tempo do futuro. Os Estados Unidos e o Canadá representariam, portanto, paradigmas da evolução sociocultural humana para a qual se estariam encaminhando, mais ou menos tropeçadamente, todos os demais povos do continente. (RIBEIRO 2007: 18)

Levando-se em consideração essa breve contextualização histórica, salienta-se que uma das causas da pobreza na região latino-americana foi a forma de colonização exercida.

Na última década, evidenciou-se um debate internacional pautado no fortalecimento do papel da proteção social no processo de desenvolvimento. Nos Estados capitalistas é de fácil percepção os problemas entre o Direito e a contracultura, uma vez que essas economias de mercado são responsáveis pelo auge da produção de bens, bem como são as que apresentam os grandes vícios na distribuição das riquezas. O paradoxo do mercado competitivo apresenta-se na perspectiva positiva da qualidade, do preço e da modernidade, umbilicalmente ligada ao aspecto negativo, onde a classe trabalhadora se sujeita a quedas repentinas em suas condições de trabalho e onde o capital se sobrepõe aos imperativos de justiça social. Percebe-se, assim, que a estratégia tradicionalmente adotada conta com a austeridade econômica do Estado e as condições favoráveis à produção, acentuando a competitividade na medida em que se amplia a globalização da economia.

Contudo, para que esse cenário caracterize um verdadeiro progresso social, torna-se imprescindível que a preservação das condições essenciais de vida para as famílias, assegurando-se que as necessidades de trabalho, saúde, educação e moradia sejam concomitantemente observadas. Nessa perspectiva, Nader (2013, p. 22) aduz que se configura uma crise social no Estado democrático sempre que “houver maior procura do que oferta de trabalho, quando a saúde pú-

blica for apenas um projeto, a pobreza afastar as crianças das escolas e houver a classe dos sem-teto e dos sem-terra”.

Frise-se, com isso, que, no cenário constitucional brasileiro e dos demais países latino-americanos com semelhante tradição constitucional, há uma incompatibilidade entre a Carta Maior e a teoria econômica neoliberal de Hayek e Nozick, porquanto não se consubstancia em Constituição-Garantia, típica do constitucionalismo liberal, que se limita a estruturar o Estado e a garantir os direitos de defesa, sinalizando pela adoção de uma postura absenteísta do Estado no domínio das relações econômicas. Diferentemente disso, as Cartas latinas, de acordo com Bercovici (2007), veiculam um genuíno projeto de transformação social, inserindo no seu núcleo de identidade a adoção de um Estado Social e Democrático de Direito, bem revelado nas suas cláusulas transformadoras, como, por exemplo, o art. 3º, III da Constituição brasileira de 1988 que persegue a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais e sociais.

A vista disso, destaque-se que cláusula transformadora, para Bercovici (2007), é aquela que explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ela impede que a constituição considere como realizado o que ainda está por se realizar, implicando na obrigação de o Estado promover a transformação da

estrutura econômico-social. Nessa dimensão, sua concretização não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado.

Com efeito, as economias de mercado são majoritariamente vinculadas ao modelo econômico neoliberal, resultado da formulação elaborada pelo Consenso de Washington. Assim, para Santos (2011), as principais inovações institucionais dessa teoria relacionam-se a restrições drásticas à regulação estatal da economia, como a criação de novos direitos de propriedade internacional para investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações suscetíveis de serem objeto de propriedade intelectual, bem como a subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o FMI e a OMC.

Os teóricos do neoliberalismo, segundo Santos (2011) visualizam uma nova divisão internacional do trabalho, baseada na globalização da produção no formato desenvolvido pelas empresas multinacionais: as economias nacionais devem tendencialmente adequar-se aos preços internacionais; prioridade à exportação; políticas monetárias e fiscais voltadas para a redução da inflação e da dívida pública, vigilância sobre a balança de pagamentos; direitos de propriedade privada invioláveis; setor empresarial do Estado deve ser privatizado; padrões nacionais de es-

pecialização sobre decisões privadas; mobilidade dos recursos, dos investimentos e dos lucros; regulação estatal da economia deve ser mínima; e, especialmente relacionado à esta pesquisa, a redução do peso das políticas sociais no orçamento do Estado, reduzindo o montante das transferências sociais, eliminando a sua universalidade e transformando-as em meras medidas compensatórias em relação aos estratos sociais inequivocamente vulnerabilizados pela atuação do mercado.

Brandão (2013) aponta que a intensidade e os métodos de intervenção estatal na economia consistem em questões que não se inserem no plano dos consensos sobrepostos, mas no âmbito em que se verifica um desacordo moral razoável, razão pela qual devem ser decididas pelas maiorias políticas, ao invés de imunizar-se uma doutrina econômica altamente controvertida na constituição.

Em outras palavras, o modelo econômico disposto no Consenso de Washington, nas últimas duas décadas do século XX, conduziu a uma argumentação que coloca em primeiro lugar o crescimento, relegando ao segundo plano a distribuição de renda. Com isso, Schwarzer (2013, p. 438) assevera que o papel da rede de proteção social estaria concentrado na “amortização dos impactos negativos do ajuste macroeconômico” e as políticas de proteção social públicas de linha demonstraram ser ineficientes ou insustentáveis.

Contudo, ao final do século XX e início do atual século, essa tradição neoliberal foi cedendo lugar a uma visão de crescimento pró-pobre. Por conseguinte, o crescimento econômico deveria vir acompanhado de uma componente de políticas de proteção social focalizada na população pobre e vulnerável, sendo necessário manejar os diferentes riscos sociais por meio de pilares diferenciados de solidariedade e poupança, com um forte apoio para políticas de transferências condicionadas de renda, bem como políticas de educação e saúde, fortalecendo o capital humano do país (SCHWARZER, 2013).

Com efeito, importa apresentar a situação da pobreza no cenário mundial contemporâneo, assim como suas concepções teóricas. Segundo Schmidt (2006), a pobreza é o maior dos flagelos que a humanidade enfrenta no início do novo milênio, uma vez que está associado à exclusão e desigualdade social, manifestando-se em todos os continentes, mas com rigor extremo na África, América Latina e Ásia. Em termos globais, os números são impressionantes: 1 bilhão de pessoas tenta sobreviver com menos de 1 dólar por dia e 2,5 bilhões com menos de 2 dólares por dia; 800 milhões de indivíduos passam fome, 8 milhões de pessoas morrem por ano em consequência da extrema pobreza, 10 milhões de crianças não chegam aos 5 anos de idade pela mesma razão, e assim por diante. A desigualdade entre os

ricos e pobres é expressa na estimativa de que os 10% mais abastados usufruem 54% da renda mundial, enquanto os 40% mais pobres ficam com apenas 5%.

Diante disso, restou demonstrada a relevância do estudo da pobreza a fim de propor uma construção social que propicie sua eliminação. No entanto, convém ressaltar que, apesar de serem conceitos próximos, pobreza e exclusão social não são sinônimos. Para SCHMIDT (2006: 1757), pobreza e exclusão social são conceitos usados frequentemente como sinônimos, mas possuem um percurso histórico distinto. “O primeiro é antigo na literatura; o segundo se tornou usual nas duas últimas décadas do século XX”.

A desigualdade social, por sua vez, é um fenômeno monitorado mundialmente pelo coeficiente de GINI. O coeficiente de Gini é uma medida de desigualdade desenvolvida pelo estatístico italiano Corrado Gini, em 1912. É usualmente utilizado para calcular a desigualdade de distribuição de renda, mas pode ser usada para qualquer distribuição. Ele consiste em um número entre 0 e 1, onde 0 corresponde à completa igualdade da renda (todos têm a mesma renda) e 1 corresponde à completa desigualdade, ou seja, uma pessoa tem toda a renda e as demais não têm nada. (IPECE 2010: 44)

Outro orientador de estudos ligados à pobreza é o Índice De Desenvolvimento Humano (IDH). Assim, ele foi

criado pela Organização das Nações Unidas para servir de base empírica dos relatórios de desenvolvimento humano. O IDH é a média simples de três indicadores sintéticos parciais: IDH-Longevidade, IDH-Renda e o IDH-Educação. (IPECE 2010: 35)

A moderna literatura ocidental registra diversas linhas de pensamento acerca das desigualdades sociais e da pobreza nas sociedades de mercado. Para SCHMIDT (2006), duas tradições intelectuais interessam particularmente: a primeira, representada por Karl Marx, protagoniza o “econômico” como valor mais importante, interpretando a pobreza à luz dos fatores materiais pertinentes à estrutura econômica; já a segunda, representada por Max Weber e Karl Polanyi, é mais “sociológica”, interpretando a pobreza à luz tanto dos fatores econômicos como da cultura, valores e instituições a eles associados.

Com isso, é possível compreender a origem da pobreza na América Latina, os motivos limitadores do desenvolvimento regional, bem como de que forma é verificada a situação contemporânea desses fenômenos sociais, a fim de possibilitar a seguinte abordagem sobre a forma de distribuição da pobreza no mundo.

DISTRIBUIÇÃO MUNDIAL DA POBREZA: A ASCENSÃO DO SUL

A pobreza é um fenômeno mundial, mas está mais presente no Sul do que no Norte do mundo. O PNUD 2013 verifi-

cou que houve redução da pobreza nos países sulistas, apontando o fenômeno da “ascensão do Sul”. No entanto, ainda é alarmante o número de indivíduos miseráveis dentro da população mundial.

Com efeito, percebe-se que existem igualmente problemas mais complexos, partilhados pelo Norte e Sul, como crescente desigualdade em muitos países, quer desenvolvidos, quer em desenvolvimento, ameaçando a retomada global e a sustentabilidade do progresso no futuro, além de limitar a redução da pobreza e suscitar graves preocupações em matéria de ambiente. (PNUD: 2013)

Outrossim, os países do Sul têm estimulado o crescimento econômico mundial, contribuindo para o crescimento de outras economias em desenvolvimento, reduzindo a pobreza e aumentando a riqueza em grande escala. Contudo, segundo o PNUD (2013), essa região demonstrou que políticas públicas bem elaboradas e a preponderância do desenvolvimento humano podem abrir caminho às oportunidades latentes nas suas economias, facilitadas pela globalização.

Embora a maioria dos países em desenvolvimento tenha tido um bom desempenho, um grande número realizou progressos particularmente significativos — o que se pode apelidar de “ascensão do Sul”. Registraram-se rápidos avanços

em alguns dos países de maior dimensão, nomeadamente o Brasil, China, Índia, Indonésia, África do Sul e Turquia. Contudo, verificaram-se também progressos substanciais em economias menores, como Bangladesh, Chile, Gana, Maurícia, Ruanda e Tunísia. (PNUD 2013: 1)

Outro fator percebido foi o rápido crescimento da população escolarizada em grande parte do Sul, tornando mais premente a criação de emprego em larga escala. Os países do Sul que registram baixas taxas de dependência só poderão gerar, de futuro, um “dividendo demográfico” se o aumento da população ativa for acompanhado por um crescimento igualmente rápido das oportunidades de emprego. Se não estiverem disponíveis empregos dignos em número suficiente para dar resposta a essa procura demográfica, poderá surgir, “como consequência, uma crescente agitação civil, como o demonstram as insurreições lideradas pelos jovens quando da Primavera Árabe.” (PNUD: 2013)

Diante disso, verifica-se que o aumento da taxa de desemprego nas áreas do Sul resulta na imigração desses indivíduos para a região Norte. Essa busca por melhores condições de vida acaba por desencadear a redução das garantias trabalhistas do proletário externo e o acirramento das tensões sociais des-

ses com o proletariado interno.

Nesse diapasão, Harvey (2010) contribui com um dado histórico sobre a distribuição internacional da mão-de-obra. Com efeito, nos países em que o capital estava bem desenvolvido, o trabalho era bem organizado, razoavelmente bem pago e tinha influência política, o sistema capitalista precisava de acesso a fontes de trabalho mais baratas e mais dóceis. Assim, foram utilizadas uma série de estratégias, dentre elas o estímulo à imigração. O Ato de Imigração e Nacionalidade de 1965, que aboliu as cotas de origem nacional, permitiu o acesso ao capital dos Estados Unidos à população excedente global (antes apenas europeus e caucasianos eram privilegiados). No fim dos anos 1960, o governo francês começou a subvencionar a importação de mão de obra da África do Norte, os alemães transportaram os turcos, os suecos trouxeram os iugoslavos, e os britânicos valeram-se dos habitantes do seu antigo império.

Entretanto, em 1982, sob o viés de uma política de controle da inflação, a taxa de desemprego americana subiu para mais de 10%. Com isso, os salários estagnaram. Esse fenômeno foi acompanhado por uma política de criminalização e encarceramento dos pobres, que colocou mais de 2 milhões atrás das grades até 2000. (Harvey 2010)

A imigração faz parte de um problema maior, onde existe uma parcela da comunidade internacional que atua em

função unicamente de seus interesses, permitindo e até provocando “situações limites de exclusão e marginalização social.” Mas existe uma lógica contrária, de inclusão e reconhecimento dos sujeitos (de todos eles), capaz de proporcionar uma condição digna de vida (RUBIO 2010: 83).

Esta claro, porém, que o parâmetro de quem controla esta ordem não é este. Segundo os casos e em função de interesses pessoais e concretos, existem alguns- os privilegiados dos países centrais e a elite dos países periféricos e semi-periféricos- que, sim, possuem o direito de transladar-se de um lugar a outro, sem importar as causas. O resto, que é a grande maioria, não o possui, em que pese seja, pela sobrevivência, o elemento condicionante de seus deslocamentos. [...] As razões de equilíbrio e competição que exigem a sistema de mercado demarcam os limites dos direitos e o espaço de não direito dos seres humanos (RUBIO 2010: 83-84).

Os grupos considerados como riscos ao capitalismo, são vítimas da chamada “fragmentação” (RUBIO 2010: 85), onde se utiliza da conhecida prática do “dividir para conquistar.” Assim, estes

grupos não tem uma “visão total, permitindo-lhes entender os mecanismos de exclusão social” (RUBIO 2010: 85). Eis aí o dualismo que, por vezes, se utiliza do discurso do global e universal e por outras, do discurso local e particular:

Com o problema da imigração temos um exemplo significativo. É verdade que, devido ao processo expansionista do ocidente pelo mundo, também surgem como reações identidades defensivas frente ao que se considera ameaça. Nem todas têm que ser positivas e com um aspecto emancipador, mas, quando, por razões de necessidade, as pessoas necessitam mudar-se e transpassar fronteiras por situações provocadas, em grande parte, pela aplicação de um péssimo modelo de desenvolvimento elaborado pelo Fundo Monetário Internacional, pelo Banco Mundial ou pelos Sete Grandes junto com suas empresas transnacionais, o Ocidente rechaça-a e apela à dimensão nacional para proteger a seus cidadãos reconhecendo seus direitos. Os estrangeiros, que são considerados inúteis para o mercado, sequer são lembrados (RUBIO 2010: 86).

O aspecto relativo à produção industrial e ao comércio internacional entre as regiões Norte e Sul demonstra que, ao longo dos últimos anos, houve uma reorientação da produção mundial, cada vez mais destinada ao comércio internacional, o que em 2011 representava perto de 60% do produto mundial. Os países em desenvolvimento têm desempenhado aqui um grande papel: entre 1980 e 2010, aumentaram a sua participação no comércio mundial de mercadorias de 25% para 47% e a sua participação no produto mundial de 33% para 45%. As regiões em desenvolvimento também têm reforçado as suas relações: entre 1980 e 2011, o comércio Sul-Sul aumentou de menos de 8% do comércio de mercadorias mundial para mais de 26%. (PNUD 2013)

Nos países do Sul, o rendimento, a dimensão e as expectativas da classe média aumentam rapidamente. Entre 1990 e 2010, a quota-parte do Sul na classe média mundial cresceu de 26% para 58%. Segundo as projeções, até 2030, mais de 80% da classe média mundial viverá no Sul e será responsável por 70% de todas as despesas de consumo. (PNUD 2013: 14)

A elaboração de estudos empíricos mundiais, comparando o desenvolvimento dos países, não só no viés eco-

nômico, mas também no que tange ao desenvolvimento humano, importa em acompanhar a eficácia do tratamento da comunidade internacional no esforço de reduzir as desigualdades regionais. A tendência de redução da pobreza, que é acompanhada pelo desenvolvimento educacional e econômico da região Sul, demonstra que, apesar de se estar longe de eliminar o problema, também não houve retrocesso social.

Nesse sentido, Amartya Sen (2010) compreende que o esforço para a eliminação mundial da pobreza protagoniza, atualmente, o debate sobre desenvolvimento econômico. Assim, a eliminação mundial da pobreza e de outras carências sociais e econômicas veio a ocupar o centro do palco no engajamento global em favor dos direitos humanos, às vezes tendo filósofos à frente, como Thomas Pogge. Além disso, o rápido aumento do interesse por esse tema também teve um impacto nas reivindicações de reformas políticas. Com efeito, o reconhecimento global da pobreza endêmica e da desigualdade sistêmica como sérias preocupações dos direitos humanos exerceu pressão nos países individuais para a realização de reformas democráticas internas e deixou clara a necessidade de diretrizes institucionais internacionais mais justas e eficazes.

Ressalte-se que economistas modernos (SACHS 2005) advertem con-

tra o “liberalismo de coração mole” com base na teoria de que a “vida real” é competição e luta, de “natureza vermelha em unhas e dentes”, na metáfora evocativa de Tennyson. Dessa forma, o chamado “darwinismo social” sustenta que o progresso econômico é a história de competição e sobrevivência dos mais aptos. Alguns grupos dominam; outros ficam para trás. No fim, a vida é uma luta e o mundo de hoje reflete o resultado dessa luta. Contudo, a história demonstrou que o afastamento do Estado não resultou em desenvolvimento econômico, mas sim em dominação de grupos fortalecidos sobre os vulneráveis. Dessa forma, a atuação estatal em conjunto com o setor privado é imprescindível para o desenvolvimento mais igualitário da sociedade.

Embora boa parte da teoria econômica do livre mercado tenha defendido essa concepção, a partir de Adam Smith economistas reconheceram que competição e luta são apenas um lado da vida econômica e que confiança, cooperação e ação coletiva na provisão de bens públicos são o outro lado da medalha. Assim como a tentativa comunista de banir a competição da cena econômica via propriedade estatal fracassou redondamente, o mesmo

aconteceria com uma tentativa de gerir uma economia moderna com base apenas nas forças do mercado. Todas as economias bem-sucedidas são mistas, utilizando tanto o setor público como o privado para conseguir o desenvolvimento econômico. Expliquei as razões teóricas subjacentes pelas quais mercados e competição sozinhos não proporcionarão níveis eficientes de infraestrutura, conhecimento, gestão ambiental e bens. Assim como isso é verdade para cada país, o mesmo vale internacionalmente. Sem cooperação, muitas economias nacionais não oferecerão níveis eficientes de investimento em infraestrutura supranacional, conhecimento, gestão ambiental ou bens de mérito entre os pobres do mundo. (SACHS 2005: 371-372)

Com isso, apresentam-se como positivos os indicadores sociais referentes ao Sul, mas também apontam-se desafios que ultrapassam o objetivo de redução da pobreza para a utopia de eliminação mundial do fenômeno. Nesse viés, surgem políticas de tratamento que extrapolam o fator econômico como causa da pobreza, considerando aspectos mais complexos e imprevisíveis.

CAPITAL SOCIAL E TEORIA DAS CAPACIDADES: novas abordagens da pobreza

A apresentação das causas e da geografia da pobreza principiam a compreensão de que o tratamento desse fenômeno ultrapassa o fator de ter ou não dinheiro. Assim, convém abordar quais são os verdadeiros desafios a serem enfrentados pelos Estados para que possam propor instrumentos eficazes de emancipação do cidadão, deixando de lado a velha política de criminalização da pobreza.

Na linha da visível recessão que atravessam os países mais ricos, em especial os Estados Unidos e alguns da Europa, Graziano Sobrinho (2010) aduz que os efeitos da economia liberal estão sendo sentidos em todos os quadrantes, especialmente pelos índices de desemprego em massa, pobreza e xenofobia. Para manter essa massa de desempregados ou de subempregados, consequências diretas do capitalismo globalizado, é que o Estado tem utilizado seu braço coercitivo de controle social: monopólio legalizado do emprego da violência física, leis penais cada vez mais rígidas e controle do desvio.

Com efeito, Schmidt (2006) compreende que, em que pesem as notáveis diferenças entre os países, a pobreza tem um traço comum em todos os continentes, constitui uma cultura. Assim, a cultura da pobreza, essa prisão em que a sociedade encerra as pessoas,

transcende as diferenças de língua, raça e tradição. Por isso, em qualquer lugar do mundo não se cura a doença da pobreza simplesmente distribuindo recursos. É necessária uma metodologia apoiada na compreensão de que se trata de um fenômeno complexo, com raízes na economia, na política, na cultura e nas relações sociais.

Nesse diapasão, convém colacionar um conceito de intrínseca relação com a pobreza e a dificuldade de eliminá-la: o capital social. Esse pode ser compreendido como instrumento que os indivíduos possuem para acessarem recursos socialmente valorizados em virtude de suas relações com outras pessoas. Para SCHMIDT (2006), tal recurso – na forma de informações, apoios, conhecimentos – constitui “capital” por habilitar o seu proprietário (indivíduo, grupo ou comunidade) a acessar outras formas de capital, a posições sociais valorizadas, cargos, riquezas, emprego, entre outras; e é “social” porque é acessível apenas dentro de uma rede de relações.

Diversos autores entendem que a riqueza está associada ao capital social no sentido de integração a redes sociais variadas e fartas em recursos (conhecimentos, informação, relações com pessoas influentes e de poder aquisitivo elevado). A pobreza está associada à participação em um número menor

de redes e com menos recursos. Ser rico e possuir mais capital social representa uma vantagem competitiva imensa na competição por recursos escassos, pois o capital social facilita a aquisição de capital humano, simbólico e prestígio social. (SCHMIDT 2006: 1764)

Ademais, SCHMIDT (2006) aduz que o capital social dos pobres é fator de coesão e um impulso para a ação coletiva. Mutirões de limpeza e de construção de moradias, auxílio mútuo em caso de doenças ou acidentes, manutenção coletiva de igrejas e escolas, ações de reivindicação de melhorias junto a autoridades, são exemplos de algumas ações comuns em comunidades pobres dos vários continentes.

A ideia de capital social é preponderante nas pesquisas que determinam a metodologia a ser adotada no enfrentamento da pobreza. Assim, a abordagem sobre as bases das políticas públicas dessa área pressupõe o conhecimento das principais redes de relacionamento que conectam os indivíduos dentro da sociedade, demonstrando que o fato de ser pobre tem significado, de acordo com diversas pesquisas, que suas principais relações ocorrem com indivíduos igualmente pobres.

A literatura do capital social conseguiu produzir um

impacto significativo no modo de entender a pobreza e das estratégias apropriadas para combatê-la por parte de organismos internacionais. Órgãos como o Banco Mundial, a ONU e afiliados fazem do capital social o núcleo da estratégia de combate à pobreza no mundo, revisando conceitos e reorientando suas ações. A real transformação da prática a partir desse novo discurso e a eficácia das ações patrocinadas a partir dele são discutíveis, mas não há dúvida de que é um fenômeno inovador e merecedor da atenção dos pesquisadores. (SCHMIDT 2006: 1772)

Já na abordagem das capacidades, a vantagem individual é julgada pela capacidade de uma pessoa para fazer coisas que ela tem razão para valorizar. Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco, neste caso, é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de

capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades “abrangentes”, e não apenas se concentrando no que acontece na “culminação”. (SEN 2010)

É importante ressaltar algumas características específicas dessa abordagem que devem ser esclarecidas a fim de evitar interpretações equivocadas. Assim, a abordagem das capacidades aponta para um foco “informacional para julgar e comparar vantagens individuais globais, e não propõe, por si mesma, qualquer fórmula específica sobre como essa informação pode ser usada”. (SEN 2010: 266)

Com efeito, Amartya Sen (2010) aduz que os diferentes usos das capacidades podem surgir em função da natureza das questões que estão sendo abordadas (por exemplo, políticas que tratam respectivamente da pobreza, da incapacidade ou da liberdade cultural) e, em função da disponibilidade de dados e material informativo que podem ser usados.

A abordagem das capacidades é uma abordagem geral, com foco nas informações sobre a vantagem individual, julgada com relação à oportunidade, e não um “design” específico de como uma sociedade deve ser organizada. Nos últimos anos, Martha Nussbaum e outros têm feito

excelentes contribuições em matéria de avaliação social e política através da vigorosa utilização da abordagem das capacidades. A plenitude e os resultados definitivos dessas contribuições têm de ser distinguidos a partir da perspectiva informacional em que se baseiam. (SEN 2010: 266)

Outrossim, a perspectiva da capacidade aponta para a relevância central da desigualdade de capacidades na avaliação das disparidades sociais, mas não propõe, por si própria, uma fórmula específica para as decisões sobre políticas. Por exemplo, ao contrário de uma interpretação articulada com frequência, a utilização da “abordagem das capacidades na avaliação não exige a subscrição às políticas sociais que visam exclusivamente igualar as capacidades de todos, não importando as outras consequências que essas políticas possam ter.” (SEN 2010: 267).

Com isso, ao julgar o “progresso agregado de uma sociedade”, a abordagem das capacidades se centraria na enorme importância da expansão das capacidades humanas de todos os membros da sociedade, não estabelecendo, contudo, plano algum para lidar com os conflitos entre, por exemplo, considerações agregativas e distributivas (embora a agregação e a distribuição sejam avaliadas com relação a capacidades). Ainda assim, a

“escolha de um foco informacional” – a concentração das capacidades – pode ser muito importante para chamar a atenção para as decisões que teriam de ser feitas e a análise de políticas que precisa levar em conta o tipo correto de informação. (SEN 2010: 267)

Considerando as ideias de capital social e de capacidades, importa apresentar as características principais da atuação estatal. Inicialmente, tem-se que essa ocorre com a utilização de políticas públicas, as quais são instrumentos interventivos aptos a possibilitar a mudança social. Ademais, a elaboração dessas políticas deve ser feita em conformidade com o interesse público.

Nesse sentido, a própria construção da ideia de interesse público necessita de uma ação coletiva entre os diversos setores e atores sociais, tornando o processo de formulação de uma política pública um verdadeiro espaço para a deliberação entre a ação estatal e sociedade civil, no qual as trocas entre ações, interesses e prioridades deverão atuar como interlocutores dessa ação. É desse debate aberto, com argumentos voltados ao interesse público, o qual leve em conta o maior número de possibilidades, que se deve pensar a formulação de uma

“boa política pública”. No debate público, os argumentos individuais tendem a não ser expostos por seu caráter parcial, ou, se expostos, tendem a ser refutados pelo público. (BITENCOURT 2013: 50)

Nesse viés, a Organização para a Cooperação Econômica e Desenvolvimento (OCDE) aponta os seguintes fatores como causadores da ineficiência das políticas públicas: a crescente escassez de recursos no setor público; a percepção de que o estilo de governo está se tornando mais complexo; a importância do mercado internacional; a orientação de curto prazo do processo decisório, devido à curta duração dos ciclos eleitorais; a insuficiência de mecanismos transparentes de informação e de avaliação; e os problemas de implementação em um contexto de fragmentação institucional. (MARTINS 2006: 275-276)

Com efeito, Martins (2006: 276) aponta a fragmentação como uma das principais características negativas de uma política pública. Assim, o autor aduz que ela “é o resultado de um processo descoordenado, inconsistente e incoerente de formulação/implementação de políticas, programas ou projetos. A fragmentação pode ser atribuída à falta de coerência, consistência e coordenação.”

Martins (2006) compreende, ainda, que a coerência nas políticas públicas, por sua vez, tem três dimensões: ho-

rizontal (assegurar que os objetivos individuais e as políticas desenvolvidas por várias entidades se reforcem mutuamente), vertical (assegurar que as práticas das agências, autoridades e órgãos autônomos se reforcem mutuamente com os compromissos políticos mais amplos) e temporal (assegurar que as políticas continuem sendo efetivas ao longo do tempo e que as decisões de curto prazo não oponham aos compromissos de longo prazo).

Diante disso, uma teoria multiparadigmática da fragmentação de políticas comunga dos pressupostos normativos da perspectiva institucional-racionalista, ao mesmo tempo em que reconhece a natureza empírica disruptiva dos processos de formulação e implementação de políticas. Dessa perspectiva, os processos de formulação e implementação de políticas são considerados problemáticos, sujeitos à fragmentação, embora passíveis de convergência. A racionalidade, ainda que limitada, sujeito a uma série de restrições, deve ser buscada; estruturas podem e devem ser, em alguma extensão, otimizadas para produzir resultados mais convergentes com os propósitos visados. Em suma, a principal proposição causal/associativa de uma teoria da fragmentação de políticas públicas dá-se entre estruturas e processos: arranjos estruturais fragmentadores geram processos fragmentadores, que, por sua vez, geram políticas fragmentadas. Essa é a lógica do mecanismo causal a

que se referiu Scharpf (*apud* MARTINS 2006) como parte essencial da construção teórica modular.

Com isso, compreende-se a necessidade de resgatar a dimensão de projeto nacional, preferencialmente expresso sob a forma de um plano de desenvolvimento, mais abrangente do ponto de vista temático e temporal que um plano de governo, sem prejuízo de formas de promoção do pensamento estratégico. Para Martins (2006), esse plano deve ser uma referência estratégica e programática dinâmica e flexível.

Assim, visualiza-se a importância de um sistema de planejamento que suporte a gestão do plano, desdobrando-o em objetivos e metas e proporcionando meios para sua revisão, monitoramento e avaliação. Ademais, importa que o sistema de planejamento esteja conectado com as organizações governamentais de tal forma que a implementação dos programas de governo seja inserida nas suas agendas programáticas.

CONCLUSÃO

A verdadeira causa e manutenção da pobreza na região latino-americana foi a forma como os países colonizados foram integrados à Revolução Industrial, chamada de atualização histórica. Essa, foi imposta pelos agentes externos de dominação e pelas camadas privilegiadas internas. Visualiza-se, assim, a justificativa para que essa região seja tão atrasada em relação aos Estados Unidos

e ao Canadá, restando inapropriada a expectativa de desenvolvimento espontâneo da América Latina.

A distribuição geográfica da pobreza ainda é desigual, restando ao Sul o maior número de indivíduos. Apesar dessa região ter ascendido, segundo as últimas pesquisas, surge o desafio de criação de empregos para os jovens mais bem qualificados profissionalmente. Já o Norte está lidando com questões relativas à imigração advinda do Sul, acrescida dos efeitos da crise capitalista de 2008, a qual proporcionou à região uma drástica redução de direitos sociais historicamente conquistados.

A utilização de novas ideias na compreensão da pobreza possibilita a reorientação do tema do fato de ter ou não dinheiro para estudos mais específicos a cada forma de pobreza. Assim, será possível municiar as políticas públicas com novos dados para enfrentar o problema.

A proteção social dos indivíduos mais vulneráveis tornou-se uma constante no âmbito das Cartas elaboradas no contexto do constitucionalismo contemporâneo. Contudo, a efetividade desse novo paradigma depende da elaboração e da implementação de uma adequada política pública, a qual requer, invariavelmente, a aplicação de recursos públicos. Do contrário, relegariam-se os dispositivos constitucionais à instância de meras cartas de boas intenções, no lugar de verdadeiras cláusulas de transformação social. Descreve-se,

assim, o grande desafio do Estado contemporâneo: estimular o crescimento econômico em conjunto com o desenvolvimento humano. Essa dupla expansão não ocorre na América Latina, uma vez que o capital financeiro emigra para outro país sempre que as condições do mercado desfavorecem sua permanência. Com isso, o objetivo estatal de arrecadar mais para implementar melhores políticas públicas não é viabilizado, dentre outros motivos, pelo deslocamento constante e incontrolável do capital financeiro internacional.

A pobreza é um tema recorrente nas pesquisas de diversos organismos internacionais, movendo inúmeras ações que objetivam sua redução ou eliminação. O ensaio buscou justificar a necessidade de implementação de políticas públicas elaboradas sob a égide de novos paradigmas, possibilitando o tratamento específico do fenômeno da pobreza, conforme as peculiaridades de cada local. Diante disso, espera-se ter contribuído para cumprir o papel que cabe à academia, qual seja, acirrar o debate, refutar determinados mitos e teses equivocadas, explicitar as divergências, tudo com base em um pensamento crítico alternativo.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. **A Constituição Dirigente e a Constitucionalização de Tudo** (ou do nada). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SAR-

MENTO, Daniel. (Coord.). **A constitucionalização do direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 168 e ss.

BITENCOURT, Caroline Muller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BRANDÃO, Rodrigo. **São os Direitos Sociais Cláusulas Pétreas? Em que Medida**. In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). **Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Atlas, 2013.

GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **Globalização e sociedade de controle: a cultura do medo e o mercado da violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

HARVEY, David. **O enigma do capital e as crises do capitalismo**. Tradução: João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2010.

IPECE. **Entendendo os principais indicadores sociais e econômicos**. FREIRE JUNIOR, José; MEDEIROS, Cleyber Nascimento; SULIANO, Daniel Cirilo; CARVALHO, Eveline Barbosa Silva; MAGALHÃES, Klinger Aragão; TROMPIERI NETO, Nicolino (org.). Fortaleza: IPECE, 2010.

MARTINS, Humberto F. **Fragmentação e intersetorialidade: em busca de uma agenda da integração**. In: LEVY, Evelyn; DRAGO, Pedro A. (org.)

Gestão pública no Brasil contemporâneo. São Paulo: Fundap, 2006.

NADER, Paulo. **O ordenamento jurídico e as transformações sociais.** In: NEVES, Thiago Ferreira Cardoso (org.). *Direito e Justiça Social: por uma sociedade mais justa, livre e solidária: estudos em homenagem ao Professor Sylvio Capanema de Souza.* São Paulo: Atlas, 2013.

PNUD. **Relatório do Desenvolvimento Humano 2013.** Disponível em: < http://www.pnud.org.br/arquivos/hdr13_summary_pt_web.pdf >. Acesso em: 01 de nov de 2014.

RIBEIRO, Darcy. **As Américas e a civilização: processo de formação e causas do desenvolvimento desigual dos povos americanos.** São Paulo: Companhia das letras, 2007.

RUBIO, David Sánchez. **Fazendo e desfazendo direitos humanos.** Tradução: Clóvis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010.

SACHS, Jeffrey. **O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos vinte anos.** São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. **Exclusão, inclusão e capital social: o capital so-**

cial nas ações de inclusão. In: LEAL, R.; REIS, J. R. *Direitos Sociais e políticas públicas 6.* Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

SCHWARZER, Helmut. **O Programa Bolsa Família e sua relevância para o conceito de Piso de Proteção Social da OIT.** In: CAMPELLO, Tereza (org.). Brasília: IPEA, 2013.

Tatiani de Azevedo Lobo

Mestranda em Direito pelo PPGD - UNISC - com Bolsa Capes. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, vinculado ao PPGD - UNISC. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense - UFF.

Marli M. Moraes da Costa

Pós-Doutora em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Burgos/Espanha, com Bolsa Capes. Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

LAS CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO COMO HERRAMIENTAS DE INTERVENCIÓN POLÍTICA: sus orígenes

Maximiliano N. Campana

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Córdoba.

E-mail: maxicampana@gmail.com

RESUMEN

Cada vez más en Argentina y en América Latina, distintos grupos comienzan a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico con el fin de visibilizar sus demandas y reivindicaciones, haciendo del poder judicial un espacio de disputas políticas y sociales. El presente artículo tiene por finalidad evidenciar los orígenes y desarrollo temprano de esta nueva modalidad de intervención política en los Estados Unidos, con el fin de reflexionar sobre sus potencialidades y posibles limitaciones que las mismas pueden tener.

Palabras clave: judicialización, litigio estratégico, campañas de litigio

ABSTRACT

Increasingly, in Argentina and Latin America, different interest groups have started to design and implement strategic litigation campaigns in order to bring attention to their demands and the judiciary has crossed into the political and social arenas to settle these disputes. This article outlines the origins and early development of strategic litigation campaigns as a new form of political intervention in the United States, and explores the strengths and possible limitations that these campaigns may have.

Keywords: judicialization, strategic litigation, litigation campaigns.

INTRODUCCIÓN

El 10 de noviembre del año 2009, una jueza de la ciudad de Buenos Aires resolvía sobre la inconstitucionalidad del Código Civil en cuanto impedía *que los señores Alejandro Freyre y José María Di Bello puedan contraer matrimonio*¹. Esta sentencia puso en jaque la institución matrimonial, la que establecía que la misma podía ser celebrada solo entre parejas heterosexuales, y que desencadenaría en el dictado de la ley 26.618, conocida como “ley de matrimonio igualitario”.

Lo cierto es que esta victoria judicial no se dio en el vacío, sino que fue el resultado de una campaña de litigio estratégico minuciosamente planificada, campaña que fue lanzada en el año 2007 por la recientemente creada Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y que tenía por finalidad el reconocimiento legal del matrimonio a parejas del mismo sexo (Bimbi, 2010). Esta sentencia se constituyó en la primera victoria política y jurídica importante por parte del movimiento de la diversidad sexual en Argentina, y fueron los tribunales argentinos quienes comenzaron a ocupar un lugar central en las disputas por los significados de familia, igualdad, sexualidad y reproducción, y el poder judicial se consolidó como un campo para esta-

blecer además demandas políticas.

Si bien el movimiento de la diversidad sexual ha sido bastante efectivo en el diseño y ejecución de campañas de litigio estratégico (puede mencionarse también la campaña por el reconocimiento de por la identidad de género del colectivo trans), no ha sido el único. Otros movimientos tales como el pro-vida (Campana, 2015), o aquellos que luchan por el avance de los derechos humanos, derechos colectivos y delitos de lesa humanidad (CELS, 2008) también han sido muy activos en la utilización de este tipo de campañas de litigio como manera de intervención política, ya sea para el avance u obstrucción de derechos. Además, este fenómeno no se ha limitado al caso argentino, sino que este tipo de campañas de litigio han sido desarrolladas en distintos países de América Latina, siendo impulsadas principalmente por financiadores internacionales tales como la Fundación Ford (Frühling, 2000).

Entiendo entonces como “campañas de litigio estratégico” al conjunto coordinado y sostenido de maniobras jurídico-políticas llevadas a cabo por grupos y organizaciones nucleados en torno a ciertas causas, que tienen por finalidad generar cambios que beneficien al colectivo que representan. Lo que caracteriza a estas maniobras es el hecho que son desarrolladas en el seno poder judicial, con la lógica, las reglas y los actores del campo jurídico (es decir, a

1 El fallo completo puede ser consultado en el siguiente link: <http://www.lgbt.org.ar/00-fallo.php> (último acceso: 22/12/2015).

través de acciones judiciales). Los fines perseguidos de estas campañas pueden variar enormemente, y van desde dar visibilidad a ciertas demandas específicas hasta modificar determinadas pautas culturales de la sociedad. La idea se vincula con que el derecho es un sistema social que recepta principios generales y normas específicas de ciertas sociedades, y que es posible que determinadas normas específicas contraríen esos principios más generales afectando negativamente a determinados grupos y favoreciendo desproporcionadamente a otros. Con esta idea en mente, y por medio de estas campañas, se ponen en consideración del poder judicial estas inconsistencias jurídicas a fin de que se proceda a restablecer la primacía de estos principios más generales (como son las cláusulas constitucionales vinculadas a la igualdad ante la ley, el derecho a la privacidad, a la no discriminación o al debido proceso) e igualar así la posición de ciertos grupos con relación a otros.

Estas campañas están cada vez más presente en las agendas de grupos y organizaciones sociales, pues ven en ellas una forma efectiva de visibilizar y debatir públicamente sus demandas y reivindicaciones y obtener respuestas por parte de algún órgano del Estado, produciendo efectos tantos directos (como es el dictado de una sentencia favorable, y el consiguiente diseño de políticas públicas o reconocimiento de derechos) como indirectos o simbólicos (como es

el de generar cambios en las percepciones sociales y políticas con relación al colectivo que representan).

Ahora bien, todas estas campañas han sido el resultado de un modelo de litigio específico, que surgió en un determinado momento y lugar. El presente artículo tiene por finalidad describir los orígenes de estas campañas, el contexto donde surgió a fin de entender sus potencialidades y deficiencias que su implementación puede tener en América Latina.

Las primeras campañas de litigio estratégico

Las primeras campañas de judicialización de causas tendientes a persuadir al poder judicial sobre cómo debía interpretarse la Constitución (y cómo debían protegerse los derechos que la Constitución establecía) se dieron en Estados Unidos a finales del siglo XIX. Que se dieran en este país se debió principalmente al contexto (la importante industrialización que este país venía sufriendo, junto a cambios demográficos, territoriales y sociales) y a la cultura jurídica dominante (caracterizada por un sistema basado en el estricto seguimiento y aplicación de los precedentes judiciales).

Obtener decisiones judiciales que determinaran cómo debían interpretarse y protegerse los derechos reconocidos en la Constitución se convirtió en el principal objetivo de varios grupos (económicos o políticos), y una vez ob-

tenidas, estas decisiones eran leídas en términos de victorias o derrotas políticas. El poder judicial se comenzó a configurar así como el actor político clave cuando debían protegerse derechos que habían sido vulnerados por parte de los otros poderes constituidos, lo que le significó reconocimientos y repudios de diversos sectores, y lo colocó en un lugar privilegiado de la política nacional. Según Epp (2013), antes de 1915 fueron las cuestiones administrativas y comerciales las que dominaron el campo del litigio constitucional, debido a que eran las organizaciones de negocios quienes poseían la capacidad económica de afrontar dichos desafíos. Sin embargo, hubo importantes cambios que modificaron sustancialmente la cultura jurídica y el campo judicial. A continuación examinaremos cómo se pasó de un modelo de campañas orientadas a la protección de intereses económicos a otro orientado al reconocimiento y protección de derechos de grupos socialmente vulnerables.

Primeras campañas de litigio estratégico: Los “Casos de Granger”

Como ha sido documentado, durante el siglo XIX y los primeros años del siglo XX existieron verdaderas campañas que pusieron su énfasis en el litigio estratégico con la finalidad de influir en ciertas regulaciones estatales (Cortner, 1993; Epp, 2013). Estas campañas se dieron en el mar-

co de lo que algunos historiadores denominaron “la revolución administrativa del mundo de los negocios estadounidenses”² (Sklar, 1988). Esta revolución administrativa que se dio en el seno de las empresas estadounidenses dio origen a las primeras organizaciones con capacidad económica y el tiempo necesario para emprender batallas legales y hacer frente así a la cada vez mayor regulación estatal por parte de este gobierno norteamericano. La idea era sencilla: era necesario conseguir antecedentes jurisprudenciales a fin de evitar que las nuevas regulaciones afectaran sus ganancias. En este sentido, *la nueva estructura administrativa daba a las empresas la capacidad de planear estratégicamente y asignar recursos a la instrumentación de proyectos estratégicos a largo plazo* (Epp, 2013: 85).

² Según refiere Epp (2013) en relación con esta revolución. Hasta 1870, la mayoría de las empresas eran organizaciones operadas por pequeñas familias con estructuras no burocráticas y con unos pocos gerentes profesionales. A partir de 1870, durante lo que los historiadores económicos llamaron la “revolución administrativa”, el sector comercial estadounidense comenzó a convertirse a gran velocidad en un conjunto de organizaciones estructuradas en forma burocrática y administradas por profesionales. En los Estados Unidos la revolución administrativa comenzó y floreció primero en la industria del ferrocarril desde 1870; en la década de 1880, se extendió a áreas de la economía relacionadas con la producción de bienes; a finales de la última década del siglo, ya estaba operándose una revolución de fusiones en la que empresas burocráticas se unían para formar organizaciones aún mayores. A mediados del segundo decenio del siglo XX, la revolución administrativa había terminado y el nuevo paisaje de las estructuras organizacionales mostraba enormes transformaciones en muchos sectores de la economía estadounidense (p. 84).

De todas estas campañas, quizás la más interesante (y mejor documentada) fue la llevada a cabo por las empresas de ferrocarril, quienes utilizaron los nuevos diseños organizacionales para emprender un conjunto de acciones judiciales a fin de influir en las regulaciones estatales que lo afectaban. Así, entre 1880 y 1900 *una cantidad de organizaciones de este nuevo tipo dedicó recursos significativos a campañas de litigación destinadas a influir en la orientación de las regulaciones gubernamentales* (Epp, 2013: 85).

Richard Cortner (1993) examina las enormes campañas de litigio llevadas a cabo por las empresas ferroviarias en contra de las leyes de Granger –las cuales eran normas estatales que sometían a estas empresas a una regulación de sus tasas por parte del Estado-. Este autor, analizando el período 1877-1913, pone su énfasis en tres casos originados en el estado de Minnesota y cuyas decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos (en adelante CSEU) modificaron sustancialmente el contenido de la decimocuarta enmienda vinculada a protección constitucional del debido proceso judicial. Para ello, él parte de las sentencias de la CSEU que fueron consecuencia de la judicialización de las leyes de Granger (conocidos como “los Casos de Granger”) en donde las empresas ferroviarias

perdieron su primera batalla importante en 1877, cuando este tribunal sentenció en el caso *Munn v. Illinois* que la propiedad privada que afectaba al interés público podía estar sujeta a la regulación del Estado.

Bastante decepcionadas con el resultado de *Munn* las empresas de ferrocarriles comenzaron a buscar una oportunidad para revertir dicho precedente. En consecuencia, ellas reaccionaron agresivamente a una ley de Minnesota de 1887 que daba a la Comisión de Ferrocarriles y Depósitos una autonomía regulatoria sin precedentes. Insistiendo que la nueva normativa los privaba de su derecho de propiedad afectando su derecho al debido proceso, varias empresas primero, y sin éxito, se presentaron ante juzgados estatales y luego, con la cooperación de Moses E. Clapp, procurador general de Minnesota, apelaron dos de los casos ante la CSEU.

Por suerte para estas empresas, la composición de la Corte se había modificado desde el caso *Munn*. El cambio más importante fue la incorporación del juez David J. Brewer, quien como juez federal había rechazado los Casos de Granger reconociéndole el derecho a las empresas ferroviarias al debido proceso en un caso contra Iowa. En consecuencia, y por mayoría, la CSEU revirtió en 1890 el antecedente de *Munn*. Al sentenciar en los dos casos testigos de Minnesota –*Chicago, Milwaukee & St. Paul Railroad v. Minnesota* y *Minneapo-*

lis Eastern Railway Co. v. Minnesota- la CSEU aceptó los argumentos de estas empresas en que la determinación de las tarifas debía ser sometida a la revisión judicial por violar la clausula constitucional del debido proceso.

Si bien estas nuevos precedentes tendrían importantes consecuencias en contiendas judiciales posteriores, es interesante remarcar que la campaña de litigio estratégico (de tipo comercial y marcadamente conservadora) llevada a cabo por las empresas de ferrocarriles estadounidenses a finales del siglo XIX, fue similar a campañas posteriores llevadas a cabo por diversos grupos de interés y que inspirarían diversas teorías que intentaron abordar el fenómeno del diseño de campañas de litigio estratégico en ese país.

Según Epp (2013) el hecho de que los principales litigantes constitucionales durante este periodo sean las grandes corporaciones se debió fundamentalmente a *que eran casi las únicas entidades con suficiente capacidad de organización y recursos necesarios para hacerlo* (p. 86). Sin embargo, también reconoce el importante rol que cumplieron los abogados estadounidenses de la época, y cuya práctica profesional respondía a los intereses de las grandes corporaciones. El perfil de los abogados estadounidenses del siglo XIX ya había sido descrito por Alexis de Tocqueville (1963) en su clásica obra “La democracia en América” de 1835, en donde los definía como con-

servadores y antidemocráticos, atraídos por la propia ventaja e interés. Durante la revolución administrativa (que implicó también importantes cambios demográficos, políticos y sociales en el país) surgieron las primeras “corporaciones o bufetes de abogados” que comenzaron a trabajar con la lógica de las empresas comerciales, y a representar sus intereses ante los tribunales. Estos nuevos abogados disfrutaron de importantes ventajas económicas: sus clientes, importantes empresas que necesitaban derogar normativas que restringían su capacidad comercial vieron que estas nuevas “empresas de abogados” tenían la capacidad de ofrecer eficientemente los servicios que estaban necesitando, y a cambio de dinero, ellos comprometieron sus energías profesionales “al servicio del capitalismo industrial” (Auerbach, 1976: 36)³.

Es importante destacar que con la jurisprudencia sentada por la CSEU en la campaña de las grandes compañías ferroviarias, y en todo lo vinculado al derecho de propiedad y del debido proceso, este tribunal marcadamente conservador ampliaría enormemen-

3 Por su parte, Abel (1989), entiende que este es un momento clave en el ejercicio de la abogacía estadounidense ya que la profesión legal norteamericana no comenzó a asumir su presente forma hasta finales del siglo XIX (p. 40) y coincide en que durante este primer periodo la práctica profesional estaba fuertemente atada a los intereses corporativos de las grandes empresas y a la fuerte visión liberal y aristocrática del derecho. Además, por entonces, los abogados de mayor prestigio trabajaban para las grandes corporaciones, y en general los que se encontraban en un estrato inferior eran quienes defendían a clientes individuales, o se encontraban debajo de la escala social.

te la interpretación de la cláusula del debido proceso en los Estados Unidos y sería una fuente importante para las campañas de litigio estratégico que vendrían: después de 1937 la CSEU aplicaría la doctrina del debido proceso en temas vinculados al reconocimiento de derechos civiles, en la lucha contra la segregación racial y finalmente, en el caso *Roe v. Wade*⁴ (de 1973) reconocería que el debido proceso involucra derechos sustantivos más allá de aquellos especificados por la carta de Derechos (*Bill of Rights*) (Cortner, 1993).

CAMPAÑAS DE LITIGIO ESTRATÉGICO PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA AMPLIACIÓN DE DERECHOS CIUDADANOS EN ESTADOS UNIDOS. El caso Brown

Los casos de Granger evidenciaron la importancia que los precedentes judiciales podían tener en la arena política y económica del país norteamericano. A partir de entonces se había abierto un nuevo espacio de disputas políticas y económicas, tan importante como las legislaturas o los organismos del poder ejecutivo: los tribunales. Al poder judicial se le comenzó a reconocer un lugar privilegiado en materia política, social y económica y distintos sectores comenzarían a utilizar este

⁴ Se trata del caso judicial por el cual se reconoció en 1973, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en Estados Unidos.

nuevo espacio como un lugar de luchas y reivindicaciones políticas, económicas, ideológicas y sociales.

Si bien el contexto parecía indicar que las cortes estadounidenses eran particularmente permeables a las demandas de los poderosos sectores económicos, cambios en la manera de enseñar en las facultades del derecho generaron nuevos operadores jurídicos (y una nueva cultura jurídica) que hicieron posible que diversas campañas por el reconocimiento y la ampliación de derechos civiles y políticos tuvieran éxito y marcaran la agenda política del país durante todo el siglo XX. El litigio comenzaba a ser entendido como una herramienta que podría utilizarse para el reconocimiento de derechos (y en última instancia, para el cambio social).

La profesión legal en Estados Unidos comenzó a sufrir importantes mutaciones entre fines del siglo XIX y principios del siglo XX. Durante el cambio de siglo, los abogados comenzaron a contemplar “el impacto del cambio social sobre su profesión” (Auerbach, 1976: p. 40). Hasta entonces, este grupo era exclusivamente masculino, anglosajón, protestante, de familias tradicionales y volcado fuertemente a la defensa de los intereses de las grandes corporaciones (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Mack, 2012). Sin embargo, las masivas oleadas de inmigrantes tuvieron un fuerte impacto en el país, trayendo nuevos profesionales al campo jurídico y ge-

nerando una importante estratificación de la profesión: por un lado estaban “respetables *Wall Street Lawyers*” (abogados de corporaciones) y por el otro los “repudiables *Ambulance Chasers*” (correambulancias). Estos últimos, migrantes de orígenes humildes, y en una posición claramente desventajada, eran además constantemente hostigados por los profesionales ya establecidos y por la ABA (*American Bar Association* o Asociación de Abogados Estadounidenses) que decidió emitir cánones de ética profesional (*The Canons*) que les dificultaba enormemente ganarse la vida como abogados (Auerbach, 1976)⁵.

Pero junto con las mutaciones demográficas comenzaron a darse importantes mutaciones en el área de la educación jurídica. El primer cambio importante tuvo que ver con la formalización de los estudios en el área del derecho. Hasta 1880, la formación legal se obtenía principalmente ocupando la posición de aprendiz junto a un abogado ya establecido (Epp, 2013). A partir de ese año, las escuelas de derecho empezaron a suplir el rol de formación jurídica, y para el año 1915 la mayoría de los abogados estadounidenses se ha-

bían formado en las universidades del país (Abel, 1989). Según Epp (2013, 98)

Este cambio tuvo efectos importantes en la profesión. Primero porque la desaparición de la figura del aprendiz y el ascenso de los estudios universitarios desligaron la formación legal de los intereses conservadores de la profesión legal ya asentada y prepararon la base institucional para el desarrollo del estudio teórico de la ley y para los esfuerzos políticos orientados a las reformas.

En este período se produjo una importante multiplicación de las escuelas de derecho: de 28 escuelas con 1600 estudiantes que había en 1870, el número se disparó a más de 100 escuelas con cerca de 13.000 estudiantes para el cambio de siglo. Asimismo, aumentó en un 196% el número de abogados formados en facultades de derecho (Auerbach, 1976)⁶.

El segundo cambio relevante tuvo que ver con la profesionalización docente en las facultades de derecho. Antes de 1870, los profesores eran al mismo tiempo abogados que ejercían

5 Así, sobre los cánones de ética, Auerbach refiere La cruzada ética que produjo la divulgación de los cánones evidenció la hostilidad étnica y de clase social. Los nuevos abogados migrantes judíos y católicos de orígenes humildes fueron confinados a la práctica individual de las zonas urbanas y en la mayoría de los casos su compartamiento carecía de ética profesional porque los entonces establecidos abogados protestantes los habían determinado de ese modo (1976: 50)

6 Durante esos mismos años, se daban los picos más altos de migración a los Estados Unidos: Nuevos inmigrantes del sur y este de Europa entraron por millones en las ciudades estadounidenses. Para muchos de ellos, especialmente para sus hijos, acceder a la profesión legal se convirtió en un símbolo de acceso a la democracia norteamericana. El nexo entre el derecho y la política convirtió a la carrera de abogado personalmente atractiva y políticamente importante (Auerbach, 1976: 88).

paralelamente la profesión, y *el camino a las aulas comenzaba en la práctica* (Auerbach, 1976: 75). Para entonces, enseñar era más una vocación que una profesión, y el ejercicio profesional se aprendía fuera de las facultades de derecho (Abel, 1989). Pero a comienzos del siglo XX el Decano Christopher Columbus Langdell introdujo y desarrolló el método de casos en la Universidad de Harvard, haciendo que la *enseñanza del derecho evolucionara en una nueva profesión* (Auerbach, 1976: 75). Esta nueva forma de enseñar derecho, exigía una dedicación exclusiva que la mayoría de los abogados practicantes no podían cumplir:

Pocos abogados practicantes podían dedicar el tiempo requerido por la innovación de Langdell; y reconocidos abogados con tiempo de ocio carecían de la flexibilidad intelectual para abordar con proceso analítico y deductivo que yacía en el núcleo del método de casos (Auerbach, 1976: 75)

Para Langdell el derecho era una ciencia, la biblioteca su laboratorio y los casos eran sus elementos naturales. La nueva científicidad que se le comenzó a reconocer al derecho inspiró a una generación de profesores con dedicación exclusiva, quienes comenzaron a analizarlo desde una perspectiva más flexible y progresista (Sutherland,

1967), y en una época de importantes reformas y cambios, estos docentes percibieron al derecho como un instrumento de ingeniería social, con importantes implicaciones en el espacio público que transcendía al cuidado del cliente individual. Así, durante las primeras décadas del siglo XX un fuerte sentido de responsabilidad pública e identificación con reformas políticas y sociales generaron en los profesores de derecho una identidad particular, y diferenciada de los abogados practicantes (Auerbach, 1976; Mack, 2012).

El tercer cambio de trascendencia vendría recién después de la primera guerra mundial, con lo que se denominó el “realismo jurídico”⁷. Según relata Horowitz (1992: 169)

A principios del siglo XX, el pensamiento legal clásico se encontraba confrontado por una creciente y poderosa crítica de sus premisas básicas. En diversos campos del derecho, pensadores progresistas desafiaban tanto

7 A grandes rasgos, por realismo jurídico se conoce a la corriente filosófica del derecho que critica la visión clásica del pensamiento legal del siglo XIX en los EEUU. El realismo jurídico norteamericano es a menudo recordado por desafiar aquellas perspectivas jurídicas clásicas que consideran que las instituciones legales proporcionan un sistema autónomo y de aplicación directa de los textos jurídicos, no contaminado por la política. A diferencia de pensamiento clásico, el realismo jurídico norteamericano intentó describir las instituciones jurídicas incorporando una imagen de agudo conflicto moral, político y social que estas poseen. El legado más importante del realismo jurídico norteamericano es su desafío a la clásica afirmación jurídica de que el razonamiento legal era independiente y autónomo del discurso moral y político.

las presunciones políticas como morales del antiguo orden y estructuras de la doctrina legal y el razonamiento jurídico que fueron diseñados para representar esas presunciones como neutrales, naturales, y necesarias.

Estos discursos de resistencia se cristalizarían en el realismo jurídico, que sin embargo *no era no un movimiento intelectual coherente ni una jurisprudencia consistente o sistemática* y en general se lo refiere como un *corpus de pensamiento legal producido por la mayor parte de los profesores de derecho en las escuelas de Derecho de Columbia y Yale durante las décadas de 1920 y 1930* (Horowitz, 1992: 169). Sin embargo, estos profesores compartían apenas su escepticismo a entender el derecho como *una estructura simétrica de las proposiciones lógicas, todas bien encajadas* (Auerbach, 1976: 150). Y este escepticismo era suficiente para redirigir la perspectiva del derecho como reproductor de un orden y *status quo* hacia otra entendida como un instrumento de cambio social. De esta forma, bajo la presión de generaciones más jóvenes de profesores, los contenidos curriculares se expandieron y comenzaron a incorporar disciplinas propias de las ciencias sociales: *estos cambios fueron bienvenidos –y a veces instigados– por jóvenes abogados para quienes la educación legal había sido embrutecedora y parroquial*” (Auerbach, 1976: 150).

Estas mutaciones en la enseñanza jurídica comenzaron a crear un nuevo perfil profesional, que cada vez se alejaba más del abogado de *Wall Street*, y que adquiriría una mayor conciencia social sobre las problemáticas del entorno. Esta mayor conciencia se profundizó luego de la gran depresión estadounidense y la crisis de 1929, cuando el rol de la profesión jurídica en la sociedad norteamericana debió ser reexaminada (Abel, 1989; Mack, 2012). Las mayores críticas a los valores de la profesión vinieron del seno del realismo jurídico en las universidades de Yale y Columbia. Si bien sus críticas contra la jurisprudencia tradicional venían de antes de la depresión, fue durante esta época que el movimiento atrajo a un mayor número de seguidores y desarrolló su más interesantes ideas después de 1933, cuando el éxito de las reformas políticas del *New Deal*⁸ en los Estados Unidos dependían de la flexibilidad constitucional, la tolerancia judicial para los experimentos legislativos y un acercamiento instrumental hacia el derecho (Horowitz, 1992). Por su parte, Jerold Auerbach (1976) ejemplifica diciendo que en este contexto:

8 El *New Deal* fue la denominación dada por el presidente estadounidense Franklin D. Roosevelt a su política intervencionista puesta en marcha para luchar contra los efectos de la Gran Depresión en Estados Unidos. Este programa se desarrolló entre 1933 y 1938 con el objetivo de sostener a las capas más pobres de la población, reformar los mercados financieros y redinamizar una economía estadounidense herida desde la Crisis del 29 por el desempleo y las quiebras en cadena.

las ideas realistas se basaron en tres proposiciones básicas: que el derecho y la sociedad estaban en constante flujo, que el derecho debe propender a finalidades sociales y que los jueces hacen, más que reconocen, el derecho. Los realistas destrozaron la ilusión de que la seguridad jurídica se encontraba en manos de los abogados tradicionales (p. 165).

Fue en la década del 30 que los realistas gozaron de importante reconocimiento y puestos en las facultades de derecho y en las nuevas agencias creadas durante el *New Deal*. Asimismo, se crearon nuevas facultades y aumentó considerablemente el número de estudiantes, transformando la clase media quien comenzó a ver en la ascensión social la posibilidad de cumplir con el “sueño americano”. Y mientras los abogados corporativos, tradicionales y establecidos perdían terreno en el campo político, comenzaban en el seno de las facultades los primeros experimentos de educación a través de clínicas jurídicas, forjando abogados con diferentes aproximaciones a la compleja realidad sociopolítica que se vivía (Tushnet, 1987; Epp, 2013).

Las nuevas ideas jurídicas y el nuevo contexto económico y político hizo perder el interés que los abogados tenían por las grandes corporaciones, y en cambio comenzaron a mostrar una importante conciencia social y generacional. La creciente presencia de abo-

gados judíos, católicos y negros en el país en esta época creó

una base cada vez mayor de representación legal para grupos que antes no estaban representados en absoluto. Los nuevos abogados defendían a objetores de conciencia, a sindicalistas radicales, a acusados de crímenes, a comunistas, a defensores de la libertad de expresión y otras figuras de causas impopulares (Epp, 2013: 99).

Para comienzos de la década del 30, los inmigrantes, y estadounidenses descendientes de inmigrantes, principalmente judíos, comenzaron a incorporarse a las nuevas agencias estatales: “*los realistas se convirtieron fácilmente en new dealers porque (...) juzgaban las instituciones legales por sus consecuencias humanas más que por sus esencias platónicas*” (Auerbach, 1976: 177). Por su parte, Abel (1989) menciona que un importante número de abogados del *New Deal* fueron motivados por una ética de tipo reformista combinada con la posibilidad de oportunidades en poder poner en práctica esa ética; que esta reforma ética fue más prevaleciente en la generación de los abogados formados en los 30 que en los 20, y que gran parte de las actitudes de estos abogados habían sido moldeadas por experiencias generacionales comunes vinculadas al colapso económico y el surgimiento del *New Deal*. Estas mutaciones fueron muy

importantes por el apoyo que muchas de estas agencias federales brindaron a diversas campañas de judicialización, fundamentalmente la dirigida a terminar con la segregación racial en el país.

Fue también durante la década del 30 que los abogados negros comenzaron a posicionarse como importantes referentes en la lucha por los derechos civiles (Auerbach, 1976; Abel, 1989; Horowitz, 1992; Mack, 2012). En general, los abogados negros sufrían las consecuencias del racismo y la pobreza. Tenían menos educación, menor entrenamiento práctico, menos oportunidades y una menor autoestima profesional que sus colegas blancos. En 1919, y tras las luchas raciales que se dieron en Chicago y el Distrito de Columbia abogados negros formaron comités de defensa para proveer de asesoramiento legal a los ciudadanos negros imputados de delitos penales. En esta misma época, Raymond Pace Alexander, un prestigioso abogado negro formado en Harvard, decidió convertir la escuela de derecho de la Universidad de Howard⁹ *en un laboratorio para los derechos civiles y una guardería para abogados en derechos civiles* (Auerbach, 1976: 212)¹⁰.

9 La Universidad de Howard es una universidad localizada en la ciudad de Washington y que se caracterizó por ser históricamente de negros, a tal punto que actualmente se la conoce como la Harvard Negra por graduar más doctorandos afroamericanos que cualquier otra universidad estadounidense.

10 Son varios los autores que analizaron a la Escuela de Derecho de Howard como una facultad de ingeniería social para el avance en el reconocimiento de la igualdad y no discriminación de la población afroestadounidense. Así,

La idea era elevar el nivel de Howard, transformándola de una facultad nocturna marginal a una institución nacional atractiva para los estudiantes negros que buscaran educación jurídica de calidad y que sea relevante para cumplir con sus necesidades y las de la comunidad negra (Mack, 2012). Así, para la década del 30, existía toda una generación de abogados negros por los derechos civiles (a los que se le unirían abogados del norte del país que defendían las mismas causas), que forjaron su propia identidad durante todo el proceso de litigio contra la segregación racial: a partir de ahora, la práctica profesional cobraba una significación personal y social (Auerbach, 1976; Tushnet, 1987; Wasby, 1995; Mack, 2005, 2012).

Asimismo, los cambios en la formación de los abogados y las nuevas ideas jurídicas tuvieron un importante impacto en las concepciones y decisiones de los jueces, quienes fueron modificando su visión estática de los principios constitucionales y de la división de poderes –decisiones que frecuentemente consistían en revocar legislaciones en materia de políticas económicas

entre los trabajos más recientes se pueden citar las obras de David Wilkins (1997) y Charles Ogletree (2004). Sin embargo, esta posición no es unánime. Así, Kenneth Mack (2005; 2012) considera que Howard nunca tuvo ese papel de “ingeniería social a través del litigio” que se le ha endilgado: “la revisión de la currícula de la facultad de Derecho no se enfocó en el entrenamiento para el litigio de derechos civiles” (2005: p. 285) y de hecho la “Facultad de Derecho de Howard no ofrecería su primer curso en derechos y libertades civiles hasta el año académico 1938-1939, cuando James Nabrit comenzó a enseñar el curso” (p. 287).

e impositivas, tal como se vio en los “casos de Granger” - en una visión más dinámica y politizada, convirtiéndose en importantes defensores de derechos y libertades civiles. En este sentido Samuel Walker (1999: 82), considera que a mediados de la década del 20 comenzaron a darse los primeros cambios jurisprudenciales, y para fines de la década *el cambio estaba claramente en la atmósfera. La histeria antirradical se estaba desvaneciendo y las cortes eran más receptivas al momento de proteger la libertad de expresión y de reunión, y asimismo la CSEU emergió como un activo defensor de los derechos individuales* (Walker, 1999: 95). Más interesante es el trabajo de Howard Gillman (1993), quien examina cómo se dio este fenómeno en la CSEU. Para él, el activismo judicial de la Corte fue resultado de las nuevas ideas jurídicas y las políticas intervencionistas del *New Deal*. Hasta 1937, el rol de la CSEU consistía en la defensa de principios estáticos y tradicionales de la Constitución. Sin embargo, la revolución industrial creó condiciones sociales y demandas políticas que tornaban cada vez más difícil distinguir entre el bienestar general y la legislación vinculada a un solo sector o clase. Para Gillman, el punto de inflexión tuvo que ver con leyes vinculadas al salario mínimo. Con estas leyes, el Estado se convertía en un importante regulador del mercado, leyes que gozaban de un importante apoyo por parte de ciertos

sectores sociales, y de rechazo por empresas y sectores comerciales. Así, ante la judicialización de estas nuevas regulaciones, la CSEU en *West Coast Hotel v. Parrish* (1937) y en *Carolene Products v. United States* (1938), cambió la jurisprudencia que venía aplicando desde el siglo XIX, basada en viejas asunciones sobre la neutralidad del mercado y la autonomía de los individuos, y en cambio asumió un rol político y de protección a ciertos grupos desventajados y de legitimación a las medidas tomadas por el Estado Federal o los diversos gobiernos estatales¹¹. Esta postura se vería profundizada en 1938, cuando la CSEU resolvía *Missouri ex rel. Gaines v. Canada*, que significaría la primera victoria por parte del movimiento de derechos civiles vinculada a un caso de discriminación en las escuelas, y que proveería un antecedente legal clave para la campaña de litigio estratégico de desegregación racial en las escuelas (Mack, 2005).

11 Sin embargo la decisión de la CSEU se dio en un momento en el cual su legitimidad estaba siendo discutida. Conforme Walker (1999), hasta 1937 la CSEU había defendido solo ocasionalmente ciertas libertades civiles. Durante la década de 1930, con la llegada del *New Deal* debió enfrentar una de sus mayores crisis políticas: la CSEU había invalidado la mayor parte de las medidas económicas tomadas durante estos años, siendo blanco de muchas críticas. La reelección de Roosevelt implicaría una “reorganización de la Corte”, un plan que le permitiría designar seis nuevos ministros y obtener así una mayoría en el supremo tribunal federal. Si bien el plan no contó con el apoyo esperado, las crecientes críticas ante el rol de la CSEU recién se vieron aplacadas con las sentencias y ejecución del caso *West Coast Hotel v. Parrish*. A partir de este caso, la CSEU empezó a dar cada vez más apoyo a los derechos y las libertades civiles, afectando profundamente la política estadounidense durante los próximos 50 años.

Las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales de la CSEU estimularon diversas campañas de litigio en diversas áreas: la ACLU¹² decidió fortalecer su programa en litigio estratégico, la NAACP¹³ reinvertió en su *Legal Defense Fund* (Fondo para la defensa legal) con el mismo fin de la ACLU, la ABA (*American Bar Association*) estableció su Comité sobre la Carta de Derechos y el Congreso Judeo-estadounidense (*American Jewish Congress*) creó su comisión en Derecho y Acción Social con varios abogados de dedicación exclusiva y un ambicioso programa de cambio social a través del litigio (Walker, 1999: 111).

La década del treinta, que también implicó el surgimiento y la consolidación de nuevas disciplinas, tales como el derecho laboral y administrativo, se caracterizó entonces por haber puesto en escena a nuevos operadores jurídicos, jueces con una visión más dinámica de la Constitución y mayor activismo ante determinadas cuestiones, funcionarios públicos con principios éticos y políticos volcados a la transformación social y abogados con fuertes compromisos políticos y dispuestos a movilizar estratégicamente al derecho para la consecución de fines específicos: conseguir el reconocimiento y

la ampliación de derechos civiles, políticos, sociales y de alcance colectivo. Todos estos cambios constituyeron los

primeros pasos de la poderosa tradición de una práctica legal a favor de la causa progresista que alcanzó su pico en la era de la Corte Warren [...]. La creciente diversidad de la profesión legal [...] proporcionó una importante fuente de apoyo para los casos que constituyeron la agenda judicial de los derechos que empezó a emerger a partir de 1917 (Epp, 2013: 100).

Al mismo tiempo para finales de los años 30, el lanzamiento de campañas de litigio estratégico

se convirtió en una nueva fuerza en la política estadounidense. Grupos minoritarios ahora tenían una importante vía para la reparación y para influenciar la política pública. Durante este proceso, las presentaciones en calidad de amicus adquirieron un nuevo e importante rol. Históricamente siendo reconocidos como una voz imparcial (literalmente como "amigos del tribunal"), ahora se convertían en instrumentos de movilización legal (Walker, 1999: 112).

Las importantes mutaciones que se dieron en el campo jurídico generaron y estimularon un proceso consistente

12 American Civil Liberties Union (Unión estadounidense por las libertades Civiles).

13 National Association for the Advancement of Coloured People (Asociación Nacional para el progreso de las personas de Color).

en redefinir políticas sociales en términos jurídicos. Un amplio rango de problemas sociales –derechos y libertades civiles, el rol de la religión en el Estado, el funcionamiento del sistema penal, entre otros– comenzaron a ser repensados desde una perspectiva de derecho constitucional. La Carta de Derechos (*Bill of Rights*) se convirtió en un conjunto de principios seculares que tenían por fin gobernar la sociedad estadounidense: *el crecimiento de las libertades civiles a fines de los años 30 marcaron el fin de una era en la historia norteamericana (...). Principios que aparecían aislados hacía 20 años ahora estaban bien establecidos en el credo estadounidense* (Walker, 1999: 114). En el marco de todas estas mutaciones, la campaña contra el racismo y la segregación racial se convertiría en una campaña clave para entender este nuevo tipo de litigio.

La NAACP y su campaña de litigio estratégico en contra de la segregación racial.

Según Owen Fiss (2006: xi) todas las transformaciones sociales producidas como consecuencia del uso del poder judicial deben retrotraerse a mayo de 1954 cuando la CSEU anunció su decisión en el caso *Brown v. Board of Education*, ya que dicha decisión *trajo una nueva manera de entender los propósitos del derecho*. Conforme este autor, la experiencia de *Brown* creó un modelo de litigio que se extendió a lo

largo y ancho de los Estados Unidos en la década de 1970, y durante los 25 años posteriores *cambios ocurrieron en el mundo creando nuevas posibilidades, y algo extraordinario sucedió: Brown se globalizó (“Brown went global”). Países en todo el mundo comenzaron a ver en Brown una inspiración* (Fiss, 2003: xiii). Para este autor, entonces, el emblemático caso contra la segregación racial inauguró una nueva época en materia de ideas y de cómo enfrentar desafíos jurídicos. En un plano más vinculado a las prácticas profesionales, Mark Tushnet consideró que este caso resuelto por la CSEU vendría a ejemplificar globalmente *la posibilidad que abogados puedan estructurar y ejecutar una estrategia de litigio diseñada para producir cambios sustanciales en el derecho* (2004: 1693).

Tal como se puede apreciar, el caso *Brown* se convirtió en un paradigma, un ejemplo de campañas de litigio estratégico para el avance de derechos de ciertos grupos que se perciben como desventajados. Y este caso (al igual que el caso de “matrimonio igualitario” resuelto en Argentina y que se mencionó en la introducción) fue el resultado de una campaña de litigio planificada y sostenida en el tiempo, campaña que tenía por fin desafiar las leyes que legitimaban la discriminación racial en los Estados Unidos. Esta campaña fue desarrollada por la *National Association for the Advancement of Colored*

People (Asociación Nacional para el progreso de las personas de color – en adelante NAACP, según sus siglas en inglés)¹⁴ y se centró en obtener y fortalecer derechos civiles y políticos de las comunidades negras, y a lo largo de su existencia condujo una serie de casos judiciales que tuvieron un importante impacto en la política del país (Wasby, 1995; Tushnet, 1987; Jonas, 2005).

La NAACP condujo durante más de 30 años la mayor y más importante campaña de litigio estratégico que se dio en la primera mitad del siglo XX, consistente en atacar la segregación racial que se daba en las instituciones educativas públicas, expandiendo los límites de las concepciones que existían hasta entonces sobre la utilización de los tribunales como actores políticos claves no solo en el reconocimiento y protección de derechos, sino también en el diseño e implementación de políticas públicas. La campaña de la NAACP inspiraría la mayoría de las discusiones y los diseños teóricos y conceptuales del litigio estratégico durante la segunda mitad del siglo, como también gran parte de las campañas para el reconocimiento, fortalecimiento y/o protección de derechos de diversos grupos.

¹⁴ Esta es una organización afroestadounidense que vela por el reconocimiento y protección de los derechos civiles de las comunidades afroamericanas en los Estados Unidos. La NAACP fue fundada en 1909 por un grupo de personas blancas y negras que deseaban contrarrestar el avance de la creciente violencia que experimentaba la comunidad negra en el país, llevando a cabo diversas campañas (políticas, publicitarias y legales) a fin de cumplir con sus objetivos.

Los orígenes de la campaña deben remontarse a la normas que legitimaban el racismo en los Estados Unidos. Si bien las prácticas racistas eran parte de la vida cotidiana estadounidense durante fines del siglo XIX y comienzos del XX, particularmente en los estados del sur de Estados Unidos, las mismas además tenían un importante respaldo por normas estatales y federales. Así, entre una gran cantidad de normas vigentes, en 1890 la legislatura del Estado de Lousiana aprobó un estatuto que requería que todas las compañías de ferrocarriles prevean *iguales pero separadas comodidades para blancos y negros*. La comunidad negra de Nueva Orleans, entendiendo que esta ley implicaba la implementación de políticas racistas, decidió organizar un caso testigo en el cual Homer Plessy abordara un vagón destinado para blancos (Tushnet, 1987; Klarman, 2007). La consecuencia fue que el Estado de Lousiana comenzó a perseguir penalmente a Plessy, un mulato que se autodefinía como 80% blanco, por violar la ley estatal, y su condena fue apelada hasta llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos (CSEU). El 18 de mayo de 1896 la CSEU resolvió en *Plessy v. Ferguson* por mayoría de 7 a 1 que el estatuto de Lousiana era constitucional y las leyes segregacionistas eran parte del poder de policía conferidos a los Estados. A partir de entonces quedó sentada la doctrina judicial “separados pero iguales”: en la medida

que se ofrezcan similares servicios y comodidades a distintos sectores raciales, no se violaba el principio de protección igualitaria proclamado en la decimocuarta enmienda de la Constitución Federal Estadounidense. Tres años más tarde, la CSEU confirmaría su doctrina judicial en materia de escuelas segregadas, en el caso *Cumming v. Richmond County Board of Education*¹⁵.

Desafiar la doctrina de “separados pero iguales” adoptada por la CSEU en materia de educación se convirtió en el eje de la campaña de litigio estratégico diseñado por la NAACP, ya que consideraba que la discriminación sufrida por la comunidad negra en materia educativa era la ayudaba a perpetuar y legitimar el resto de las desigualdades. La campaña contó con un importante apoyo financiero concedido por la Fundación Garland, y entre 1925 y 1930 la NAACP comenzó a desarrollar un plan coordinado de litigio consistente en revertir la doctrina sentada en *Plessy* en tres supuestos: que escuelas para blancos aceptasen alumnos negros; que se igualaran los salarios de los profesores negros con relación a los de sus colegas blancos y por último que se igualara la infraestructura en las

15 El caso se vinculaba con la demanda en contra del cantando de Richmond en Georgia que había dejado de financiar un secundario para negros, con el fin de poder continuar financiando el secundario para blancos. La CSEU consideró que la decisión no estaba motivada en cuestiones raciales sino en problemas financieros, validando el principio de “separados pero iguales” en materia educativa. (Tushnet, 1987; Klarman, 2007).

escuelas. Para entonces, contaban con un antecedente jurisprudencial importante: en 1914 la CSEU estableció en *McCabe v. Atchinson* que si a cualquier negro se le negaba la posibilidad de acceder a los mismos servicios o comodidades que a un blanco, la constitución era violada. A partir de las investigaciones llevadas a cabo por la NAACP, ellos poseían datos de que la calidad e infraestructura ofrecida a los negros era inferior a la de los blancos, teniendo un importante argumento a su favor¹⁶: de esta forma

la campaña se enfocaría (...) en probar fácilmente tres hechos: que las leyes estatales requerían escuelas separadas; que los gastos eran claramente desiguales y que los remedios judiciales estatales eran de imposible ejecución o inexistentes (...). Con estas ideas la campaña buscaría (...) declaraciones de inconstitucionalidad (Tushnet, 1987: 27).

16 Entre 1926 y 1928 la NAACP condujo una serie de reportes estadísticos vinculados a los gastos estatales y las disparidades entre estudiantes negros y blancos. En Georgia, el caso más extremo, el gasto por estudiante blanco era de 36,29 dólares, mientras que por cada negro se desintaba 4,59 dólares. En relación al pago de los docentes, el salario promedio de un profesor blanco era de 97,88 dólares por mes, contra 49,41 dólares. Estas diferencias también se encontraron en Misisipi, Carolina del Norte y Carolina del Sur (Tushnet, 1987). Además, se podría decir que contaban con otro antecedente importante: era el caso *Yick Wo v. Hopkins* de 1886, ya que implicaba que las inequidades entre las escuelas para blancos y para negros podían ser inconstitucionales incluso en el caso que no haya normativas explícitas que establezcan gastos desiguales.

En 1936 la Corte de Apelaciones de Maryland confirmó la decisión de primera instancia que ordenaba que Donald Murray sea admitido en la facultad de Derecho de la universidad de Maryland. La Facultad de derecho era una agencia pública, y en la medida que no existieran otras oportunidades iguales para el demandante en el Estado de Maryland (debiéndose garantizarle el acceso a la educación), su admisión era necesaria. De esta forma, la NAACP consiguió un precedente jurisprudencial significativo en relación a la admisión de estudiantes. Para 1938, se anunciaban veinte nuevas peticiones judiciales en Maryland, la mayoría con sentencias favorables a la NAACP, y en abril de 1941 la legislatura del Estado estableció la equiparación de los salarios docentes entre blancos y negros. La elección de Maryland como Estado para largar la primera campaña coordinada contra la segregación no fue casual: según Tushnet (1987) era un estado fronterizo donde las actitudes en relación a la segregación no contaban con tanto apoyo de la población, lo cual, sumado a su cercanía con Washington (donde estaba la sede de la NAACP, que permitía hacer un seguimiento más personalizado de los juicios) lo convertían en un lugar ideal para poner en prueba la campaña antisegregacionista.

Paralelamente, en 1938 la CSEU resolvía el primer caso presentado por la NAACP en el marco de la campaña

contra las escuelas segregadas: se trataba de una petición realizada por Lloyd Gaines para ser admitido en la facultad de Derecho de la Universidad de Misuri. La institución universitaria se negó a admitir el pedido, brindándole dos opciones: otorgarle una beca para formarse en una institución de otro Estado, o bien solicitar la admisión en la Universidad de Lincoln, institución para negros en el Estado, quien crearía una facultad de derecho. La propuesta no fue satisfactoria, llegándose a judicializar el caso, y en "*Missouri ex rel Gaines v. Canada*", la CSEU sostuvo que los Estados que provean de educación superior a los estudiantes blancos deben también proveerla para los estudiantes negros dentro del mismo Estado. La provisión se debe hacer o bien permitiendo que ambos concurren a la misma institución, o creando una segunda institución específicamente para negros (Tushnet, 1987; Jonas, 2005). De esta manera, la NAACP obtuvo su antecedente jurisprudencial más importante en materia de admisión de estudiantes negros a instituciones educativas para blancos cuando los Estados no poseían instituciones destinadas para estos sectores.

En relación a los salarios docentes diferenciales, la victoria más importante en los tribunales federales se dio en un caso de Norfolk, Virginia. En este caso, Melvin Alston, presidente de la Asociación de Maestros de Norfolk,

luego de ser despedido por solicitar pago equitativo, inició una demanda en 1940. La misma llegó ante la Corte de Apelaciones Federal, la que consideró que de manera arbitraria y discriminatoria se pagaba menos a los negros que los blancos por el mismo trabajo, violando la Constitución (Caso *Alston v. Board School of Norfolk. 4th circuit*). La CSEU se negó a intervenir en el tema. El caso se convirtió en un antecedente importante, y *con pocas excepciones*¹⁷, los abogados de la NAACP ganaron todos los juicios vinculados a la discriminación en el pago de salarios a docentes (Tushnet, 1987: 162).

Durante la década del 40, no hubo victorias importantes en materia de segregación en instituciones educativas. En materia salarial, el más importante se dio en Little Rock, Arkansas, en 1944 donde una Cámara de Apelaciones estableció que existía un modelo salarial discriminatorio, lo que produjo la equiparación salarial en todo el Estado en 1946 (Tushnet, 1987). Entre 1945 y 1950 comenzó a rediseñarse la campaña de litigio estratégico: a partir de ahora la lucha política no consistiría en exigir iguales derechos en instituciones separadas, sino en atacar directamente el principio de “separados pero iguales”. Con el ataque directo a la doctrina sentada en *Plessy* se acabaría por fin con la segregación racial. Durante esos años

se desarrollaron ideas provenientes de la escuela realista y el denominado “el argumento sociológico”. Se trató de un argumento que surgió en las clases de derecho de la Universidad de Howard, donde se intentó incorporar a las visiones típicamente jurídicas aportes de la sociología y psicología, afirmando los efectos nocivos que tendría la segregación. Este argumento se basaba en que

Si uno miraba más allá de la infraestructura, centrándose en las consecuencias sociales, las escuelas segregadas eran inevitablemente desiguales. Los blancos tenían oportunidades sociales que no estaban disponibles para los negros en escuelas separadas, independientemente de cuán nuevas o bien administradas estén las escuelas para negros; las escuelas segregadas inducían un sentimiento de superioridad en blancos y un sentimiento de inferioridad en los negros (Tushnet, 1987: 119)

El argumento sociológico fue puesto a prueba en el caso *Sipuel v. Board of Regent of Univ. Of Okla.* Se trataba de un caso donde Ada Sipuel, una joven afroamericana, se postuló para la escuela de derecho de la Universidad de Oklahoma, que era sólo para blancos. El caso llegó hasta la CSEU quien en 1948 determinó que el Estado debía garantizarle la educación legal, probando así que el argumento sociológico era

¹⁷ Para 1947, de 31 casos sobre discriminación salarial, sólo 4 habían sido perdido.

efectivo y la CSEU podría mostrarse receptiva ante el mismo. El máximo tribunal ratificó esta postura en los casos *Sweatt v. Painter* (1950) y *McLaurin v. Oklahoma State Regent* (1950). Además, estos antecedentes comenzaron a sugerir cambios de actitudes en relación a la doctrina de “separados pero iguales”. A principios de la década de 1950 la NAACP se había convertido en una enorme organización, que manejaba una gran cantidad de recursos financieros y contaba con un importante plantel de abogados de derechos civiles (Mack, 2005), por lo que se decidió confrontar los principios de *Plessy* con un caso vinculado a las diferencias en las infraestructuras de las escuelas para negros.

En 1951, 13 padres presentaron una acción de clase demandando al Consejo de Educación de la ciudad de Topeka en representación de 20 estudiantes. Desde 1879, la ciudad de Topeka aplicaba la ley de Kansas de 1879 que establecía escuelas primarias separadas según la raza. Oliver L. Brown era uno de estos padres. El caso “*Brown v. Board of Education*” llegó a la CSEU combinando 4 casos más patrocinado la NAACP: “*Briggs v. Elliott*”; “*Davis v. County School Board of Prince Edward County*”; “*Gebhart v. Belton*” y “*Bolling v. Sharpe*” (Klarman, 2007). Por unanimidad el 17 de mayo de 1954 la Corte decidió que las leyes estatales que establecían escuelas públicas separadas para estudiantes negros eran inconstitucionales, que

los establecimientos segregados eran “inherentemente desiguales”, y que por lo tanto estas leyes violaban la cláusula de protección igualitaria de la decimocuarta enmienda de la Constitución del país. Esta decisión se convertiría en una de las más importantes en la historia constitucional del país y con ella culminaría la campaña legal de la NAACP¹⁸.

CONCLUSIÓN

Tal como se desarrolló en este artículo, la experiencia estadounidense fue la primera en poner de manifiesto que los tribunales podían cumplir un papel político importante, no solo a través de interpretaciones legales y sentencias, sino incluso diseñando políticas públicas y supliendo las omisiones o negativas de otros poderes políticos. De esta forma, el poder judicial comenzó a ser percibido como un defensor y garante del Estado de derecho democrático. La experiencia estadounidense de litigio para la defensa de causas colectivas, y en especial a partir del caso *Brown*, no sólo se ampliaría y profundizaría en Estados Unidos, sino que sería importada con mayor o menor éxito a otros países, incluyendo Argentina.

En términos teóricos, el caso *Brown* fue un punto de inflexión en materia de

¹⁸ En realidad, la controversia no se dio por finalizada con este fallo, ya que el mismo no ofrecía remedios judiciales para implementar la decisión. Esto vendría con *Brown II*, una nueva sentencia de la CSEU resuelta el 31 de mayo de 1955. La nueva sentencia se caracterizaba por ser vaga e imponer soluciones graduales, generando nuevos inconvenientes. Sobre esto véase (Klarman, 2007: cap. 4)

diseño de campañas de litigio estratégico, y a partir de este caso se comenzaron a diseñar otras importantes campañas de judicialización en todo el país. Según Sarat & Scheigold (2006: 05):

Como ahora es ampliamente reconocido, hasta 1954 el proyecto de una constitución estadounidense sólida estaba radicalmente incompleta. Estaba incompleta porque (...) el derecho sistemáticamente excluía a personas de participar entera, libre y dignamente en las principales instituciones políticas y sociales del país por razones raciales. Pero Brown cambió todo.

Esta opinión es compartida por varios autores, entre ellos Wilkinson (1979: 06) quien considera que este caso de segregación racial fue *el evento político, social y legal más importante del siglo XX en la historia estadounidense*, y Kluger (1975) para quien la campaña de la NAACP es el mejor ejemplo de una perfecta combinación entre la planificación estratégica y una implementación exitosa.

A partir de *Brown, la segunda mitad del siglo 20 en Estados Unidos fue, en parte, la historia del rol judicial de los movimientos por el cambio social* (Sarat & Scheigold, 2006:1), sobre todo porque desde la década de 1950, el número de organizaciones que comenzaron a optar por desarrollo de campañas de litigio estratégico en materia de derechos

políticos y sociales comenzó a incrementarse (Wasby, 1995).

Esta experiencia estadounidense sería exportada luego a distintos países del mundo, y probó ser efectiva en países con una cultura jurídica similar a la de los Estados Unidos (tal como muestra Charles Epp en India, Canadá y Reino Unido). El modelo también llegaría a países latinoamericanos, como Argentina, donde diversos grupos comenzaron a diseñar y ejecutar campañas de litigio estratégico como forma de acción política (Smulovitz, 2008). Sin embargo, la judicialización estratégica no ha sido particularmente exitosa en la región, y quizás Argentina se presente como uno de los pocos países donde esta ha funcionado con relativo éxito. De hecho, David Landau (2012) considera que a nivel de derecho constitucional comparado, hay pocos países donde existan instrumentos legales que permitan a los jueces ordenar a las instituciones públicas que cumplan con la Constitución Nacional ("*structural injunction-like devices*") y que Argentina *es uno de los pocos países que ha intentado implementar verdaderos remedios estructurales* (Landau. 2012: 246). En la actualidad, gran parte de grupos y movimientos sociales en Argentina (tales como los de derechos humanos, de la diversidad sexual, grupos pro-vida, ambientalistas, feministas y de consumidores) ven al poder judicial como un potencial aliado de sus demandas, y sus reivindicaciones

políticas con mayor frecuencia se transforman en demandas judiciales. El lenguaje jurídico (y particularmente el de derechos humanos) está cada vez más presente en estos movimientos, produciéndose una “despolitización” de sus luchas y reivindicaciones, las que se “juridifican” y comienzan a debatirse con las reglas y lógicas del campo jurídico. Las campañas de litigio estratégico pueden ser entonces un importante aliado de diversos grupos que pretenden el reconocimiento, protección o ampliación de derechos, pero las reglas jurídicas tienen la capacidad de despolitizar sus demandas. Y ahí yace el mayor desafío.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL, R., 1989. *American Lawyers*. Nueva York: Oxford University Press.

AUERBACH, J. S., 1976. *Unequal Justice. Lawyers and Social Change in America*. Nueva York: Oxford University Press.

BIMBI, B., 2010. *Matrimonio Igualitario: intrigas, tensiones y secretos en el camino hacia la ley*. Buenos Aires: Planeta.

CAMPANA, Maximiliano. 2015. “Hacia una nueva conceptualización del litigio estratégico. La judicialización de los derechos sexuales y reproductivos por parte de los sectores pro vida”. In J. C. Esquivel, & J. M. Vaggione, *Permeabilidades Activas: Religión, política y sociedad en la Argentina democrática*. Buenos Aires: Biblios (en prensa)

CELS, 2008. *Litigio estratégico y Derechos Humanos: la lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

CORTNER, R., 1993. *The Iron Horse and the Constitution: The Railroads and the Transformation of the Fourteenth Amendment*. Westport: Greenwood Press.

EPP, C. R., 2013. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

FISS, Owen. 2006. “Foreword”. In R. Gargarella, P. Domingo, & T. Roux, *Courts and social transformation in new democracies: An institutional voice for the poor?* Hampshire - Inglaterra: Ashgate. (pp. xi - xiv).

FRÜHLING, H. (2000). “From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America”. In M. McClymont, & S. Golub, *Many Roads to Justice: The law related work of Ford Foundation Grantess around the world* Nueva York: Ford Foundation. Pp. 55- 87.

GILLMAN, H., 1993. *The Constitution Besieged: The Rise and Demise of Lochner Era Police Powers Jurisprudence*. Durham, Carolina del Norte: Duke University Press.

HOROWITZ, M., 1992. *The Transformation of American Law, 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*. Nueva York: Oxford University Press

KLARMAN, M., 2007. *Brown v.*

Board of Education and the Civil Rights Movement. Nueva York: Oxford Press.

KLUGER, R., 1975. Simple Justice. Nueva York: Alfred A. Knopf.

LANDAU, D. (2012). "The reality of social right enforcement". 53 Harvard International Law Journal, 253.

MACK, K. W., 2012. Representing the Race. The creation of the civil right lawyers. Boston: Harvard University Press.

MACK, K. W. (2005). « Rethinking Civil Rights Lawyering and Politics in the Era Before Brown ». *The Yale Law Journal* , 115-256.

SARAT, A., & SCHEIGOLD, S., 2006. Cause Lawyers and Social Movements. Stanford, California: Stanford Law and Politics.

SKLAR, M., 1988. The corporate Reconstruction of American Capitalism, 1890-1916: The market, the law and politics. Cambridge: Cambridge University Press.

SMULOVITZ, Catalina. 2008. "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en la Argentina". *Desarrollo Económico*, Vol. 48, No. 190/191, 287-305.

SUTHERLAND, A., 1967. The Law at Harvard: a history of ideas and men, 1817-1967. Cambridge.

TOCQUEVILLE, A., 1963. La Democracia en América. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

TUSHNET, Mark, 1987. The NAACP's legal strategy against Segregates

education. 1925-. Chapel Hill: The University of North Carolina Press.

TUSHNET, Mark, 2004. "Some legacies of Brown v. Board of Education". 90. Va. L. Rev., 1693.

WALKER, S., 1999. In defense of American Liberties. A history of the ACLU . Carbondale, IL: Southern Illinois University Press.

WASBY, S., 1995. Race Relations litigation in an ago of complexity. Charlottesville: University Press of Virginia.

WILKINSON, J. H., 1979. From Brown to Bakke: The Supreme Court and School Integration: 1954-1978. Nueva York: Oxford University Press.

Maximiliano Campana

Abogado y Doctorando, Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.

THE PRINCIPLE OF RESILIENCE IN SOCIOLOGY OF LAW - how citizenship became a new boundary for state power

Luciana Cristina de Souza

Faculdade de Direito Milton Campos.

E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

RESUMO

Em muitos países as pessoas têm fortalecido sua relação com o Governo por meio de mobilizações – ênfase na flash mob via internet – e esta nova forma de cidadania tem transformado o relacionamento típico entre Estado e Cidadãos de um modo resiliente. Segundo o princípio da resiliência, a democracia deve ser vista como uma construção social que resulta dos novos papéis. Aqui se analisará e discutirá este princípio recorrendo a exemplos tais como movimentos indígenas e a nova Constituição do Equador, além das manifestações de rua ocorridas no Brasil entre 2013 e 2014. Acredita-se que a relação entre Estado e Sociedade Civil atualmente propicia condições para a emancipação dos Cidadãos e não se pode analisar estas relações sem considerar a mútua percepção como autores de um diálogo que envolva poderes de autoridade e nas quais o “outro” tenha poderes para alcançar a cidadania.

Palavras-chave: Cidadania; Estado; Resiliência.

ABSTRACT

In many countries, people have enforced their relation with Government with mobilization – focus on flash mob in internet – and this new kind of citizenship has changed the typical relationship between State and Citizens in a resilient way. According the principle of resilience, democracy must be seen as a social construction that results from new roles. Here we will analyze and discuss on the topic of Resilience using current examples as indigenous movements and the new Constitution of Ecuador and Brazilian streets manifestations in 2013 and 2014. We believe that the relationship between State and Civil Society nowadays must provide conditions to Citizens emancipation and we cannot analyze their relationships without considering the mutual perception as authors of a dialogue in which on has authority powers, the “other” has control powers aiming citizenship.

Keywords: Citizenship; Resilience; State.

DEMOCRACY AS SOCIAL CONSTRUCTION AND NOT JUST POLITICAL REPRESENTATIVENESS

Political representativeness is one of most important issues in modern debate, especially after the Enlightenment and liberal revolutions as happened in France (1789) and United States (1776). It ensures that people power in public administration model by legislators was seen as the most similar political deliberation in comparison with Greek democracy. Despite direct participation had considered difficult why demographically States populations had increased a lot in the last centuries, modernists, in the political sense, defended citizenship by parties action, what means, by professional politics, for two reasons: a) the specialization provoked by bureaucratic rationality; b) the mandatory exercise of citizenship in countries with big population. Secondly Robert Michels, *the practical ideal of democracy consists in the self-government of the masses in conformity with the decisions of popular assemblies... the impotence of direct democracy, like the power of indirect democracy, is a direct outcome of the influence of number* (MICHELS, 2001: 21).

Thus, political representativeness born as a path to practical exercise of democracy in modern States, however had brought with it some evil: the manipulation of masses by political marketing; the control of media commu-

nication and the discursive influence of political parties; the distant way to Government action in relation its people; the bureaucracy control by specialists (technicism); and, among others, the impairment of Citizens power in front of legislators. The mediation of representativeness solved the problem of direct democracy in Modernity but brought to light the ethical and juridical challenge of Citizens empowerment regarding their elected political representatives. According Robert Michels, it is undeniable the oligarchical tendency of modern democracies by the control of political parties and the elite behind those (MICHELS, 2001, *passim*).

Considering this setting whereby current democracy was born, it is easily understand why nowadays individuals, organized as Citizens, are requiring constantly more space in public sphere. The meaning of democracy in 21st century is plural, horizontally constructed and co-participative, resulting, therefore, in compulsory application of the principle of resilience to the relations between State and Civil Society with the intention to equalize power among these subjects. Social demands are not anymore just “requests” to legislators and to Executive Branch, but, in fact, a determinative agenda to public power since they are proposed by Citizens defending fundamental rights.

Citizenship and fundamental nature of the rights defended are the two

mainly distinctions between modern and present democracy. The citizenship includes today more attributions than in the past; fundamental issues overlap individualism and sectarianism strongly felt in liberal scenario. Both contributes to reduce the oligarchical tendency in modern democracy, controlled by bourgeois power and influence in the last centuries, in which the external way of exercise power in liberal democratic States have been through political parties and professional politicians. In face of the transformation, we can say that *a new sense of the term citizenship its developed today, more broader and inclusive* (L. SOUZA, 2010: 128) than illuminist Modernity proposal because authorizes other instruments of action for individuals as Citizens.

Without compromising State sovereignty, there is, today, a greater demand for the amplification of popular sovereignty which results in the extension, way of consequence, of the meaning of citizenship. One of the evidence has been cited - new communication channels between the State and Civil Society; another is the requirement of accountability, since Citizens are calling not only participate in decision making, as well as establish control criteria on their representatives who manage public welfare

(...)

Accountability is important because it enables the responsibility of

the government for their decisions in the management of res publica. Also following the line of responsive law, cited above, imposes on the legislature make laws socially concerned about situations where the State acts in the service of society. (L. SOUZA, 2010: 128 - our translation)

In Brazil, it can be highlighted in the recents streets popular manifestations in which individuals presented their demands to State but clearly saying that these demonstrations are not attached to the existent political parties. But it is necessary to say that movement organization overcame modern argument which affirms *deliberative assemblies of a thousand members encounters the gravest difficulties in respect of room and distance* (MICHELS, 2001: 22), because the new technological mediums would benefited articulation among thousands of individuals by social networks as Facebook, Twitter and Instagram, forming what we call *net condition*, because: *This new organization permits empower group efforts, get more resources for the social conflicts with State and also the quickly exchange of important informations* (L. SOUZA, 2013: 2). Most of public policies made after streets demonstrations in 2013 and 2014 stem from Citizens agenda and not from political parties, which reveals the significant change in the political participation of Civil Society in the Brazilian

democracy and the strength of Digital Era that allowed to individuals broad and deterritorialized access by using a kind of collective intelligence to gather their efforts (LÉVY, 1999, *passim*).

There is a serious parties crises in Brazil nowadays and Citizens had sought other participatory means that are unconnected to professional politicians as popular movements, non-governmental associations, direct lines of communication with Executive Branch and, more powerful these days, judicial activism. Many relevant social questions had been discussed in Judiciary Branch, what results in Court decisions, mainly Supreme Federal Court in Brazil, endowed with normative and regulatory character trying to fill the legislative – or representativeness – omissions that prevent access to fundamental rights. For instance, the recognition of legal marriage to homoaffective couples thanks to constitutional action ADPF/132 (Allegation of Disobedience of Fundamental Precept), converted to Resolution N. 175, approved by National Justice Council in May 14, 2013. This law interpretation support some kinds of judicial intervention and meets its foundation in ADPF/45 arguments that affirms be the judicial way allowed to consolidate constitutional rights, which must be guaranteed by legislators but, in some circumstances, they do not.

Because of this, we can say that in Brazil nowadays people sovereignty is

more than modern concept of it, since is now a larger perspective of citizenship. To vote e to be voted are important, however, to make public policies and to participate in decision-makings are equally relevant: *State legitimacy depends on democracy and, nowadays, it's unthinkable waits for democracy and legitimacy without a regular and complete popular participation in State decisions through an effective Law.* (L. SOUZA, 2013: 4). And such characteristic has increased in the last years because is essential to plural and flexible democracy how we will see in the following topics.

THE PRINCIPLE OF RESILIENCE AND “OPEN” PERSPECTIVE OF STATE

Considering this setting, public policy is a government decision-making tool that allows to know *how and why governments choose to certain actions” among others to exercise their role as managers of political and social life to which individuals are subordinated* (C. SOUZA, 2006: 22). The central point is to analyze the government action to verify *who gets what, why, and what difference does it* (C. SOUZA, 2006: 24). Therefore, it is undeniable its conflicting character, since the different stakeholders involved in each specific public discussion dispute power at the time of decision making, which will imply the selection of investment areas of the public budget.

So it is essential that all analysis of public policies, in addition to formal political aspects, also consider the “co-operation possibilities that can occur between governments and other institutions and social groups” (C. SOUZA, 2006: 25). Celina Souza affirms over your text that the governmental sphere is the *locus par excellence* of the clashes of ideas, but not the *locus* of birth of public policy itself, because its content is social, came from demands of Citizens, which must be met by the Government through these democratic tools.

According to political scientist Theodor Lowi, quoted by Celina Souza, there are four types of public policies: a) distributive, designed to meet the most specific interests; b) redistributive, aim to achieve a greater number of Citizens, not just localized groups; c) regulatory, establishing the bureaucracy of how public policies will be implemented; d) constitutive, which create areas of performance according to the demands raised (LOWI cited C. SOUZA, 2006: 28). It is noticed that this is the first difficulty for the State to implement a public policy: direct it properly to the purpose for which it is proposed considering the effective citizenship, rather than serving individuals or sectorized interests, excluding the needs of other.

The second difficulty results from the incremental character that public policies can take, explains Celina Souza, as the programs outlined as relevant

to Citizens *do not start the ground but, from marginal and incremental decisions that ignore political changes or substantial changes in public programs* what means there is always a “past”, a previous commitment with other policies that often becomes an obstacle to route changes that could be more appropriate because these incremental issues, although not substantial, still have strong influence on government planning (C. SOUZA, 2006: 29).

In accordance with Celina Souza the cycle of public policy has as phases: agenda-setting, identification of alternatives, evaluation of options, selection of options, implementation and evaluation. Therefore, when we care about their deployment, in fact, we are reflecting only on the stage of implementation of the proposed measures, without regard often for all the long and contested process of political and social negotiation that precedes it. Even the evaluation phase can not be considered neutral in relation to the incremental aspect, because the criteria used to judge positively or negatively public policy is affected by conflict of interest.

Thus when one talks about public policy is central to observe and analyze the process of choosing and setting up of existing programs. The model is the most appropriate? And if this is true under which perspective: the Citizens, the State, any other interested group? There are viable and more desirable al-

ternatives, preferably coming from the Civil Society itself? How the choice of public policy is really made? *State legitimacy depends on democracy and, nowadays, it's unthinkable waits for democracy and legitimacy without a regular and complete popular participation in State decisions through an effective Law.* (L. SOUZA, 2013: 4).

Towards this sense, Leonardo Valles Bento affirms that new face of public administration, today, must be driven to Citizen and his “active dimension of citizenship”, not just particular interests expressed by individuals, but also thinking in the sense of community (BENTO, 2003: 94). Citizenship, now, according Bento, consists in share power; State and Citizens are co-agents in democratic setting, and in policies decisions too. To share power, however, is necessary that State and Citizens see each other as equal subjects, opposing positivist rationality of hierarchical relationship between them.

At this moment in democracy becomes essential to set the boundaries between authority, represented by the government, and citizen participation; between structural requirements necessary for the functioning of a state and its Branches, public agencies, etc. and flexibility of action; between ensuring equality and ensure diversity. For this new time we need capacity to preserve democratic fundamentals of the Rule of Law, while we develop our ability to dia-

logue and to share with “other”. We must be apply the principle of resilience to relationships between State, Law and Civil Society, herein understood as Citizens.

This theory was developed during the PhD in Law at PUC Minas in the period 2008-2012 (L. SOUZA, 2012) and has the purpose to analyze democracy as a basis for social inclusion through human agency practiced by Civil Society, Citizens taken into consideration here, and the State action through public policies, at which fulfills its social function provided for Constitution. Considering that the most distinct interest can arise in the dispute for power and social inclusion, which is made possible by access to political and legal means of State control for acting on towards of the Citizen. It is necessary establish a reciprocal relationship of acceptance / rejection by which the subjects involved can present their demands and listen to those shown by the other, and whereby the State is invoked to act with his authority, while not excessively invades the private sphere to do so.

The resilience elasticity is provided with firmness, such as a rubber band, which needs to give mobility to the necessary shape and at the same time, it must have consistent structure, which ensures that fulfill its function of holding together the items for him involved. The resilient State, therefore, is that wherein the structure and mechanisms of participation owned by the

government have the confidence of the population in practice to impose rules necessary to social life and at the same time, the elasticity needed to, without losing authority, do not confuse it with authoritarianism and make room for the proactive role of Citizens.

This does not threaten the legal certainty or even respect for public order, only reframes the concepts of “certainty” and “order” in relation to the liberal period in Modernity. At that time it was essential for the imposition of bourgeois model that State figure, despite should not intervene in the economy, it was harsh with individuals, since it should be organized in formal-bureaucratic and not dialogical way. Certainty was seen as statism and legal monism; order was seen as standardization of collective life from the models dictated by the holders of political power - and economic power behind this. The big question is not “what is safe”, but “who is insured”; perhaps even more so, “why this security is not guaranteed for all”?

Thus, the resilient State has crucial dependence on: a) the democratic model of Rule of Law; b) the design of order as balance and not as control over the disempowered; c) the concept of legal certainty in the context of substantive equality, therefore, inclusive and respectful about the differences that some minorities may represent in relation to the predominant pattern; d) access to the media, since nowadays the

social relations become more technological and permeable to the influence of other patterns experienced by digital means; e) the Citizen as the subject of its history and not just someone who delegates mandate to others and then moves away from public life.

One can see that in the face of such a scenario, it is really difficult to achieve full-resilience because it means accepting plural handling systems, when in fact, by the modern standard, we are led to believe in the universalization as reliable paradigm in any proposed theoretical reading. However, it also reveals how much it is currently essential because the public and legal areas cannot dodge the dynamism already noticed and confronted by other fields of knowledge. Mathematics and Physics already recognize the new borders that break with the “correctness” of their claims; economics and management area work with multiple settings through modeling systems; cyberculture leads us to interact by means of text hyperlinks.

Therefore, the Euclidean linearity and Cartesian logic, yet respected as important modern heritage, can not, however, continue to be the inspiration of legal rationality and Public Administration in its bureaucracy model, because they no longer realize the social reality that is presented to them. The modern liberal Citizen never recognized the “other”, but this “other” is now introduced as a subject and cannot simply be

“framed” in the previous standard. The category of “Citizens” no longer corresponds to a more homogeneous group in social mores, economic position and political power in society, but instead to a more significant status and encompassing inalienable fundamental rights.

The plurivocality of current citizenship confronts the modern models of rationality and challenges them not try to reconcile the irreconcilable, because the difference is a right. Being resilient is learning how to “be” simultaneously with other existence that is not similar to you. Modern equality is the similarity; the resilient equality is to have equal right to invoke the State and the courts to defend “the right to be yourself” and not “to be equal to the standard.” The equality in difference is the great challenge, equal rights of a Citizen, to move judicial process when necessary, to get around, to express themselves, etc., but not the same way that others do. Returning to the example of the elastic: how to keep us together as a society under the same laws and State, while distinct? How the extension to which this ability to include and make room for the difference can be sustained by the government with no serious disruption? How the extension to which the Citizen can be considered subject and to what extent he is humble to State authority?

Therefore, “resilience” is totally different from “resistance”,

because in this one the actors are opponents and in these cases one will find a power struggle – like he only answer to democratic understanding problem, as the more extremists legal pluralists did; the principle of resilience, how we call in our doctoral thesis, represents a value very essential to actual Brazilian democracy, since this application by Law in StateSociety conflicts could equalize “State power”, which must be legitimate, and “popular participation”, whose interventions in political context sometimes aims just particular demands, compromising important public interests or minority rights. (L. SOUZA, 2013: 6)

Thus, the principle of resilience is applied to:

a) resignify citizenship, conferring more attributes to Citizen today than he had in modern liberal period and, this occurs by a reframe of State functions and authority, becoming more horizontal and permeable to suggestions and demands from Civil Society;

b) equalize “citizenships”, avoiding the domain of private interests under public issues, because is very important assure particular rights needed by individual, as well as collective ones;

c) promote legal recognition of difference as “equality in rights”, espe-

cially about human dignity what challenges our conservatism and behavior standardization, since is essential guarantee democracy beyond modern pattern of equality once we are not really the same kind of person e this should not be a problem to social life in democratic State and Law;

d) avoid the “insulation” of Government in face of Citizens, as affirms Leonardo Valles Bento, because participative democracy is substantial to political regime stability and State efficiency *thanks to the political sustainability and legitimacy to which they have for their action programs* (BENTO, 2003: 218 – our translation).

So, we can affirm that *resilience is understood also by the ability of political institutions to assimilate the intervention of new subjects - Citizens proactive - in its internal structure in order to interact with them aiming their continuous improvement* (L. SOUZA, 2013: 9). Resilience consists in a new parameter to equalize social and legal relationships with the intention to open more the democratic setting.

Resilience practice

Resuming the above analysis let us make its application to individual cases: the development of public policies for indigenous education in Brazil; the new Constitution of Ecuador; street demonstrations that took place in Brazil in the last two years.

Indigenous movements in Brazil – educational issues

The formation of public agenda process in a specific area, to be legitimate under the law of a democratic State, should hear the main demands of stakeholders and beneficiaries of its implementation, which is the intended audience of government measures, *in casu*, Brazilian indigenous communities. The basis of this “listening” is deposited in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, promulgated on October 5, 1988, whose Art. 205 provides education as a fundamental right “seeking the full development of the person, his preparation for the exercise of citizenship”.

Therefore, the agenda of discussions should guarantee pluralism of ideas and pedagogical concepts (Art. 206, III, CR / 1988) in choosing which policies will best meet Brazilian indigenous populations, as well as democratic management of education (item VI) in State and municipal schools in order to ensure such communities quality standard (item VII). It suggests that the teaching of indigenous culture cannot be at the expense or less zeal than the regular education.

It is also necessary to highlight the important contribution made by Amendment n.71, of November 29, 2012, which included in the Constitution of Brazilian Republic (1988), the Art 226-A, that created the National System of Culture under the following grounds:

- a) decentralized and participatory collaboration in public policy;
- b) management and joint promotion of public cultural policies;
- c) democratization of access and cultural dissemination in the country;
- d) promoting human development, social and economic with full exercise of cultural rights;
- e) diversity of cultural expressions;
- f) universal access to cultural goods and services;
- g) complementarity in the roles of cultural players;
- h) transversality of cultural policies;
- i) autonomy of federal entities in the three levels considering Brazilian political organization – Union, States and municipalities – and, also, institutions of Civil Society.

Thus the participation of indigenous communities in the agenda identification process (priority topics for State action) is constitutionally guaranteed right, which is based on the following infra-laws:

a) Decree N. 5051, of April 19, 2004, that regulates the Convention n. 169 of the International Labour Organization, an agency of the United Nations, whose text deals with indigenous and tribal peoples rights, assuring them the recognition of the aspirations of these peoples to take control of their own institutions, ways of life and economic development, apart from to maintain and strengthen their identities, lan-

guages and religions within the lands where they live (Preamble);

b) Act N. 11645, enacted on March 10, 2008, which made compulsory the teaching of african-Brazilian and indigenous cultures in schools;

c) Decree N. 6861 of 27 May 2009, whose text organizes the indigenous education in ethno-educational territories in order to respect the different tribes that make up the Brazilian indigenous culture and these should have guaranteed their particular identities, why the Art . 3 of this decree provides autonomy for indigenous schools organize with “its own specific standards and curriculum guidelines” and “regardless of the calendar year”, even as the festivities and landmark dates in the history of that community can be very different from the official calendar;

d) Resolution N. 45 of the Deliberative Council of the National Educational Development Fund (Ministry of Education and Culture) of 29 August 2011, which created a training fellowship program aimed at qualification of teachers for indigenous education, forming the National Network of Professional Teaching in Public Basic Education (MEC Decree n. 1,328, of September 23, 2011).

The relevance of social and cultural aspects in the public agenda formulation stems from the fact that, by this way, one can specifically meet the real demands of the intended audience: the

Brazilian indigenous communities. The forums and regular meetings that indigenous leaders have promoted in order to highlight to the public authority which education needs are urgent and in which situations is no greater disrespect their culture and, also, what paths the interested parties offer to solve these problems. Thus, it is also relevant instrument the Final Document of the First Conference on Indigenous Education, held in Luziânia (Goiás) in 2009 and that was to focus establish fundamental guiding principles, namely (our translation):

I - Consult the representatives of Indigenous Peoples, government organizations and Civil Society about the realities and educational needs for the future of indigenous education policies;

II - Discuss proposals for improving the offer of indigenous education in view of the implementation of Ethno-educational Territories;

III - Propose guidelines to enable the advancement of indigenous education in quality and effectiveness; and

IV - To make a pact between the representatives of Indigenous Peoples, federal agencies and organizations to collectively build commitments to the practice of intercultural indigenous education.

This document is clear legal supported in the aforementioned Decree 5.051 / 2004 regarding the essentiality of community participation in the formulation of the agenda and in making public policy decisions that affect them (our translation):

Article 6

1. In applying the provisions of this Convention, governments shall:

a) Consult the people concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;

b) Establish the means by which these peoples can freely participate, at least the same extent as other sectors of the population and at all levels, in decision-making in elective institutions and administrative bodies and otherwise responsible for policies and programs which concern them;

c) Establish means for the full development of the institutions and people initiatives and, where appropriate, provide the necessary resources for this purpose.

2. Consultations on the application of this Convention shall be undertaken in good faith and appropriate to the circumstances, with the aim of reaching an agreement and get the consent to the proposed measures.

Article 7

1. The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities with respect to the development process, to the extent that it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or use in any way, and to control, as far as possible, their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and national and regional development programs which may affect them directly.

So the process of identifying and forming the public agenda on indigenous education has the required actors: the different communities, as each will point the peculiarities of teaching in its territory; the representative bodies of the community of existing tribes in Brazil today; the organs of the Ministry of Culture and Education linked to public education. The main topics on the agenda have been: multiculturalism, bilingual education, the cultural calendar of the tribe precedence over the calendar year, training of indigenous teachers and infrastructure for these schools.

Resilience can be seen in:

a) Government respect to multicultural aspects of indigenous communities since there is diversity about tribal culture and regular educational system,

as well as between different tribes, organized in ethno-educational territories;

b) co-participative deliberation process that defines public policies about indigenous education and cultural manifestations, here represented by the Council of Brazilian tribes which one contributed to this agenda fully;

c) educational legislation roster, disposed in Ministry of Culture and Education website, in which indigenous peoples Declaration was listed as one of the rules to be obeyed about education indigenous in Brazil, revealing State openness to Citizens participation.

Brazilian streets manifestations 2013 to 2014

The best political and social impact that stemmed with movements that went into the streets in 2013 was precisely the return to the streets. The Brazilians had lost this habit as healthy for democracy. Cannot be said yet that there is a “movement” in the sense used in the 1980s, because many participating alone, just “take to the streets,” without integrating any other forum for debate or have any participatory engagement to actually petition to the government. It is still a movement of “wave”; it must evolve and become organized activity, with clear guidelines and well directed to State bodies - Presidency, Ministries, Legislative, etc. - and also with better continuity of policy coordination after “returning home”. This is important to

prevent the transient effect of these mobilizations not linked to more organized groups and permanent social action.

At the time of convening by the social networks and while they are on the streets many protesters express enthusiasm in your posts on the Internet (Facebook, Twitter, Instagram, etc.), however, at the time an official public meeting is convoked or a public petition is organized the number of people who appear to participate is much lower. In the 1980s, those who were on the streets continued to fight out of them. There are not many manifestations with high volume as the latest in order to deal on the reform of political parties. In the 1980s the protesters had a deeper sense of how politics works, so there was more focus on guidelines and greater cohesion between the protesters even after gone to the streets. Unfortunately, many of the current generation does not even like to talk effectively about politics in their daily lives and end up going to the march with displaced causes, such as the return of the military regime.

Currently, Citizens are demanding changes not as specific as they did in the 1980s and early 1990s, but that target the political and governmental system as a whole, up to non-partisan way, because it has been strong rejection of political parties. However, there is still little knowledge about the functioning of government agencies, precisely because these protesters have not integrated,

mostly, some organized group, which would have the function of transmit this knowledge to them.

So there is a lack of focus on requests - are fair, but directed to the wrong institutional agency - for example, some of the claims made to the President Dilma in marched posters of March 15, 2015 are actually claims of National Congress competence. Brazilians are protesters of "last minute", convened by digital social networks, still see the Chief Executive to be responsible for everything, without having a clear idea that most of their demands can only be authorized by the Legislature. This is accused of "inefficient" more generally - in the case of the executive branch is more personal - because of the figure of the political representatives and their parties are associated with the current model of political and electoral organization in Brazil.

On the latest movements can be said that the agenda of 2013 turned more to the defense of social rights. The corruption theme has been mentioned, but without being the central focus as the "free pass" and other issues. It was a demonstration against "governments" - federal, State and local - towards questions such as urban mobility, education, health, security, etc. This was reflected and continued in 2014, as the population felt neglected in the absence of adequate responses of the three levels of the federation - federal, State and municipalities - and also

being against FIFA interference in Brazil. In 2015, many of those who took to the streets expressed in social networks do not support any party, which is a reflection of disbelief in the dialogue (?) with government in the years 2013 and 2014. Political corruption has become central and other applications side, seen as a result of political morality.

Last year there was also strong opposition to the presence of party flags (from all sides) among the protesters who claim to be “through Brazil”, not for this or that political party, institution that today we can say that is discredited as a means of political representation. Given this situation we must reflect on how to reframe the parties and also on the form of direct and indirect democratic participation in the country. One consequence of this was the return with intensity of the debate on district voting, by which it could eliminate the dependence on the legend, model adopted today. The parties believe that this weakens policy; Citizens who defend the district vote claim that weakens the “partisanship”, while it is beneficial to democracy.

The strength of social networks has proved the return of Brazilians to the streets undeniably. Influenced by the movement called the Arab Spring, organized and maintained by the communicability using Twitter, since the other media were censored, seeks to articulate the public manifestation faster (and

with lower cost for the organized movements). The use of social networks to mobilize segments of the population uses two very important features that make it advantageous: speed and expansion. However, does not mean that the gone the streets by this means of convocation has the same continuity of purpose of old participations, usually linked to organized groups as student movement, black movement, among others.

There is less cohesion among the demonstrators who gather only by the call via the Internet than those who come because they are engaged in some kind of struggle. This is one reason why after the “street” many of disperse and continue to manifest only by “Likes” tool of social networks, which is not actually “mobilization” since there is no effort to change within the means institutional still needed to legislation changes, implementation of public policies, etc. Digital social networks are fundamental to making Citizens’ demands more visible, but this step must be followed by another: the effective engagement in democratic control mechanisms of the State by Citizens: civil action, popular action, popular initiative of bills, participative committees in assemblies, public meetings, and other.

In these cases, resilience is present when:

a) different groups accept their demands even they not agree in personal life, but as respect to the other in public

arena: religious segments, homosexuals, ecologists, private business, etc.;

b) State create new spheres to public manifestation in its official agencies if the existents ways are insufficient to provide space and condition to dialogue with Citizens, institutionalizing deliberation with Civil Society;

c) the Citizens agenda is actually welcome and converted in legislation or public policies, even some claims could not be accepted, but with clear evidence that the public power are open to considerations.

New Constitution of Ecuador (2008)

The most evident case of resilience in the last years is, undoubtedly, the new Constitution of Ecuador (2008). First of all because its own process of proposition, by referendum, what means that Ecuadorian people could really “speak” as Citizens about their Magna Law. Public consultation was made in September 29, in 2008. Almost 70% of Ecuadorian population approves the new Constitution, what signify this utmost importance as fundamental law and, also, as democratic expression of public deliberation. This constitutional text defends animals rights, priority groups (children, women, handicapped, among other), urban mobility, and, in a significant way, native peoples and the *Pacha Mama* (Mother Nature, of which we are all part). Recognized Indigenous Justice and tribes’ autonomy much more

broadly (resilient) than Brazil does and yet the Constitution has a compromise with *sumak kawsay*, a *kichwa* word to “welfare” respecting indigenous peoples values (Preamble of constitutional text).

So, in accordance with Mark Tushnet (2015), the rules, and this applies to those with constitutional status, are produced (constructed) today by other mechanisms, beyond traditional ways as the legislature. It is not only a matter of judicialize access to rights, but to actually hear other spheres, now considered empowered, as Civil Society. The Ecuadorian Constitution is one of these instruments, such as the previous deliberative process that discussed its contents. It is not the first time that a Constitution, or a more significant constitutional change as an Amendment, was confirmed by referendum - other examples are Egypt (2007) and Italy (2006) - but is the most important as a democratic document, because recognizes indigenous peoples, nature, collectivities, individuals and communities, all, as Citizens and subjects of this Magna Law (Art. 10). One example is the existence of an official language, Castilian, and languages of intercultural relationships, *kichwa* and *shuar*, beyond the use of ancestral tongues in indigenous territories (Art. 2).

The referendum represents a complete paradigm break with the modern model of representation and formation of political power because assigns Cit-

izens power to control the actions of agents who acted on its behalf in the assemblies. Confirmation can follow an existing institutional path, the referendum, but the decision source of so relevant question is innovative, since in this case it includes new rights and greatly expands Ecuadorian citizenship. And, furthermore, the recognition of so many subjects as active Citizens completely changes the relation between State, Law and Civil Society.

Also there is innovation in constitutional contents, for instance:

a) fundamental rights are immediately applicable even those indicated in international law of which Ecuador was signatory in order to ensure justice access for all Citizens, it being prohibited deny applicability to rules due to its lack of legislature process (Art. 11, item 3);

b) State and its agencies are obliged to repair the violations committed against citizens by the deficiency in public services (Art. 11, item 9);

c) the communication means must respect cultural diversity (Art. 16 and 17);

d) intercultural dialogue in education policies (Art. 28);

e) special protection to migrants to avoid the illegality of immigration status and to promote their inclusion with the rest of society (Art. 40);

f) special protection to people with serious diseases as AIDS and other terminal or complex illness (Art. 50);

g) family diversity protection (Art.

67) and other social issues.

We have to emphasize the Chapter Four that cares about rights of communities, peoples and nationalities, considering the cultural diversity in Ecuador. This part of Ecuadorian Constitution intends to curb discrimination against original peoples. It guarantees to them identity respect, property of their ancestral territories, biodiversity management of natures in their lands, and other protections. One of the most important is assure to indigenous peoples the deliberative right on public policies; none political decision about issues related to them can be approved without first heard the mainly interests, indigenous Citizens. Another reflex of this new approach to original peoples way of life is the utmost relevance of community decisions because it is an essential value in democracy, but further in his culture (Art. 57, item 12, protection to collective knowledge).

Chapter Five is also key in this Constitution, because it is expressed individuals participation rights in public life by vote and also with the adoption of “affirmative action” applied to the choice of political representatives (Art. 65). It aims guarantee balance in representativeness and avoid that one group more powerful overlap minorities.

Nevertheless such Citizens empowerment in Ecuadorian Constitution, unfortunately there are problems remained from traditional culture. Despite how we

said before diversity family was ensured (Art. 67) and common-law marriage is open to homosexuals (Art. 68), legal marriage (Art. 67 too) and adoption (Art. 68) still are rights strictly to heterosexual couples, what brought a huge challenge to Judiciary Power in Ecuador regarding human dignity recognition.

The resilience in Ecuadorian Constitution is centered in native peoples and their political, social and cultural inclusion. In this matter this constitutional text is crucial to Latin America, considering our colonization and dictatorial regimes heritage. However the modern and bourgeois characteristics remains, mostly because of the strong Christian religious presence on the continent that inhibits the provision of other rights. But this cannot be attributed uniquely to the denial of recognition by Christians, because there is also the share of contribution from ancient cultures, also organized as families conducted by couples of different sexes aiming procreation, the human continuity in following generations (*Pacha Mama* – “Mother of we all”, sprouting life).

FINAL CONSIDERATIONS

Resilience is the principle of search, constantly, for democratic mechanisms renovation (innovation) considering people contribution to that and the endless scenario changes in all societies. It is an attitude focused on recognition and political dialogue, what means that

sometimes it occurs by social acceptance of diversity (e.g., native peoples in Ecuadorian Constitution or in Brazilian educational law); sometimes, when acceptance is not possible by itself, as a public negotiation for mutual relationship (e.g., homosexuals and religious groups arguing about marriage or adoption). Ever depends on intersubjectivity; on a collective moral that defends human dignity, democracy, citizenship and because of which is capable to adapt itself many times to assure continuous movement of State, Law and Civil Society, including minority groups. But always changing without lost its fundamentals.

Adaptability is not lose identity. It is not lose State authority. Is move your essence to another configuration, which contributes to a better intersubjectivity and, also, better public policies. The transformation mutates mechanisms, rules, political organization, institutions at the same time conserves fundamental rights, democratic Government, deliberation sphere, cultural pluralism, etc.. For example, change political debates to digital media transform the means, however the same mistakes committed in non-virtual sphere could be found in social networks in internet. It is necessary a new moral, which sustained democratic dialogue in any environment and that supports citizenship in contact with diversity.

Individuals must be resilient to be capable to accept another people that

claims different rights and way of lives; State must be resilient too, to constructed political and judicial frames that allowed to Citizens discuss about public policies, accountability and rules of official Law. Only in this way we can really say that there is a Democratic Rule of Law in which we can live as emancipated individuals, empowered and equals in the republican sense: the equal right to be ourselves with our identities. Each group in society must give way sometimes, open space to another; and defend its position in face of State and groups in other occasions. This situation has no end, it is a part of democracy, a constant need of sit and talk. Because of that resilience attitude as a principle of Law, applied to relationships between State and Citizens or among individuals, is so crucial to sustain the aperture for the constant restructuring the social and political systems both need.

REFERENCES

BENTO, Leonardo Valles. 2003. *Governança e governabilidade na reforma do Estado – entre eficiência e democratização*. Barueri: Manole.

BRASIL. Decreto 5051, de 19 de abril de 2004, promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais. *Presidência da República*, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/

decreto/d5051.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Decreto 6861, de 27 de maio de 2009, dispõe sobre educação escolar indígena e define sua organização em territórios etnoeducacionais. *Presidência da República*, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6861.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Lei 11645, de 10 de março de 2008, obriga o ensino da temática “História e cultura afro-brasileira e indígena”. *Presidência da República*, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11645.htm>. Acesso em 14 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Resolução n. 45, de 29 de agosto de 2011, Rede Nacional de Formação Continuada para Educação Básica; educação escolar indígena e em áreas remanescentes de quilombos; outros assuntos. *Ministério da Educação e Cultura*, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, Conselho Deliberativo.

BRAZIL. *Federative Republic Constitution*. Constitutional text of October 5, 1988, with the alterations introduced by Constitutional Amendments until N. 64/2010. Access: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfSobreCorte_en_us/anexo/constituicao_ingles_3ed2010.pdf>.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE EDUCAÇÃO INDÍGENA, I. *Documento final*. Luziânia, Goiás, Brasil, 16 a 20 de novembro de 2009.

ECUADOR. *Constitución del Ecuador*, aprobada en referéndum por el pueblo ecuatoriano en 29 septiembre 2008. Disponible em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso en 02 de marzo 2015.

INTERNACIONAL LABOUR ORGANIZATION. 1989. *Resolution N. 169*, Indigenous and tribal peoples. Access: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>>

LÉVY, Pierre. 1999. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34.

MICHELS, Robert. 2001. *Political parties: a sociological study of the oligarchical tendencies of modern democracy*. Translated by Eden and Cedar Paul. Kitchner (Ontário, Canadá): Batoche Books.

QUADROS DE MAGALHÃES, José Luís; AFONSO, Henrique Weil. 2012. The Plurinational States of Bolivia and Ecuador: Foundations for a rereading of Modern International Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XII, p. 455-473.

SOUZA, Celina. 2006. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul./dez., pp. 20-45.

SOUZA, Luciana Cristina de. 2013.

State power legitimacy in Brazilian democracy. 26th World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie - IVR).

SOUZA, Luciana Cristina de. 2012. *Aplicação do princípio da resiliência às relações entre Estado, Direito e Sociedade Civil*. Tese. Pontifícia Universidade Católica, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil, Programa de Pós-graduação em Direito.

SOUZA, Luciana Cristina de. 2010. A (des)proteção normativa da cidadania. *Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v.5, n. 9, jul./dez., pp. 119-134.

TUSHNET, Mark. 2015. New institutional mechanisms for making constitutional law. Access: <<http://ssrn.com/abstract=2589178>>.

Luciana Cristina de Souza

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa; Professora da Pós-graduação stricto sensu; Doutorado em Direito pela PUC Minas; Mestrado em Sociologia pela UFMG; Graduação em Direito pela UFMG; Orientadora de Pesquisa pela FAPEMIG e pelo CNPq.

AS MEMÓRIAS DAS MULHERES TRAFICANTES: entre a submissão e a resistência?

Fernanda S. Curcio e Lobelia da S. Faceira

Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

E-mail: nanda_fsc@hotmail.com

E-mail: lobelia.faceira@unirio.br

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de problematizar o fenômeno da inserção da mulher no tráfico de drogas pela perspectiva do *gênero*, por meio das contribuições da *memória social*, uma vez que esta é um campo interdisciplinar que possibilita as investigações e a construção de um conhecimento sobre as relações de poder, a influência da transmissão de valores, culturas e modos de ser nas experiências e comportamentos dos sujeitos sociais. Como metodologia utilizada, apresenta-se uma análise discursiva de entrevistas qualitativas com cinco mulheres que foram presas por tráfico de drogas e eram atendidas como egressas do sistema penitenciário, pelo Patronato Magarinos Torres-Anexo Campos. Compreende-se que é a partir destes relatos que é possível que se reconstrua uma visão mais concreta da dinâmica da prática do tráfico de drogas por parte dessas mulheres e, como as mesmas se representam à sociedade e ao crime ora estudado.

Palavras-chave: Mulher. Tráfico de Drogas. Memória.

ABSTRACT

This work aims to discuss the woman's insertion phenomenon in drug trafficking by gender perspective, through the contributions of social memory, since this is an interdisciplinary field that enables investigations and the construction of knowledge about the power relations, the influence of the transmission of values, cultures and ways of being in the experiences and behavior of social subjects. As the methodology used, presents a discourse analysis of qualitative interviews with five women who were arrested for drug trafficking and attended as prisoners of the penitentiary system by the Patronato Magarinos Torres-Anexo Campos. It is understood that it is from these reports that it is possible to rebuild a more concrete view of the dynamics of the practice of drug trafficking by these women and how they represent themselves to society and the crime now studied.

Keywords: Woman. Drug Trafficking. Memory.

INTRODUÇÃO

Atualmente no Brasil cresce intensivamente o número de mulheres encarceradas. De acordo com o Sistema de informações Penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), entre os anos de 2000 e 2014 a proporção da população carcerária feminina cresceu mais que o dobro da masculina. Neste período o aumento da população feminina foi de 567%, enquanto a média do crescimento masculino foi de 220%, apresentando, desse modo, uma curva ascendente do aprisionamento em massa de mulheres em âmbito nacional.

A razão deste crescimento está relacionada ao maior envolvimento com o tráfico de drogas. Este crime, segundo o DEPEN, nas últimas décadas, foi a atividade ilícita que mais fez ingressar mulheres no sistema prisional brasileiro. Entretanto, ao se debruçar sobre este cenário é possível que se perceba que a inserção das mulheres nesta atividade ilícita vai além de uma infração penal, consistindo, muitas das vezes, em uma oportunidade de trabalhar, para auxiliar o companheiro ou, até mesmo, em busca de poder.

O debate crítico acerca do tráfico de entorpecentes e o envolvimento com esta atividade ilícita é esvaziado de seu verdadeiro sentido pela mídia, mas também por alguns debates teóricos. O tráfico de drogas, enquanto um comércio global, apresenta interferência nos aspectos político, econômico e social da contempo-

raneidade. Esta atividade ilegal assume a posição de segunda atividade mais lucrativa do mundo, ficando atrás apenas para o comércio ilegal de armas.

Nota-se que a intervenção do Estado possui o objetivo de disciplinar os espaços públicos e privados. A droga se apresenta como algo que causa a destruição e desagregação, havendo assim, como esclarece Feffermann (2006), uma premência geopolítica para hostilizá-la militarmente e, claro, permanecendo o controle sobre os países latino-americanos e africanos. Assim, de acordo com Rodrigues (2004), as políticas antidrogas se manifestam como estratégia do governo, servindo para identificar, perseguir e prender os anormais, pessoas que fujam das ordens social e moral estabelecidas. As leis, enquanto regras jurídicas social e historicamente construídas, abrangem os costumes e normas formal e expressamente produzidas pelo Estado, que visam, de certa forma, alcançar o “bem” da sociedade.

Campos (2015) expõe que a Lei 11.343/2006, Nova Lei de Drogas brasileira, faz emergir um novo dispositivo: médico-criminal de drogas. Tal dispositivo, enquanto uma tecnologia política complexa, produz uma nova maneira de governar os usuários e traficantes. Esta traz como um dos seus principais enunciados a problematização da saúde, provocando, assim, outra distribuição dos discursos, prazeres, verdades e poderes. A Nova Lei de Drogas traz um componente médico-

-preventivo, para os usuários de drogas, sendo estes vistos como doentes; e um componente punitivo e criminalizador para aqueles que comercializam as drogas – os inimigos da sociedade.

Para o autor a administração estatal da droga no Brasil se mostra “como um copo meio vazio de médico e cheio de prisão” (CAMPOS, 2015, p. 10). Em outras palavras, a justiça criminal rejeita a parte médica do dispositivo e fomenta a pena de prisão. Ao mesmo tempo que o país caminha no sentido do aumento dos direitos e garantias fundamentais, prioriza, dentro do sistema de justiça criminal, a pena privativa de liberdade. Campos (2015) ainda esclarece que após a aprovação da referida lei, a cada ano aumentam gradativamente as chances do usuário ser incriminado por tráfico de drogas.

Ademais, é interessante destacar que a guerra às drogas se faz muito mais intensa ao pequeno distribuidor, sendo este o mais fraco de toda a rede que compõem este “comércio”. O sistema de confronto desenvolvido pelas autoridades não atingem os grandes negociantes de drogas ou os sistemas financeiros que faz o trabalho de lavar o dinheiro adquirido de forma ilegal, sendo estes últimos os atores que mais lucram com o tráfico de drogas.

O controle do sistema penal sobre a política de antidrogas favorece uma ação militarizada na segurança pública e drástico aumento de pessoas em situação de cárcere. Beauchesne (2015) com-

preende que a guerra às drogas fracassou nos objetivos de promoção da saúde e, além disso, promove a expansão do comércio ilícito de drogas. Ao mesmo tempo, contraditoriamente, é muito eficiente como estratégia da geopolítica internacional e no reforço do controle social e da estigmatização de determinados grupos.

Nesse sentido, partindo das contribuições de Becker (1997), é entendido que os desvios e estigmas são sempre constituídos em processos políticos, em que determinados grupos conseguem impor suas perspectivas como mais legítimas que outras. O desvio, para o autor, não é imanente às ações e aos sujeitos que os praticam. Na verdade, ele é construído durante os processos de julgamento que compõem disputas diante de objetivos de grupos específicos.

Na trama das relações sociais contemporaneamente estruturadas, o estigma do tráfico de drogas enquanto desvio não se reduz ao traficante, uma vez que os consumidores de drogas são também “marcados” como responsáveis pelo comércio ilícito. Como esclarece Goffman (1988) o estigma é um atributo que torna o sujeito diferente aos demais, desvalorizando-o, ou colocando-o numa posição inferior e/ou em desvantagem.

O que se verifica é que os discursos que se constroem sobre os “criminosos do tráfico” tornam-se genéricos, estereotipados e a-históricos, encobrendo as relações políticas, sociais e econômicas que fazem parte deste fenômeno. Nota-se, também, que

existe pouca visibilidade e estudos direcionados aos crimes praticados por mulheres.

Ao se propor construir este trabalho por uma perspectiva de gênero tomou-se o cuidado de não reduzir essas personagens a um arquétipo fixo e genérico. Esta categoria auxiliará em dois sentidos, primeiramente para desconstruir a determinação da mulher no espaço de subalternidade e vítima, ao cometer crimes. Além disso, ao se utilizar as contribuições das discussões de gênero é possível que se compreenda que a instituição de como “ser homem” ou “ser mulher” reforçam os estereótipos dos gêneros, e, mais que isso, enquanto poder, não age simplesmente dominando e oprimindo as subjetividades, mas atua imediatamente na sua constituição.

Scott (1995) compreende o gênero como as relações constituídas a partir da forma como a sociedade percebe as diferenças biológicas entre os sexos. Tal percepção é baseada em mecanismos classificatórios que por sua vez aglutinam um conjunto de dicotomias: macho/fêmea; masculino/feminino; forte/fraco; razão/emoção; dominante/dominado; entre outros. O campo positivo e superior cabe ao masculino, e o negativo e inferior ao feminino.

As oposições e hierarquias, contudo, como produtos históricos, são arbitrárias. Scott (1995), nesse sentido esclarece que o fundamento da desigualdade entre o homem e a mulher não está na diferença biológica, mas sim nos signifi-

cados construídos socialmente referentes a estas diferenças.

Por sua vez, Saffioti (2004) traz uma intensa crítica referente aos usos da categoria gênero. A autora não renega a importância desta, porém, contesta a sua utilização exclusiva e afirma a imprescindibilidade da utilização do conceito de patriarcado. Para Saffioti (2004) o patriarcado é um fato específico das relações de gênero, sendo estas relações hierárquicas e desiguais. Este fato, que tem como base a ideologia e a violência, concebe a exploração e dominação exercida pelos homens sobre as mulheres. O sistema patriarcal, para a autora, atravessa o Estado e a sociedade.

Diante das reflexões sumariamente elencadas, a seguir serão explicitadas as discussões trazidas por diferentes autores que tratam da questão da mulher no tráfico de drogas. Posteriormente, de modo a traçar um conhecimento objetivo e sem quaisquer generalizações, será apresentada uma análise discursiva das entrevistas realizadas com cinco mulheres, que foram presas por tráfico de drogas e, que eram atendidas como egressas do sistema penitenciário, pelo Patronato Magarinos Torres-Anexo Campos – Órgão do Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro pertencente a Subsecretaria Adjunta de Tratamento Penitenciário. Compreende-se que é a partir destes relatos que é possível que se reconstrua uma visão mais concreta da dinâmica da prática do tráfico de drogas por parte dessas mulhe-

res e, como as mesmas se representam à sociedade e ao crime ora estudado.

AS MULHERES TRAFICANTES

A questão carcerária é um dos problemas mais complexos que marcam o cenário brasileiro. De acordo com os dados fornecidos pelo Infopen (2014), no Brasil o total da população prisional referente a junho do ano de 2014 era de 607.731 pessoas, em que 579.423 estavam detidas no sistema penitenciário, 27.950 nas Secretarias de Segurança (carceragens de delegacias), e 358 em presídios federais. Deste total, cerca de 40% são presos e presas provisórios, tal fato, além de provocar o aumento exorbitante da população em situação de privação de liberdade, eleva ainda mais os custos do sistema carcerário, e, também, submete a um número cada vez maior de pessoas às consequências do aprisionamento.

Diante de uma soma de 300 presos por cem mil habitantes, constatou-se o déficit de vagas de unidades prisionais em torno de 231.062. Em números absolutos, o Brasil tem a quarta maior população prisional, atrás apenas dos Estados Unidos (2.228.424 presos), China (1.657.812 presos) e Rússia (673.818). Em termos relativos, a população encarcerada brasileira também atinge a quarta posição, em que os Estados Unidos, a Rússia e a Tailândia apresentam uma cota prisional maior.

Em relação à variação na taxa de aprisionamento, ao contrário dos Estados Unidos, China e Rússia, que nos últimos

cinco anos vêm reduzindo o ritmo de encarceramento, o Brasil assume a segunda colocação, com 136%, ficando atrás da Indonésia, com 145%. Caso a situação não se modifique, em 2018, o Brasil ultrapassará a Rússia, e será o terceiro país com o maior número de pessoas presas.

Nos últimos quinze anos, a população prisional totalizou um aumento expressivo de 161%, valor este dez vezes maior que o crescimento do total da população nacional, que cresceu em torno de 16% no mesmo período.

Contudo, em relação ao aprisionamento de mulheres, os dados são ainda mais alarmantes. Embora o número de mulheres presas ainda seja bem inferior ao dos homens, entre os anos de 2000 a 2014 o aumento do número de mulheres em situação de privação de liberdade deu um salto e atingiu a marca de 567%, chegando a 37.380 pessoas, do total de 579.781 presos (INFOPEN, 2014). Durante este mesmo período, o crescimento relativo à população carcerária masculina foi de 220%. O principal fator deste expressivo aumento é a inserção destas mulheres no tráfico de drogas.

Com o advento do século XX aflorou-se o protagonismo das mulheres, diante de importantes conquistas no âmbito dos direitos civis, sociais e políticos, alterando-se, assim, os lugares e posições sociais que ocupavam. Esta é uma face da história. A oposta é a conservação e a reprodução das memórias de desigualdades entre homens e mulheres.

O mercado de trabalho, nesse sentido, apresenta-se como um lócus de análise das alterações e reproduções dessas desigualdades. Diversas defluências ocorreram no mundo do trabalho com a crise econômica e política que vem marcando a sociedade brasileira desde a década de 1980. É marca deste cenário o aumento do desemprego, terceirização, trabalhos precários, pobreza, entre outros.

Ressalta-se, no entanto, que as consequências destas inflexões sobre as mulheres são mais intensas. A inserção das mesmas no mundo do trabalho vem acompanhada, concomitantemente, de alto grau de discriminação, não só no âmbito das ocupações, como também na desigualdade salarial entre homens e mulheres.

De acordo com Melo (2005) há uma dessemelhança de rendimento entre homens e mulheres, em que estas apresentam uma grande desvantagem em relação aos primeiros, dentre elas: rendimentos inferiores; o desempenho de ocupações mais desvalorizadas, tanto econômica quanto socialmente; taxas superiores de desemprego; menor formalização de trabalho; direitos previdenciários reduzidos; maior exigência de escolaridade; dificuldades de ascensão a cargos de chefia, entre outros.

Além disso, deve-se considerar que “o quadro relativo às mulheres aponta para mais desigualdades no entrelaçamento entre classe, gênero e raça. [...] A distribuição ocupacional respon-

deria, em parte, pelas disparidades de rendimentos entre os sexos e as identificações raciais” (CASTRO, 1990, p. 93). Não se está sugerindo aqui que os homens possuem condições ideais, ou ainda aceitáveis de trabalho. Porém, é de comum entendimento que o aprofundamento da vulnerabilidade social dos trabalhadores se intensifica ainda mais sobre as mulheres.

Abramo (2006) aponta, a partir dos dados disponibilizados pela Pesquisa Nacional de Amostras por Domicílio (PNAD) entre os anos de 1992 a 2003, a diferença de rendimentos entre brancos e negros com os mesmos níveis de escolaridade. Os negros, de acordo com estes dados, recebem 30% a menos que os brancos. Estes números são ainda mais alarmantes quando se compara mulheres negras com os homens brancos, em que ambos possuem 11 anos e mais de estudo. De acordo com a autora, elas recebem apenas 46% dos rendimentos dos homens brancos por hora de trabalho. Em 2012, em se tratando do rendimento médio entre homens e mulheres, esta recebe o equivalente a 72,9% referente aos rendimentos dos homens.

Tais números se contrapõem ao discurso de que as diferenças de rendimentos entre brancos e negros, e entre homens e mulheres, são justificados pelo nível de escolaridade. Na verdade, este não é suficiente para explicar a desigualdade em relação aos rendimentos, havendo outros fatores que também compõem

este fenômeno, como os mecanismos de segregação ocupacional, baseados na cor e no gênero, mas também, em elementos diretos e indiretos de discriminação.

Estes fatores, além de deterem influência sobre os rendimentos, interferem na qualidade de emprego. Abramo (2006) afirma que o Brasil apresenta um grande número de trabalhadores em ocupações precárias, informais e de baixa qualidade. Tais trabalhos são desempenhados, em sua grande maioria, por mulheres negras.

Outro fenômeno que merece atenção é o aumento da mulher enquanto a principal responsável pela renda do domicílio. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano 2000, por exemplo, as mulheres sustentavam 24,9% dos 44,8 milhões de domicílios. Em 2010, essa porcentagem atingiu a marca de 38,7% dos 57,3 milhões de domicílios. Este fato, normalmente visto como algo positivo, exclui fatores e elementos que o compõem.

No Brasil, a partir dos anos de 1970, vem crescendo o número de mulheres responsáveis pela renda familiar. Na década de 1990 este fato se intensificou, principalmente, diante do processo de reestruturação das atividades econômicas e a precarização do trabalho. Muitas donas de casa, antes restritas ao espaço privado, começam a se inserir no mercado de trabalho de maneira a enfrentar a diminuição dos rendimentos da família, o desemprego recorrente e o impacto do empobrecimento.

O aumento dos lares chefiados por mulheres vem crescendo, concomitantemente com a averiguação de que eles estavam entre os mais pobres. Existe uma relação direta entre a ampliação no número de domicílios que tem a mulher como pessoa de referência com o fenômeno da *feminização da pobreza*. Este pode ser entendido como uma “mudança nos níveis de pobreza com uma tendência desfavorável às mulheres ou aos domicílios chefiados por mulheres” (MEDEIROS; COSTA, 2008, s.p.).

Assim, uma saída para essas dificuldades pode ser o tráfico de drogas, como expõe Moki (2006). O autor relaciona a inserção da mulher nesta atividade ilícita com o desemprego feminino, baixos salários e o aumento das mulheres responsáveis pelo sustento da família. Compreende-se então, que a inserção das mulheres nesta atividade vai além do cometimento do crime, baseando-se, em muitos casos, em uma oportunidade de trabalhar para manter o sustento do lar. O comércio de drogas, como se verifica, possui como “características de permanência e de constituição à vida paralela ao mercado formal de trabalho” (MOURA, 2005, p.[52]).

Diante disso,

[...] apesar de o tráfico ser uma atividade extremamente marginalizada e estigmatizada (e até mesmo ilícita), é a partir dela que esses sujeitos tentam

fazer parte de uma estrutura societária, ou seja, a busca de inserção e expressão no modelo social vigente (que é o do consumo) contribui para essa inserção laboral marginal. No entanto, essa inserção parece acontecer em nível do consumo por um lado, mas permanece limitada a algumas esferas de suas vidas. [...] tal ocupação possibilita (devido ao valor ganho) o acesso ao consumo, para além de um reconhecimento social, o que não seria possível adquirir através do mercado formal, diante da restrição de oportunidades que este oferece (OLIVEIRA, 2009, p. 47).

De acordo com Moura (2005), a “entrada” de mulheres no tráfico de drogas não é somente uma transgressão penal, mas, além disso, constitui uma oportunidade de trabalho, que possa vir a superar a difícil situação financeira que atinge não somente a si própria, mas também sua família.

Porém, essa explicação não basta para esclarecer a entrada de mulheres no “mundo do tráfico”, como esclarece Guedes (2006). Este autor não descarta os fatores indicados acima, mas acrescenta que a utilização do poder, o dinheiro fácil, a autoridade e não submissão às regras sociais podem motivar as mulheres a se inserirem nesta atividade.

Não se pode desconsiderar também o fato das mulheres presas acusadas pelo envolvimento com tráfico se amplia devido às mesmas desempenharem funções subalternas na escala hierárquica da organização criminosa. Isso é apontado por Soares e Ilgenfritz (2002). As autoras esclarecem que as mulheres são presas mais facilmente, em ordem decrescente de frequência e importância, pois realizam atividades como “bucha” (a pessoa que é presa por estar no mesmo local que está sendo realizada outras prisões), “mula” / “avião” (que transporta a droga de um lugar para outro), vapor (que comercializa pequenas quantidades no varejo), “cúmplice” ou “assistente/ fogueteira”.

O universo do tráfico de drogas é extremamente machista e costuma objetificar mulheres e relegá-las a posições mais dispensáveis. Então, as relações discriminatórias de gênero que estão presentes na sociedade, ganham vida também no ramo ilegal. Normalmente, elas reproduzem tarefas associadas ao gênero feminino (limpar, embalar drogas, efetuar pequenas vendas), e, das poucas que ascendem de posição na hierarquia do tráfico, são devido à ajuda e apoio aos chefes desta atividade ilícita e das ações de extrema submissão às ordens dos mesmos. Salienta-se que “esta é uma referência à clássica divisão sexual do trabalho, que destina às mulheres o trabalho doméstico, normalmente não remunerado, formando

os chamados ‘guetos femininos’, que se reproduz na esfera do tráfico de drogas” (CORTINA, 2015, p. 767).

Pimentel (2008), por sua vez, observa que muitas mulheres traficantes agem em nome do afeto. A autora afere que a “sujeição do feminino ao masculino, a mulher traficante passa a conceber a sua própria identidade a partir do outro com o qual se relaciona afetivamente, de modo que até mesmo práticas ilícitas passam a povoar o seu cotidiano” (PIMENTEL, 2008, p. 4).

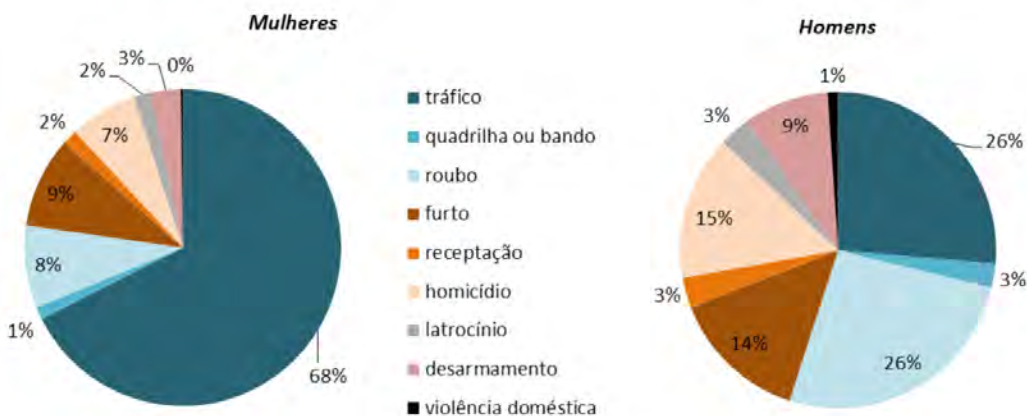
Desta forma, dando prosseguimento as análises e discussões, o momento subsequente pretenderá responder a seguinte questão: o tráfico de drogas assume a uma dupla estratégia, de manter uma memória de submissão da mulher; mas tam-

bém, como uma memória de resistência, que se utiliza deste crime na tentativa de romper com a posição de subalternidade?

MEMÓRIAS DE SUBMISSÃO E DE RESISTÊNCIA?

Em dados gerais disponibilizados pelo DEPEN, referentes a junho de 2014, nas prisões brasileiras 50% das mulheres privadas da liberdade possuíam entre 18 e 29 anos, 68% eram negras, 58% possuíam o ensino fundamental incompleto, e, 68% estavam presas devido a acusação de tráfico de entorpecente. Este fato, em especial, apresenta sobressaltos quando se compara a proporção do aprisionamento masculino por tipo de crime, como se verifica no gráfico abaixo:

Gráfico 1: Distribuição por gênero dos crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade. Brasil. Junho de 2014



Fonte: Infopen, jun/2014. Departamento Penitenciário Nacional/Ministério da Justiça.

Diante da necessidade de se debruçar com mais severidade sobre o objeto deste estudo, realizou-se uma pesquisa de caráter qualitativo com cinco egressas atendidas pelo Patronato Magarinos Torres- Anexo Campos, após as autorizações da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro e pelo Comitê de Ética da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

A escolha das entrevistadas obedeceu à ordem de comparecimento das usuárias, presas por tráfico de drogas, no Patronato Magarinos Torres-Anexo Campos, durante o mês de maio de 2015. As participantes da pesquisa, num primeiro momento, foram advertidas sobre o direito de optar em participar ou não do estudo, além disso, foram informadas sobre os objetivos da pesquisa, os procedimentos que seriam utilizados e da confidencialidade das informações e de sua identificação. Para tanto, de forma a preservar a identidade das entrevistadas utilizou-se a identificação numérica, de acordo com a ordem de realização das entrevistas.

O que se propõe, neste momento, é o confronto entre os princípios teóricos e as significações que estas mulheres atribuem ao fenômeno ora estudado.

Sabe-se que os fenômenos sociais não podem ser estudados e analisados descolados de mediações históricas concretas, logo, a sua interpretação depen-

de das abstrações de pensamento. Isto não significa uma recusa da forma pela qual o elemento se manifesta, mas sim, compreendê-lo como uma dimensão superficial que compõe a complexidade social, desvelando as tensões imanentes do subjetivo e o social. O campo da memória social ajuda neste movimento, uma vez que possibilita compreender o processo dinâmico da vida social, atravessada por atores e memórias em disputa que atuam na construção de subjetividades e estratégias de resistência.

O sujeito neste trabalho, por consequência, foi analisado na perspectiva de processualidade e em constante conflito, performativamente produzido e criativo, sendo a “subjetividade essencialmente fabricada e modelada no registro social” (GUATTARI; ROLNIK, 2010, p. 40). Nesse sentido, o movimento metodológico se organizará na apresentação das categorias resultantes das análises das entrevistas realizadas, a observação das contradições e perspectivas presentes nestes discursos, e as suas articulações com o objeto teórico.

A primeira pergunta direcionada as entrevistadas era se, no entendimento delas, existia um papel pré-estipulado às mulheres. Quatro entrevistadas apresentam em seus discursos uma compreensão crítica em relação a esta questão, as mesmas afirmavam que homens e mulheres não possuíam os mesmos papéis e isso era imposto pela sociedade. Algumas apontaram algu-

mas funções “tipicamente femininas”, que aprenderam com suas mães, avós ou tias ao longo de sua infância até a vida adulta. Dentre elas, seria o cuidado da casa, dos filhos e do marido.

Uma entrevistada, além deste ponto, ressalta a cobrança social em relação ao comprometimento amoroso da mulher e a necessidade de estar se relacionando amorosamente com alguém, para que assim, sua vida estivesse completa, em suas palavras,

A mulher não é vista igual o homem... a sociedade cobra da gente posturas diferentes. A mulher tem que cuidar dos filhos... ser boa dona de casa, boa companheira. Se um homem não casa ninguém se preocupa, mas se a mulher for ficando velha e não tem marido as pessoas ficam falando e perguntando... (ENTREVISTADA 4).

É interessante destacar neste discurso que a entrevistada aponta para a diferença de papéis impostos socialmente a homens e mulheres. Nesse sentido, funções como cuidado dos filhos, manutenção do lar e do relacionamento afetivo são, no entendimento da mesma, relegadas às mulheres. Outro ponto que merece destaque é a maior dependência de uma relação afetiva por parte das mesmas. Mesmo que alguns estudos (ZORDAN, FALCKE & WAGNER,

2009) indiquem que nos últimos anos as mulheres vêm optando por casar e ter filhos mais tarde, com o intuito de garantirem o seu futuro profissional, compreende-se que este fenômeno pode sofrer interferência de alguns elementos, como escolaridade e classe social. Contudo, os mesmos autores, em pesquisa desenvolvida com homens e mulheres, alertam que há diferenças significativas em relação aos motivos socioeconômicos que levam ao casamento. De acordo com o resultado da pesquisa, as mulheres ainda se sentem mais cobradas a dar mais satisfação à sociedade no que se refere ao seu estado civil e relacionamentos. Tal fato pode também estar atrelado a uma herança cultural em que o valor da mulher estava submetido a sua capacidade ou incapacidade para o casamento.

A mesma egressa ainda relata sobre a diferença de funções e trabalhos desempenhados por homens e mulheres, e que no seu entendimento, é algo que não é natural, mas sim uma cobrança social que acaba por influenciar na dimensão laboral. A entrevistada 4 afirma: “Tem trabalhos, por exemplo, que as mulheres não podem fazer, porque os outros acham que é pra homem. [...] a sociedade vê diferenças sim”. Em algumas declarações feitas em momentos posteriores há discretas, mas relevantes, críticas à sociedade e suas imposições aos indivíduos:

A gente pode querer ser igual, fazer as mesmas coisas,

mas sempre vai ter alguém pra dizer que não pode, a sociedade sempre vai te impor limites (ENTREVISTADA 5).

Verifica-se que essas imposições e influências na constituição de papéis que cabem a homens e mulheres, além de uma interferência mais ampla, como a sociedade e instituições de uma forma geral, atuam e se tornam mais incisivas, ou talvez mais claras, no ambiente familiar, como sinalizado anteriormente.

No segundo núcleo de análise, em relação ao cometimento do tráfico de drogas, as entrevistadas foram indagadas se os motivos que levam os homens a traficarem são, ou não, os mesmos que os das mulheres. Manifestam-se aqui, duas categorias. Todas acreditam que homens e mulheres traficam sim por motivos diferentes, mas, duas apontam que, em alguns casos, os motivos são similares. Abaixo estão representadas essas duas perspectivas:

[...] muitas mulheres traficam por homem, por amor... com medo de ficarem sozinhas, de perderem quem elas amam. O homem não, às vezes é por dinheiro, ou para os outros respeitarem ele, para mostrar que domina tudo ali [...] (ENTREVISTADA 3).

Não são os mesmos motivos não. O homem entra no tráfico

para dominar um território, para dominar um espaço. Pode até ser para sustentar a casa, mas acho que o poder e domínio está ali também (ENTREVISTADA 2).

Em alguns casos sim, às vezes por precisar muito de dinheiro, e dinheiro rápido... mas em outros casos não. Mas a mulher levar o homem pra esse mundo eu acho mais difícil, o homem é mais egoísta, ele pensa mais nele, não vai dar um mole desse por causa de mulher, ele arruma outra rapidinho (ENTREVISTADA 5).

Nota-se que na primeira declaração a entrevistada apresenta um discurso similar a ideia apresentada pela entrevistada 4 anteriormente. Aquela aponta como um dos motivos do envolvimento de mulheres com o tráfico de drogas a manutenção do relacionamento afetivo.

Verificam-se também nestes discursos os estereótipos relacionados ao masculino, em que o ato de traficar por parte dos homens, para as entrevistadas, é resultante deste posicionamento frio, objetivo, provedor, calculista, racional e dominador atribuído aos homens.

É importante considerar que o meio social também cobra aos homens posicionamentos definidos, ações, papéis e reações. Kaufman (1987), nesse sentido, esclarece que mesmo reconhecendo a dominação dos homens, estes são memóri-

zados e embrutecidos pela mesma estrutura que os privilegia e os atribui poder.

Se num primeiro momento as entrevistadas ressaltam as desigualdades de gênero presentes na sociedade, agora, contraditoriamente, elas não percebem que seus discursos reproduzem os estereótipos impostos. Essas exposições são resultado dos preconceitos, experiências, representações e memórias que elas trazem ao longo da vida.

Por fim, o último relato ainda destaca a interferência de questões econômicas, ao apontar como um dos motivos de envolvimento com o tráfico de drogas de mulheres e homens a questão econômica. O comércio de drogas, como se verifica, possui como elementos de permanência e de formação à vida paralela ao mercado formal de trabalho. Tal ocupação também obedece à lógica do sistema capitalista, surgindo como uma reação à marginalidade econômica e social. O tráfico se manifesta como uma possibilidade ilegal aos muitos trabalhadores que acabam por não conseguir, ou, por não vislumbrar, outra alternativa no mercado formal ou informal de trabalho.

Parte-se do entendimento de que homens e mulheres ao traficarem drogas vivenciam a realidade à margem dos mecanismos sociais dominantes, uma vez que desempenham uma ação ilegal, carregada de uma memória negativa e impudica. Porém, este fato traz em si um paradoxo, pois ao

mesmo tempo em que esta atividade é fundamentalmente salteadora, ela promove algum tipo de inserção no meio social ao garantir dinheiro, capacidade de consumo, poder e reconhecimento, que, de certa forma, aliviam a marginalidade no qual os sujeitos se encontram.

Ao serem indagadas sobre os motivos que as levaram a praticar a venda de drogas, surgem três categorias. A primeira é composta por três mulheres que relacionam a prática deste ato ilícito a um envolvimento amoroso. Elas não descartam outros determinantes, como dificuldades financeiras, poder ou para manter o uso de drogas, mas, a relação do companheiro e a sua entrada no tráfico é preponderante, como se observa nas declarações a seguir

[...] acabei descobrindo que ele traficava, fiquei com muito medo, tanto por mim, quanto por ele... de acontecer alguma coisa com ele. Aí, ele um dia precisou ir buscar a droga na comunidade para deixar com uma outra pessoa, e eu, com medo de deixar ele sozinho, acabei indo com ele. [...] eu realmente amava ele [...]. Nós fomos de moto, aí no meio do caminho a polícia parou a gente e achou a droga (ENTREVISTADA 4).

O meu companheiro era envolvido com o tráfico de drogas e um dia ele precisava levar

drogas para um determinado lugar, só que ele não podia, porque a polícia já estava vigiando ele. Então ele pediu que eu fizesse isso. Eu fiquei com medo, mas acabei fazendo. Eu amava muito ele. Ele era muito importante pra mim. Ele ficava falando que se eu gostasse dele de verdade eu faria isso por ele (ENTREVISTADA 3).

Na primeira declaração a referida entrevistada fala sobre o medo de deixar o companheiro sozinho no momento de transporte da droga. A mesma ressalta em seu relato o envolvimento e o forte sentimento que vivenciava naquele momento. Ela não esclarece nesse momento se tentou ou não convencê-lo a não transportar o produto ilícito. A segunda entrevistada, por sua vez, não acompanhou o companheiro, mas sim assumiu a ação pelo mesmo. Ela afirma que sentiu medo de cometer tal ato, contudo, se sentiu pressionada pelo companheiro. Nota-se, neste segundo relato, que o mesmo utilizou de uma chantagem, em que o transporte da droga serviria como uma “prova de amor”.

Nos dois discursos fica claro o comprometimento destas mulheres em relação aos seus companheiros. Algumas obras que tratam da criminalidade feminina, mais especificamente referente ao tráfico de entorpecentes, negam este fato.

Novaes (2010), por exemplo, reduz este fato ao afirmar que os autores, ao acreditarem que o envolvimento das mulheres no tráfico de drogas pode estar marcado pela presença masculina, trazem uma visão lombrosiana do século XIX, em que as mulheres tornam-se “criminosas por paixão” (NOVAES, 2010, p. 13).

Esta crítica limitada desconsidera tal determinante que compõe o fenômeno ora estudado. Muitos autores têm se dedicado a discutir este tema, percebendo que o discurso amoroso pode e funciona como dispositivo de poder. Luhmann (1991) caracterizou o amor como um fenômeno histórico, que só se realiza diante da incorporação de um código social partilhado pelo sujeito em interação com o outro. Para tanto, na visão do autor, o amor deve ser analisado com base nas especificidades tanto culturais, quanto ideológicas.

O amor, na qualidade de um meio de comunicação, não pode ser compreendido como um sentimento em si mesmo. Beall e Sternberg (1995) percebem que o amor não se manifesta como uma experiência universal, ou como uma realidade objetiva, homogênea e irreversível, mas que sofre interferências culturais e temporais. Os significados do amor, então, derivam dos determinantes históricos, temporais e culturais, subjacentes à sua compreensão.

Hatfield (1988) esclarece que homens e mulheres, enquanto seres sociais, internalizam códigos e discursos

a respeito do amor, e isso, acaba por influenciar as vivências das relações de afeto. Este processo de institucionalização, a partir da memória, subordina a forma como se entende as próprias experiências amorosas. Estas se fundamentam na matriz cultural de um dado lugar e momento histórico, com uma função social reguladora.

As memórias do amor, de como ele é vivido e como deve ser experimentado nas relações afetivas, não só podem controlar o curso dessas relações, mas também, manter e reproduzir as assimetrias entre os sexos, transversais à vida social. Neves (2007) salienta que continuamente o amor é classificado como feminino, sendo percebido e tratado como sentimento e preocupação das mulheres.

Aquilo que é lembrado ou esquecido ao longo da história não é eterno e natural, mas sim uma práxis de eternização que se dá por meio das instituições. Os homens e as mulheres, pertencentes aos grupos sociais, conscientemente ou não, reafirmam os valores apreendidos e os retransmitem às gerações futuras.

Guiddens (2001) esclarece que entre os séculos XIX e XX ocorre a transição do modelo de amor romântico – essencialmente feminilizado e fundamentado num ideal de completude da relação amorosa, que se manifesta deste o final do século XVIII – para o amor confluyente. Este não se norteia por identificações projetivas ou em ideias de completude, mas pressupõe

a igualdade entre homens e mulheres nas relações e no comprometimento emocional e afetivo. Tal transição, para o autor, apresenta uma estreita relação com as mudanças que ocorreram no estatuto social das mulheres.

Contudo, como aferem Langford (1997) e Neves (2007), este fato, ao contrário do que muitos autores apontam, não fizeram com que as relações amorosas se tornassem mais democráticas, uma vez que não eliminou-se a responsabilização das mulheres na preservação dos laços familiares e afetivos.

Bourdieu (2002, p. 128) fundamentando a sua teoria sobre a dominação masculina questiona se “seria o amor uma exceção, a única, mas de primeira grandeza, à lei da dominação masculina, uma suspensão da violência simbólica, ou a forma suprema, porque a mais sutil e a mais invisível, desta violência”.

É óbvio que isto na atualidade vem sendo obscurecido diante de fenômenos referentes às representações das mulheres e suas novas posições sociais, políticas e econômicas: grande inserção no mercado de trabalho, autonomia financeira, aumento de sua participação como responsável pela renda familiar, entre outros exemplos. Porém, as práticas de sujeição ao homem existem, sendo formadas a partir de valores ideológicos que advêm de uma cultura fortemente masculinizada, que constituem os papéis da mulher e do homem em suas relações para com o

mundo e em suas relações de afeto. Contudo, é interessante destacar que este trabalho parte do entendimento que não é preexistente nesta relação o dominante e/ou o dominado, algo e/ou a vítima, na verdade eles se constroem mutuamente diante das relações de poder que vão se construindo ao longo da vida. Além disso, compreende-se aqui a dominação dentro de uma perspectiva foucaultiana, em que aquela não é estática e absoluta, muito menos é um fenômeno unilateral ou bilateral. A vida social comporta “momentos de dominação”, e o poder não é uma coisa que pertence a uns e não aos outros, na verdade ele funciona como uma rede transversal a toda sociedade, promovendo a possibilidade de resistência.

Dando prosseguimento a análise das entrevistas, a segunda categoria que surge diante da pergunta referente ao motivo de envolvimento com o tráfico é composta por uma entrevistada que afirma que praticou o crime devido às condições de pobreza que ela e sua família viviam e para custear o vício das drogas. Ela esclarece:

[...] eu não conseguia emprego decente, só bicos [...]. Aí comecei a usar drogas. A questão do emprego então ficava cada vez mais difícil. O tráfico foi então a oportunidade de sustentar a casa e o meu vício (ENTREVISTADA 1).

Ainda salienta que: “o tráfico é um trabalho, como posso dizer...? Acho que engraçado, porque ele não te exige tantas coisas, como cursos, educação... ele tá ali” (ENTREVISTADA 1). O primeiro relato traz informações importantes. A entrevistada esclarece que antes de começar a traficar ela não possuía um emprego fixo e com adequado rendimento. Além disso, ela começou a fazer uso de drogas, ficando dependente das mesmas. Dando continuidade ao seu discurso, ela afirma que o tráfico de drogas é um trabalho, e que este não exige escolaridade e qualificação profissional. A “entrada” no tráfico de drogas vai além de uma transgressão penal, constituindo uma oportunidade de trabalho, que possa vir a superar a difícil situação financeira. Este comércio ilícito desloca-se junto à abertura dos mercados e se constitui como um negócio qualquer, que oferece chances a estes trabalhadores que o mercado de trabalho formal não propicia.

Como toda atividade capitalista, é necessário que se garanta a sua estrutura e organização, e que os trabalhadores se comprometam a garantir o acesso dos consumidores. Embora sendo uma atividade ilegal, o comércio das drogas possui obrigações, normas e pactos a serem cumpridos. Trabalhadores e trabalhadoras do tráfico sabem a que estão submetidos, pois o mesmo meio que os mantém vivos, é aquele que pode custar suas vidas.

A terceira e última categoria, também composta por uma mulher, percebe no comércio ilícito de entorpecentes uma possibilidade de aquisição de poder, vaidade e respeito, como se percebe na declaração a seguir:

Eu namorava um homem que era traficante, acabei tendo uma filha com ele. Mas eu não me envolvia nesse lance (tráfico de drogas). Nós rompemos. Eram muitos os motivos... ele era o tipo de pessoa que adorava ficar contando vantagem, que era o fodão, era mulherengo [...] Não aguentei mais isso. Aí, como já conhecia mais ou menos o trabalho que ele fazia e as pessoas, acabei entrando no tráfico para disputar com ele, e como eu me acostumei, me viciiei com a ostentação, né, quando a gente tava junto, acabei traficando. Eu não passava dificuldade dentro de casa, o meu pai sempre me ajudou muito. Comecei a disputar com ele, disputar os clientes. Queria mostrar que eu era melhor que ele, e que não precisava dele para ter dinheiro, que eu não precisava dele pra nada [...] (ENTREVISTADA 5).

[...] Tráfico é dinheiro fácil, é uma oportunidade que surge pra você ganhar um dinheiro, dinheiro pra você colocar as

coisas dentro de casa, querer ter aquilo que os outros têm e você não pode comprar porque é pobre. Mas o tráfico também é vaidade. Quando você é traficante você se torna poderosa, começa a ter muita moral, você se torna a poderosa chefuda (ENTREVISTADA 5).

No primeiro relato, a entrevistada declara que passou a conhecer a organização e funcionamento do comércio ilícito das drogas a partir do namorado. A sua relação com o mesmo era conturbada e, por certos motivos – que não foram muito esclarecidos – foi levada ao término. A entrevistada afirma que acabou se acostumando com as facilidades de consumo e opulência que usufruía quando se relacionava com namorado. Mas, além disso, a vontade de se mostrar superior e de disputar com o mesmo foram, talvez, os fatores preponderantes da sua inserção no tráfico de drogas.

Num segundo momento a entrevistada aponta para a facilidade de ganhar dinheiro dentro do comércio de drogas. Como se sabe, assumindo a ilegalidade e a clandestinidade, o tráfico de drogas é a fonte de altos lucros. Além disso, fazer parte desta rede promove o consumo, traz uma sensação de valorização e de reconhecimento social, que outrora não era visto como possível.

Barcinski (2009) esclarece que diversos fatores favorecem na inserção das

mulheres no tráfico, destacando alguns como: as precárias oportunidades de trabalho formal, a alternativa de pertencer a uma forte rede de sociabilidade e o anseio de conquistar poder e status, numa cultura fortemente masculinizada. Negar esses fatos, para a autora, só faz naturalizar e afirmar a ideia estereotipada de que as mulheres são frágeis e sensíveis.

Envolvidas em uma atividade masculina, em que o poder reconhecidamente pertence aos homens, podemos supor que o poder experimentado por essas poucas mulheres traficantes adquira ainda mais relevância. Em outras palavras, ser mulher envolvida no tráfico distancia as participantes de outras mulheres ao seu redor, fazendo com que elas experimentem o poder outrora somente experimentados por homens (BARCINSKI, 2009b, p. 1847).

Acreditar na incapacidade das mulheres em cometer crimes é ratificar e naturalizar o estereótipo de fragilidade e docilidade que entoam a figura feminina. O aumento da participação de mulheres em atos criminosos é um fato, e tal fenômeno indica a heterogeneidade dessas criativas inserções e de modos de subjetivação que, inventam, resistivamente, um “caleidoscópio de contradições” (FRIEDMAN, 1998).

É importante que se considere as memórias que ajudam a construir os papéis impostos que cabem a homens e mulheres, cristalizando as ações, percepções e discursos que perpetuam estigmatizações e estereótipos.

É possível que se afirme que o tráfico de drogas surge para essas mulheres como uma estratégia de resistência, movimento este trabalhado por Foucault? Como confrontar a(s) verdade(s) sem suspeitar que a(s) mesma(s) é (são) incessantemente manifestações de um poder que sujeita? As respostas de tais indagações não são simples e, nem tão certo, imediatas.

O poder, diante das relações de forças, que fundamentam e reproduzem ações e afetos, não é algo subjugado a determinados grupos e não a outros. Na verdade, como já aferido anteriormente, os poderes encontram-se em toda parte, e não tão somente no Estado e nas suas instituições, mas acima de tudo, na própria dimensão subjetiva e na produção de memória, atuando na produção de indivíduos sujeitados às tecnologias de saber-poder que atravessam o corpo social.

Foucault (1995) compreende que o poder e o saber são estruturas intrincadas, em que as práticas de poder não são apenas coercitivas e repressoras, mas, sobretudo, produtivas e diversas que exercem “práticas e técnicas que foram inventadas, aperfeiçoadas e se desenvolvem sem cessar. Existe uma

verdadeira tecnologia do poder, ou melhor, de poderes, que têm cada um sua própria história” (Foucault, 1999, p. 241). Diante disso, cada contexto social, espacial e temporal apresenta um regime de verdades que atuam e que se utilizam de diferentes mecanismos para a sua produção e reprodução. Tais verdades/memórias, para Foucault (1999) nunca estarão descoladas do sistema de poder, e, mais que isso, não há a verdade sem o poder.

Porém, além de perceber o exercício de poder como um processo múltiplo, é importante que não se conceba a dominação como um fenômeno imóvel e absoluto. No pensamento foucaultiano, diferente do entendimento clássico, o que ocorre na verdade são momentos de dominação, com mutabilidade e instabilidade nas disposições e organizações do exercício do poder.

A sujeição diante dos estímulos do poder, como já se sabe, se redobra, como uma resposta as suas incitações. O dobrar age numa “linha de força”, que age na invenção de diferentes e novos modos de existência, que “não cessam de se recriar”, resiste “ao poder bem como se furtar ao saber, mesmo se o saber tenta penetrá-lo e o poder apropriar-se deles” (DELEUZE, 1991, p. 116).

O resistir, neste entendimento, como esclarece Maciel Junior (2014, p. 2), é o contrário de reagir, uma vez que “quando reagimos damos a resposta àquilo que o poder quer de nós;

mas quando resistimos criamos possibilidades de existência a partir de composições de forças inéditas. Resistir é, neste aspecto, sinônimo de criar”. Este movimento encontra-se em constante movimento, atualizando-se de acordo com as novas formas de poder que se manifestam na vida social.

Os modos de subjetivação que se constituem pela trama de poder que lhe é imposta e condicionada, apresenta também, uma abertura, ou melhor, uma superfície com possíveis escolhas e caminhos. Nessa perspectiva, as constituições subjetivas, submetidas historicamente, abrem espaço para a invenção de novas práticas, práticas de si, que dá corpo a subjetividade como memória.

Este processo pode ser entendido como dobras, ou seja, um exercício de construção do subjetivo vista como um “dentro” em enfrentamento com os estímulos do poder do “fora” (MACIEL JUNIOR, 2014). A partir das contribuições de Deleuze (2005), compreende-se que tal movimento se dá em quatro etapas:

A primeira, diz respeito a parte material de nós mesmos, que irá ser rodeada, apanhada na dobra: entre os Gregos, era o corpo e seus prazeres, os “aphrodisia”, mas, entre os cristãos será a carne e os seus desejos, o desejo, uma modalidade substancial inteiramente diversa. A segunda, é a dobra do

relacionamento de forças propriamente dita; pois que é sempre segundo uma regra singular que o relacionamento de forças é submetido para se tornar relacionamento a si... A terceira é a dobra do saber, ou a dobra da verdade na medida em que constitui um relacionamento com o nosso ser, e do nosso ser com a verdade, que servirá de condição formal a todo e qualquer saber, a todo e qualquer conhecimento. A quarta, é a dobra do próprio Fora, a derradeira: é ela que constitui aquilo a que Blanchot chamava uma “interioridade de expectativa”; pois é dela que o sujeito espera, de diferentes modos, a imortalidade, ou então a eternidade, ou a salvação, ou a liberdade, ou a morte, o desprendimento (DELEUZE, 2005, p. 140).

O sujeito, enquanto um aglomerado de hábitos e lembranças que acabam por interferirem no seu modo de viver, irá se constituir diante das diversas dobras. A quarta, e última dobra, é um movimento que ajudará a compreender e responder a questão elucidada anteriormente em relação à natureza do ato de traficar por parte dessas mulheres, se seria ou não um ato de resistência, no sentido de perceberem neste ato ilícito uma oportunidade de contrastar a sub-

jugação a que são impostas, tanto em suas relações para com o mundo, mas também em suas relações de afeto.

A oposição do sujeito ao poder não é uma dinâmica simples. Nem toda luta ou conflito é, efetivamente, luta de resistência ao poder. Vê-se a última dobra

[...] como teleologia ética cumprida. A interioridade de expectativa que faz durar o sujeito é a própria memória do fora. O dentro do fora que se cumpre definitivamente na ruptura continuada. Nesse nível, a perseverança no ser irá se sustentar em um conjunto de crenças no futuro fundamentadas na memória do fora. O que me é permitido esperar do fora? Se é preciso chegar a essa derradeira dobra é porque ela nos fornece a razão das demais: pois resistir e problematizar, mal ou bem, todos nós fazemos nos impasses cotidianos, mas perseverar em uma ruptura implica ir além do presente estabelecido, mantendo com o futuro uma relação durável que pressupõe uma memória de longa duração. Se a produção dessa memória coincide com a teleologia do sujeito moral e se essa teleologia nunca é definitiva, pensar – como inflexão de si por si – é sempre se questionar, é devir, visando constituir uma

verdadeira substância ética (MACIEL JUNIOR, 2014, p. 6-7).

Diante disso, podem-se aferir duas afirmativas. A primeira é a de que diversos movimentos supostamente contestadores são, na verdade, lutas que intentam pela legitimação ou inclusão de suas ações e ideias ao arranjo social. Estas disputas, longe de romperem com as estruturas de poder, as reproduzem, contribuindo para a expansão de suas tecnologias de individuação.

A exemplo disso, em pesquisa desenvolvida com mulheres traficantes, Barcinski (2009b) pôde perceber que quando determinadas entrevistadas relacionavam o envolvimento com o crime a partir da busca de poder, percebiam o tráfico como uma “atividade masculina”, e mais que isso, ao experimentarem o poder, elas se distanciavam, sobretudo, das outras mulheres. Isso significa que, mesmo exercendo poder e autoridade sobre os homens, ao assumir determinada posição na hierarquia do comércio ilícito das drogas, em alguns relatos, era em relação às outras mulheres que as traficantes se sentiam superiores. Nesta situação, havia o reconhecimento por parte dos homens e temor e respeito em relação às mulheres. Assim,

As mulheres que por muito tempo foram representadas e representantes da figura pacata,

dedicada ao amor romântico e ao lar, se mostraram, escondida ou abertamente, como delituosas, capaz de cometer crimes. Muitas mulheres, o tempo todo controladas até por elas mesmas, se rebelam contra um status feminino que lhes fora imposto no decorrer dos séculos, bem como contra maus-tratos, contra a submissão e também contra a subestimação de sua capacidade de delinquir. Ousaram transgredir para viver o próprio desejo, sua verdade, a própria vida (ALMEIDA, 2001, p. 100).

Contudo, este fato, longe de resistir a organização social, esta extremamente machista e sexista, contribui para a normatização do poder. É aqui que se pode apresentar a segunda afirmativa sobre a última etapa da dobra: toda luta acaba por ser incorporada pelo enredo do poder. Foucault, ao mostrar que este não apenas seleciona recordações mas, também, produz a própria lembrança, aponta que lembrar e esquecer não são só selecionados pelo poder, mas são por ele constituídos. Nessa lógica, como esclarece Gondar (2003), para Foucault construção de subjetividade é uma construção de memória, logo, é um espaço de poder.

Mas, como compreende a autora, os processos de subjetivação não se reduzem ao assujeitamento ou a simples rea-

ção de oposição. Por meio de novos modos de subjetividade, e não mais de existências individualistas e empobrecidas forjadas pelas tecnologias do poder, se manifesta um trabalho contínuo de resistências que contestam os sistemas hegemônicos de poder. A memória, aqui, deixa de ser entendida como um espaço sem demonstrativos de ação, “que apenas recebe inscrições codificadas para torna-se uma superfície vibrátil, reagindo à inscrição dos movimentos” (GONDAR, 2003, p. 35). É claro, que a formas e movimentos de resistência nunca serão os mesmos, variando de acordo com os códigos de assujeitamento.

Então, compreendendo que “alguns crimes cometidos por mulheres esclarecem melhor as ambiguidades de uma sociedade e seus conflitos” (CAMPOS; TRINDADE; COELHO; 2008, p. 4) e que o tráfico, num primeiro momento, funciona para algumas mulheres como uma possibilidade de romperem com as contradições e jogos de poder a que estão submetidas, posteriormente, ele surge como um campo de reprodução da dominação e subjugação. Esta dinâmica, longe de promover a liberdade, proposta por Foucault nos ensaios de resistências, poderá trazer duras consequências para a vida dessas mulheres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se, ao longo do que foi apresentado anteriormente, que o aumento expressivo do número de mu-

lheres presas por envolvimento com o tráfico de drogas é um fenômeno multifacetado, que antes de tudo, merece uma discussão e inter-relação entre o crescimento deste crime entre o universo feminino e a questão de gênero.

Ao se propor analisar este universo, não se pode explicá-lo apenas pela influência de seus maridos e companheiros, apesar de tal circunstância de fato existir. Verifica-se diante dos resultados alcançados pela pesquisa que as dificuldades financeiras e de inserção no mercado formal de trabalho podem fomentar a inserção das mulheres (entrevistadas na pesquisa) no comércio ilícito das drogas. Há situações, também, que o dinheiro, o poder e o respeito que experimentavam no tráfico foram os principais motivadores para suas escolhas.

Mas, ao mesmo tempo em que essas personagens percebem no comércio ilícito das drogas uma oportunidade para obter o reconhecimento social, descobre-se que as relações violentas, desiguais e discriminatórias de gênero culminam, também, neste espaço, uma vez que as atividades por elas desenvolvidas são inferiores e secundárias na hierarquia do tráfico.

Por outro lado, o ato de traficar, oferecendo determinado tipo de poder a essas mulheres e em específicas situações, age também na cristalização de papéis e identidades, coibindo composições criativas e resistências efetivas. Mesmo que pareça, num pri-

meiro momento, como uma estratégia de resistência à condição de submissão e docilidade impostas às mulheres nas suas relações para com o mundo e nas suas relações de afeto, essa prática não rompe com as oposições e opressões a que são submetidas. O que se manifesta é um outro tipo de circuito de correlações de forças que reiteram uma memória de dominação e desigualdade que vem marcando as relações de homens e mulheres ao longo da história.

Porém, diante dessas memórias paradoxais, manifestam-se contradições, enfrentamentos e disputas que abrem a possibilidade de resistências legítimas e efetivas que suscitam o novo. Surge, neste momento, a imprescindibilidade de se remeter ao campo da memória, pois esta, sofrendo um eterno processo de construção e transformação, tem no *durante* seus conflitos, disputas e embates. É também neste campo que se manifesta o ato criativo. Em tal contexto é possível vislumbrar formas e processos de liberdade, pois, se num primeiro momento a memória se afirma como um instrumento de poder, ulteriormente, mostra-se também como uma arma que dá forma ao novo e que auxilia o sujeito no uso de seu talento mais invejável: o ato criativo de modificar-se.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. Desigualdades de gênero e raça no mercado de trabalho brasileiro. *Cienc. Cult.*

vol.58 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2006. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252006000400020&script=sci_arttext>. Acesso em: 10 out. 2015.

ALMEIDA, Rosemary. *Mulheres que Matam*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BEALL, Anne. STERNBERG, Robert. The Social Construction of Love. *Journal of Social and Personal Relationships*, n. 12, p. 417-438, 1995.

BARCINSKI, Mariana. Protagonismo e vitimização na trajetória de mulheres envolvidos na rede do tráfico de drogas no Rio de Janeiro. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.14, n.2, p.577-586, 2009.

_____. Centralidade de gênero no processo de construção da identidade de mulheres envolvidas na rede de tráfico de drogas. *Ciência e Saúde Coletiva*, v.14, n.5, p.: 1843 - 1853, 2009b.

BEAUCHESE, Line. *Legalizar as drogas: para melhor prevenir os abusos*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2015.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Tradução Maria Helena Kühner. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Infopen*, 2015. Disponível em: <<http://www.infopen.gov.br/>>. Acesso em 25 nov 2015.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Rio de Janeiro: Civilização

Brasileira, 2003.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Pela metade: as principais implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo*. São Paulo, 2015. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DELEUZE, Guilles. *Conversações*. Rio de Janeiro, Ed 34, 1991.

_____. Foucault. Tradução de Claudia Sant'Anna Martins. Revisão da tradução de Renato Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 2005.

CAMPOS, Arruda; TRINDADE Liana.; COELHO, Lúcia Maria. *Mulheres criminosas na abordagem interdisciplinar*. Pesquisa em Debate, São Paulo, v. 5, no 2, Jul./Dez., p. 1-23, 2008.

CASTRO, Mary. *Mulheres Chefes de Família, Esposas e Filhas pobres nos mercados de trabalho metropolitanos (regiões metropolitanas de São Paulo e Salvador, 1980)*. v. 2 Caxambu: ABEP, 1990.

CORTINA, Mônica. *Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia Feminista*. Estudos Feministas, Florianópolis, v.23, n.3, p.406, set.-dez./2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000300761&lng=en&nrm=i>. Acesso em: 13 out. 2015.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas arriscadas: o cotidiano dos jovens trabalhadores do tráfico*. Petrópolis, RJ:

Vozes, 2006.

FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In.: DREYFUS, H.; RABINOW, P. (Orgs.), Michel Foucault: uma trajetória filosófica: Para além do estruturalismo e da hermenêutica Rio de Janeiro: Forense Universitária, p.231-249, 1995.

_____. *Estética, ética e hermenêutica*. Tradução A. Gabilondo. Buenos Aires, Argentina: Paidós, 1999. (Obras Essenciales, vol. 3).

FRIEDMAN, Susan. *Beyond Gender*. In Mappings: Feminism and the Cultural Geographies of Encounter. Princeton: Princeton University Press, 1998.

GIDDENS, Anthony. *Transformações da intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. Oeiras: Celta Editora, 2001.

GOFFMAN, Erving. *Estigmas, notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan. 4. ed. 1988.

GONDAR, Josaida. *Memória, poder e resistência*. In.: GONDAR, J; BARRENECHEA, M. (orgs.). *Memória e espaço: trilhas do contemporâneo*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2003.

GUATTARI, Félix. ROLNIK, Suely. *Micropolítica: cartografias do desejo*. Petrópolis: Vozes, 2010.

GUEDES, Marcela. *Intervenções psicossociais no sistema carcerário feminino*. Psicologia ciência e profissão, 26(4), 558-569, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pcp/v26n4/>

v26n4a04.pdf>. Acesso em: 19 de fev. de 2013.

HATFIELD, Elaine. "Passionate and Companionate Love". In: STERNBERG, Robert, and BARNES, Michael (Eds.). *The Psychology of Love*. New Haven: Yale University, 1988. p.191-217.

IBGE. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <<http://www.censo2010.ibge.gov.br>>. Acesso em: 9 set. 2015.

KAUFMAN Michael. *The construction of masculinity and the triad of men's violence*, In.: KAUFMAN, Michael (ed.) *Beyond patriarchy: essays by men on pleasure, power, and change*. Oxford University Press, Toronto-Nova York, p.1-29, 1987.

LANGFORD, Wendy. *You Make Me Sick: Women, Health and Romantic Love*. *Journal of Contemporary Health*, n. 5, p. 52-55, 1997.

LUHMAN, Niklas. *O amor como paixão. Para a codificação da intimidade*. Lisboa: Difel, 1991.

MACIEL JUNIOR, Auterives. *Resistência e prática de si em Foucault. Trivium: estudos interdisciplinares*. Ano VI – Edição I – 1º semestre de 2014.

MEDEIROS, Marcelo. COSTA, Joana. *Is There a Feminization of Pover ty in Latin America?* *World Development*, v.36, n.1, p.115–127. 2008.

MELO, Hildete. *Gênero e pobreza no Brasil. Relatório Final do Projeto Governabilidad Democrática de Gênero em América Latina y El Caribe*. Brasília, DF: CEPAL SPM, 2005.

MOKI, Michelle. *Representações sociais do trabalho carcerário feminino*. São Carlos, 2006. Dissertação (Dissertação em Ciências Sociais) – Pós-Graduação em Ciências Sociais – Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2006.

MOURA, Maria Jurema. *Porta fechada, vida dilacerada - mulher, tráfico de drogas e prisão: estudo realizado no presídio feminino do Ceará*. Fortaleza, 2005. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2005.

NEVES, Ana Sofia. *As mulheres e os discursos genderizados sobre o amor: a caminho do "amor confluyente" ou o retorno ao mito do "amor romântico"?* *Estudos Feministas*, Florianópolis, v.15, n.3, 336, set./dez., p. 609-627 2007.

NOVAES, Elizabete. *Uma reflexão teórico-sociológica acerca da inserção da mulher na criminalidade*. *Revista Sociologia Jurídica*, nº 10, 2010. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-10/228-novaes-elizabete-david-uma-reflexao-teorico-sociologica-acerca-da-insercao-da-mulher-na-criminalidade?format=pdf>>. Acesso em 7 fev. 2015.

OLIVEIRA, Juliana. *Novas fronteiras do trabalho: vivências à margem dos trabalhadores do tráfico de drogas*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Psicologia do Centro de Ciências Humanas, Departamento de Psicologia da Universidade Federal do Ceará como requisito parcial à obtenção

do título de Mestre em Psicologia. 2009.

PIMENTEL, Elaine. Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas. VI Congresso Português de Sociologia. Mundos Sociais: Saberes e Práticas. Anais... Universidade de Lisboa, 25 a 28 de junho de 2008. Disponível em: <<http://www.aps.pt/vi-congresso/pdfs/708.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2013.

SAFFIOTI, Heleieth. Gênero, patriarcado e violência. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação e Realidade. Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1995.

SOARES, Barbara. ILGENFRITZ, Iara. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

RODRIGUES, Thiago. Política e drogas nas Américas. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2004.

ZORDAN, Eliana; FALCKE, Denise; WAGNER, Adriana. Casar ou não casar? Motivos e expectativas com relação ao casamento. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 56-76, ago. 2009.

Fernanda Santos Curcio

Graduação em Serviço Social pela Universidade Federal Fluminense (2013). Mestrado em Memória Social, pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (2016). Doutoranda

em Memória Social pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Bolsista CAPES.

Lobelia da Silva Faceira

Graduação em Serviço Social pela Universidade Castelo Branco (1995), mestrado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2001) e doutorado em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2009). Atualmente é professora adjunta da Escola de Serviço Social e do Programa de Pós Graduação em Memória Social da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO).

POLÍTICA E PRÁTICA DA POLÍCIA EM COMUNIDADES PACIFICADAS: o caso da UPP do Batan

Michel Eduardo Moreira Chaves

Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.

E-mail: michelmchaves@yahoo.com.br

RESUMO

Este artigo é uma tentativa de compreensão da prática policial em uma comunidade com Unidade de Polícia Pacificadora. O esforço dispendido neste trabalho segue no sentido de perceber a ação efetiva da polícia frente as políticas públicas de segurança, sendo assim o estudo de caso da UPP Batan, objeto deste artigo, serve para nos esclarecer algumas questões inerentes a política de polícia proximidade, sobretudo no que tange a relação dos policiais com os moradores de favela.

Palavras-chave: Favela; UPP; Batan; Polícia.

ABSTRACT

This article is an attempt to understand police practice in a community with Peacekeeping Police Unit. The effort expended in this work follows in order to perceive the effective action of the police in relation to public security policies, so the case study of the UPP Batan, object of this article, serves to clarify some issues inherent in police policy proximity, especially regarding the relation of the police with the residents of favela.

Keywords: Slum; UPP; Batan; Police.

JUSTIFICATIVA E METODOLOGIA

Este artigo pretende abordar a política de UPP, mas precisamente da UPP do Batan a partir do olhar dos moradores jovens da favela, destacando-se a influência que esta política teve para as experiências constantes de controle e repressão física, mas também moral quando impunha o controle dos movimentos - restrição na circulação na cidade - e das manifestações culturais dos mesmos. A pesquisa foi realizada no ano de 2014, sendo realizada a partir do método de pesquisa etnográfica, valendo-se de entrevistas e observações com os jovens moradores com idades entre 15 e 30 anos, o nome dos interlocutores não são citados neste artigo por escolha metodológica. Esta pesquisa teve como resultado uma dissertação de mestrado (Chaves).

O QUE É UPP?

A política de Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) é uma política pública oficial do governo do estado Rio de Janeiro que teve seu início no ano de 2008 no morro Santa Marta, localizado na zonal sul da cidade. O então governador do Estado anunciou-a a época como sendo a “salvação” dos morros cariocas do domínio do tráfico armado.

Segundo o site oficial da UPP, O projeto de “polícia pacificadora” visa “retomar territórios antes dominados por gru-

pos criminosos ostensivamente armados e estabelecer o Estado democrático de Direito”. Ou seja, o controle territorial pelo Estado como forma de estabelecer um outro tipo de ação que não seria determinada pela força. Além da ocupação policial, por meio de um reconhecimento de que as populações destas localidades não usufruem os mesmos direitos do que o resto da cidade, a entrada de novos serviços públicos e o capital de empresas privadas promoveria o desenvolvimento destas áreas. Isso, segundo esta perspectiva de futuro, resultará em segurança para todas as pessoas, mesmo nas áreas não ocupadas (DIAS, A. p.2, 2014)

A tal política contou com a incur-são e permanência de agentes de segurança pública e das forças armadas em comunidades dominadas pelo tráfico de drogas. Houve a presença do Exército e da Força Nacional de Segurança nos processos de “ocupação”, mas é a polícia militar do estado do Rio de Janeiro que assumiu essa “tarefa missionária”, a de “pacificar” os morros cariocas, conforme o jargão utilizado pelos seus profissionais e pelos promotores da política pública.

Uma crítica recorrente à política de segurança pública até 2008 era que

a polícia militar entrava em confronto com traficantes nos morros desmantelando o comércio ilegal de drogas ilícitas a partir do confronto armado. Com isso os moradores desses locais eram expostos ao risco de morte.

A representação é que a polícia deixava o tráfico se reestruturar e voltar e dominar esses locais, levar o medo às pessoas dos morros com a exposição das armas de grosso calibre e impor a dita “lei da favela”. Outra representação era a de que os próprios policiais colaboravam para a manutenção destas redes quando da apreensão e venda da liberdade e de armas e drogas para facções rivais do tráfico.

Como resposta à essa crítica surge à política de UPP, inicialmente com o intuito de retomar os morros cariocas do domínio armado de traficantes de drogas. Para que isso fosse possível à incursão da Polícia Militar nas favelas não seria mais pontual, no formato de uma operação para prender criminosos.

Seriam operações de retomada e permanência por tempo indefinido. A Polícia Militar iria ocupar militarmente as favelas do Rio de Janeiro, reintegrá-las à dinâmica da cidade e o morador de favela não seria mais incomodado com a presença do tráfico. As operações policiais para a retomada das favelas eram constantemente veiculadas pela mídia, que semanas antes da ocupação anunciava o local, data e hora. A justificativa recorrente ao anúncio público de uma

operação policial se dava pela suposta ajuda para expulsar os criminosos das áreas que seriam ocupadas. Ao menos em tese, dispensaria-se o conflito direto com traficantes, pois sabendo das intenções do Estado os criminosos fugiriam, evitando assim que pessoas morressem e que criminosos não fchados pudessem de deixar o crime sem maiores danos¹.

No entanto, percebe-se que dias antes da ocorrência do processo de pacificação o Batalhão de Operações Especiais (BOPE) da Polícia Militar do estado do Rio de Janeiro, realizava incursões nas favelas que seriam pacificadas. Durante muitas destas incursões são imputadas mortes qualificadas como autos de resistência, cuja nomenclatura atualmente é resistência com morte do opositor. Era a atuação prévia desse grupamento, - mais até que a divulgação de informações na mídia - que garantia que o dia da ocupação fosse anunciado e apresentado como pacífico nos telejornais.

O dia da ocupação é “folclórico”. Policiais armados com fuzil distribuindo sorrisos e beijos para crianças, o hasteamento da bandeira do Brasil, a do estado do Rio de Janeiro e a da PM, anunciando que agora aquele território é um lugar ocupado pelo Estado. Contudo, semanas ou dias antes do que a polícia chama de dia “D” a comunidade convivia com incursões policiais, tiros de fuzil e mortes.

1 Fonte: http://www.upprj.com/index.php/o_que_e_upp

A convivência tradicional do tráfico com a polícia na favela era marcada ora pelo “arrego” (propina paga a polícias corruptos) ora pelo confronto quando o arrego não fosse pago ou houvesse algum caso de clamor público.

Esse “arrego” como mostra Misse (2002), coloca a segurança e a liberdade como uma mercadoria política, como um “produto” que pode ser comprado. O comércio ilegal de drogas se vale desta mercadoria política para evitar o confronto direto com a polícia.

No entanto, no dia “D” essa mercadoria foi direcionada ao “cidadão de bem”, o mesmo que elegeu o “favelado violento” (LEITE, M. 2014) como indivíduo perturbador da ordem pública. O objeto era o controle do comportamento, das práticas e da circulação dos moradores de favelas.

Dias depois apareciam policiais vestindo azul, câmeras de tv, secretário de segurança e, em alguns casos até o governador, para saudar o novo momento da “integração social”. Era amplamente divulgado nas mídias que a favela agora pertence à cidade, que os direitos foram ampliados à populações historicamente despossuídas. Contudo, o “direito” chega do mesmo modo que era exercido o domínio anterior, pelo controle repressivo e pelo cano do fuzil.

Como mostra o professor Machado da Silva (2010), a relação do Estado com as “classes perigosas” passa pela via da violência. Ou seja, o controle das favelas

que antes era do tráfico, agora passa ser do Estado em forma militar.

Ao menos no início, as UPP’s se instalavam, mas não havia garantias de como seria a relação dos policiais com a comunidade ou da comunidade com as polícias. Por se tratar de uma relação histórica de violência e desconfiança, os policiais eram vistos como inimigos pelos moradores, e os moradores eram vistos como associados ao tráfico por policiais, ou seja, como potenciais informantes.

O debate público sobre a violência urbana transita assim para um plano moral, em que as favelas são identificadas como um território “inimigo” da ordem pública e seus moradores, às vezes como vítimas, porém mais frequentemente como cúmplices do crime violento. (LEITE, M. p. 629, 2014)

Em uma tentativa de renovar a relação dos policiais com os moradores a Polícia Militar, ou a secretaria de segurança investiu em concursos públicos para admitir novos policiais. Esses novos policiais admitidos seriam formados fora da dinâmica do que D. Misse (2013) chamou de *ethos* policial, ou seja, a violência como um atributo do policial, como uma prática comum ao policiamento.

Esse novo contingente seria encaminhado diretamente para as UPP’s, não seria “contaminado” pelas “velhas”

práticas da Polícia Militar. Isso daria origem ao projeto de pacificação que depois foi tratado como policiamento comunitário ou polícia de proximidade sem muita distinção do que significam estes variados conceitos.

A ideia da ocupação policial mais branda, que envolvesse os moradores e a polícia na favela não é nova, remonta o Grupamento de Aplicação Prático Escolar (GAPE) na década de 1980 e o Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais (GPAE) na de 1990 e início de 2000 (MISSE, D. 2013).

Uma das primeiras tentativas no Rio de Janeiro de implementação de um modelo de polícia comunitária foi a criação do Grupamento de Aplicação Prático Escolar – GAPE, entre 1991 e 1994, com a incumbência de “prover serviços de segurança pública dentro das comunidades carentes”. Uma outra tentativa ocorreu em 1999, denominada “Mutirão da Paz”, implementada na favela da Vila Pereira da Silva, o Pereirão, em Laranjeiras, na Zona Sul do Rio de Janeiro, supervisionada pela Subsecretaria de Pesquisa e Cidadania.[...] Inspirado nesses dois projetos, um outro, com as mesmas características e boa parte dos agentes que

participaram do mutirão, foi implementado em 2000. Denominado GPAE (Grupamento de Policiamento em Áreas Especiais), foi criado como uma unidade operacional especial da Polícia Militar pela Resolução SSP nº. 0352 de 5 de julho de 2000. No dia 22 de setembro deste mesmo ano, o grupamento foi efetivamente implantado nas comunidades do Cantagalo/Pavão/Pavãozinho, conjunto situado em uma das áreas mais nobres da cidade, entre os bairros de Copacabana, Ipanema e Lagoa. (MISSE, D., CARVALHO, 2010)

Contudo o modelo de policiamento de proximidade aplicado as UPP's foi tecido às pressas e na prática. Havia uma falta de alternativas. A promessa é que a ocupação policial permaneceria nas favelas cariocas. O que era denominado inicialmente como pacificação passou a ser denominado proximidade. Pretendia-se que o policial estabelecesse uma relação de proximidade com o morador e que a relação tradicional de violência da polícia desaparecesse. Surgiria no lugar uma relação de confiança, o que, segundo a PMRJ (2013), permitiria a UPP permanecer na favela por prazo indeterminado e cumprir seu papel de proteção da população local frente ao tráfico de drogas.

Essa relação de proximidade ou de policiamento comunitário, está ligada ao comportamento que os policiais teriam dentro das comunidades pacificadas. No meu estudo discorro sobre a UPP Batan, problematizando como a prática policial é percebida pelos moradores mais jovens da comunidade.

UMA BREVE DESCRIÇÃO SOBRE COMO TUDO COMEÇOU

O Batan, como é conhecida na região, é uma favela que fica às margens na Avenida Brasil, uma das mais importantes vias da cidade. Segundo dados do IBGE (2010) a favela tem 50 anos de ocupação sendo que nos últimos 40 anos ela cresceu substancialmente.

Localizada no bairro de Realengo, o local hoje conhecido como Jardim Batan tem aproximadamente 50 anos, tendo crescido substancialmente a partir dos anos 1970. O nome deriva da árvore Urubatã, que havia no local no início da ocupação dos terrenos. Essa foi a primeira UPP instalada em uma região antes controlada por milicianos. A área coberta pela UPP Batan inclui as comunidades Jardim Batan, Morrinho, Vila Jurema e Cristalina. A UPP Batan foi a terceira a ser instalada, em 18 de fevereiro de 2009. O Fumacê foi in-

cluído no perímetro da UPP Batan em agosto de 2012. Em 30 de setembro de 2011, foi realizado o Fórum UPP Social. (PMERJ 2015)

Com relação a justificativa da presença da polícia em áreas dominadas pelo tráfico de drogas, o campo traz um dado importante. A favela era conhecida por ser ocupada por milícia, e não conviviam com o tráfico armado havia alguns anos.

Sendo assim, a dinâmica de sociabilidade dessa comunidade era diferente da dinâmica imposta pelo tráfico, visto que milicianos são policiais em sua grande parte.

A milícia impunha toque de recolher, os milicianos não permitiam a venda “explícita” de drogas no território, os jovens que tinham motos e apostavam corridas nas ruas da comunidade foram proibidos pelos milicianos de fazê-lo.

Comerciantes e moradores eram constrangidos a pagar por segurança, havia distribuição de sinal pirata de TV a cabo e internet, os chamados “gato net”. A milícia também explorava a venda de gás e bebida na região.

Vendia uma mercadoria política chamada “segurança”, com a “proteção” forçada dos moradores do bairro quanto a qualquer distúrbio. Essa mercadoria era vendida por agentes do estado à favela como forma de garantir a “paz” e o consumo de serviços ilícitos:

Uma taxa paga por comerciantes e moradores para protegerem a si mesmos da milícia. Que cometia assassinatos contra pessoas consideradas perturbadoras da ordem, traficantes e qualquer um que se colocasse em seu caminho. No caso do Batan, as várias facções rivais foram eliminadas na entrada do grupo miliciano. O grupo Águia começa a ter monopólio sobre o oferecimento de certos serviços – como a venda de gás e de água mineral – e a exigência do pagamento de um ágio para cada atividade comercial exercida na comunidade. Diferentemente do caso dos traficantes, os milicianos desenvolveram um complexo sistema de pagamento em troca do oferecimento de segurança (DIAS, A., 2014, p.8).

Segundo o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquéritos destinada a investigar a ação de milícias no âmbito do estado do Rio de Janeiro (Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 2008), o grupo de milicianos que atuava na região de Realengo (incluindo o Jardim Batan) era composto por cerca de 20 pessoas, sendo estes membros das corporações da polícia civil, polícia militar, e ex-policiais.

Eles faziam a “exploração irregular de serviços com cobrança de: Segurança de moradores R\$ 10,00; comércio R\$ 40,00; sinal de TV a cabo R\$ 30,00; garrafão de água R\$ 7,00 e gás R\$ 37,00” (op. cit. p. 182) e, suas principais formas de intimidação eram: “ameaças, agressão (usam taco de beisebol) e expulsão da residência” (op. cit., p. 182).

Ainda segundo este relatório, os milicianos estariam tomando as casas dos moradores que não tinham documentação de posse dos imóveis, teriam assassinado desafetos e estariam utilizando viaturas oficiais da polícia na prestação destes serviços privados.

Assim, poderíamos dizer que, mediante violência ou ameaça, os milicianos expropriam privadamente recursos que seriam de prerrogativa estatal, como o controle sobre os lotes urbanos, a prestação de serviços, a garantia da segurança pública, da liberdade e mesmo da vida dos cidadãos que moram nestes territórios.

No relatório das CPI das milícias, os representantes de empresas privadas de prestação de serviços como a TV a cabo “foram unânimes em afirmar que a falta de acesso das comunidades populares ou mais distantes ao serviço de TV paga ocorre em função dos riscos existentes nas áreas dominadas pelos traficantes ou milícias (op. cit., p. 121)”. Assim, produz-se a oferta informal de uma mercadoria e a clandestinidade favorece o estabelecimento de “mercadorias

políticas” (Misse, 2002) para pensar em recursos do Estado expropriados por agentes privados em prol de aumentar seus recursos próprios².

E foi o que houve quando jornalistas do jornal O Dia, decidiram ir à comunidade para fazer uma matéria sobre as milícias no Rio de Janeiro no ano de 2008. Os jornalistas foram capturados e torturados juntamente com o morador que servia de fonte:

Eles foram capturados no dia 14 de maio. Segundo o jornal, o fotógrafo, o motorista e um morador foram rendidos por um grupo armado e encapuzados. De lá seguiram até a casa onde estava a repórter. Ela também foi capturada e os quatro foram levados para um cativado. De acordo com o jornal, em sete horas e meia de terror, a equipe foi submetida a socos, pontapés, choques elétricos e sufocamento com saco plástico. Segundo a reportagem, os profissionais foram soltos sob a condição

de não denunciarem os agressores. (PORTAL G1, 2008)

Logo após esse episódio, que veio a público em meados de 2008, o Batan ficou em evidência e a grande mídia pedia uma solução para o problema da milícia na comunidade, juntamente com a prisão dos envolvidos.

E a “solução” não tardou, um novo modelo de policiamento, que tivera início no mesmo ano do sequestro e tortura dos jornalistas foi usado como resposta do governo ao desconforto causado pela mídia.

Sendo assim, em torno de 6 meses depois, no dia 18 de fevereiro do ano de 2009, a UPP do Batan era inaugurada.

O discurso era o de que a UPP que se instala no local vinha romper com as formas de sociabilidade e de mercado impostas pela milícia e implementar uma nova relação entre policiais e moradores. A pesquisa buscou apurar a continuidade e ruptura ao modelo de sociabilidade anterior.

Em entrevistas ficou claro que, no início, muitos policiais que foram designados para UPP local, o foram por já conhecer o lugar. Esses policiais eram figuras conhecidas da população.

A dinâmica do toque de recolher permaneceu. Os bailes funk que já eram proibidos na época de milícia, continuaram proibidos. As festas com som alto, foram proibidas. Os carros com som, comuns entre os jovens, ficaram proibidos de tocar som alto nas ruas e bares.

² Segundo Misse (2002), “mercadorias políticas podem ser definidas como “bens e serviços codificados de segurança, proteção e garantias de confiança nas transações, que conflitam com a soberania das regulamentações estatais” (p. 74) “O que há de específico na corrupção como mercadoria política é o fato de que o recurso político usado para produzir ou a oferecer é expropriado do Estado e privatizado pelo agente de sua oferta. Essa privatização de um recurso público para fins individuais pode assumir diferentes formas, desde o tráfico de influência até a expropriação de recursos de violência, cujo emprego legítimo dependia da monopolização de seu uso pelo Estado.” (p. 76)

As diferenças também começaram a ser percebidas, companhias de tv a cabo substituíram o “gato net”, companhias de luz elétrica e água substituíram os antigos gatos de luz e água. As contas oficiais começaram a chegar. Os moradores que antes não estavam acostumados a ter de pagar para as concessionárias para o uso de determinados serviços, passaram a pagar. As contas chegaram, mas nem todos as recebem em suas casas. O Batan não tem CEP em sua totalidade, o Morrinho é uma parte da comunidade na qual a maior parte das ruas não têm CEP. Ou seja, não possuem o código postal necessário à comprovação da existência de uma residência.

A área conhecida como Morrinho é a mais pobre da favela. É a essa área que se imputa a permanência do comércio ilegal de drogas. Quando há uma ocorrência ligada ao tráfico, é nesta área que se concentram as buscas.

(...) a área denominada como “Morrinho” por estar em uma parte mais elevada do local. Os seus primeiros moradores são pessoas de outra comunidade, vizinha ao Batan, que foi “posta à baixo” para dar lugar a um viaduto. E, com o dinheiro da indenização se mudam para o Batan. De acordo com os moradores, o Morrinho ocupa uma área pertencente ao Exército Bra-

sileiro e que a sua invasão foi incentivada pelos traficantes para ser um local utilizado como um refúgio para as suas operações (DIAS, A. p8, 2014).

Os moradores sem CEP recebem sua correspondência na associação de moradores do “Jardim Batan”. No entanto, o fato de não ter CEP, e nem hidrômetro (instrumento individual de medição de consumo de água) faz com que moradores se revoltam ao dizer que não tem hidrômetro, mas tem conta de água ou que não tem água, mas tem conta.

Como mostra Dias (2014) a constituição territorial do Batan é bastante heterogênea. As diferentes áreas da favela foram sendo ocupadas em períodos temporais distintos.

A construção dos espaços ocupados por moradores reflete esta diferença entre as diferentes áreas da favela apresentada por Dias (2014). Há uma heterogeneidade no perfil socioeconômico e demográfico dos moradores do Batan.

De acordo com os dados do censo demográfico de 2010, o Morrinho possui 18,2% de seus moradores em condições de pobreza e extrema pobreza – segundo a metodologia utilizada, domicílios cuja renda per capita está na faixa de até 1/4 do salário mínimo na época do recolhimento dos dados. A

parte plana da comunidade tem um número menor (8,4%) de pessoas nesta condição. Mesmo assim, ainda possui um número muito acima ao da cidade do Rio de Janeiro (3,3%) ou até mesmo o da Região Administrativa de Realengo (4,0%). Isso pode indicar que, mesmo em áreas pobres, pode haver desigualdade os seus moradores. Uma visão que contrasta ao mito de que a favela corresponde a um universo homogêneo (Preteceille; Valladares, 2000). (DIAS, A. p 10,11, 2014).

Há também a área conhecida como Bahia, caracterizada pelas construções inacabadas, becos e vielas.

O Jardim Batan área inicial da favela. No entanto, percebi nas entrevistas que o Jardim Batan não era representado pelos moradores como favela. Muitos interlocutores diziam: “aqui não parece favela”, favela é o Morrinho, é o Bahia, o Jardim Batan não parece com uma favela.

Destaco o uso da palavra “Jardim” no imaginário coletivo para diferenciar de favela e aproximar a representação da localidade aos bairros. Muitos moradores desta região dizem isso: “Olhe as casas, olhe as ruas asfaltadas. Parece favela?”.

A minha hipótese é de que processos ligados ao histórico de ocupação geraram uma

grande fragmentação interna. Um processo de hierarquização que resulta na percepção de que algumas áreas são mais “faveladas” do que outras. Devido ao oferecimento desigual dos serviços públicos, as áreas com ocupação mais recente possuem uma percepção mais negativa em relação à ocupação policial. (DIAS, A. p1, 2014)

Contudo, a UPP está localizada na área conhecida do “Jardim Batan”. Sendo assim, trouxe diversas regulações no que tange a sociabilidade da comunidade horários, festas, confraternizações e jogos de futebol. O funcionamento da comunidade passou a ser formalmente regulado pelas forças de manutenção da ordem, a quem os moradores deviam pedir autorização.

O PROJETO DE PROXIMIDADE DAS FORÇAS DE PACIFICAÇÃO

O projeto de UPP tinha como um de seus pilares a proposta de permanência por tempo indeterminado nas favelas cariocas. Uma presença constante para dar resposta rápida e eficaz aos problemas indesejados ligados ao comércio ilegal de drogas ilícitas. Contudo, o policial permanecia dentro da comunidade, armado com fuzil, convivendo diariamente com um contingente de população que é por vezes percebido como inimigo (MACHADO DA SILVA, 2010).

Que relação foi desenvolvida entre polícia e morador, sobretudo, como a polícia que historicamente usou de violência contra essa população com objetivo de atacar o narcotráfico, e como a população que sempre sofreu os efeitos do conflito gerado pela polícia se relacionou com ela nestes novos termos?

Para responder essas questões, foi proposta a política de pacificação de policiamento comunitário ou, como denominou-se posteriormente, polícia de proximidade. Esta política propunha uma forma de sociabilidade entre polícia e morador, na qual o morador e policial não se veriam como inimigos. Esta polícia de proximidade acabou sendo um conceito empírico e construído na prática, sendo que ocorreu apenas pela presença mais constante da polícia no território e pela maior quantidade de policiais por moradores do que em qualquer outro local da cidade, do que uma prática de intervenção inovadora. Esta proximidade expunha os moradores à controle constante pelas forças de ordem.

PROJETO DE POLICIAMENTO DE PROXIMIDADE E A UPP DO BATAN

O Batan foi uma das primeiras experiências do projeto de polícia pacificadora. Foi uma comunidade que passou por quase todos os estágios de “evolução” desse projeto, desde a implementação até a atual política de proximidade.

Essas marcas estão nas formas de sociabilidade dos moradores, muitos

contam que o cotidiano da comunidade foi sendo modificado à medida que os comandos eram substituídos. Havia comandos que não reprimiam o serviço de vans e moto-taxi dentro da comunidade, permitindo que motocicletas e vans piratas atendem a população no tange ao transporte público (por ter lugares de difícil acesso os moradores necessitam deste serviço).

No entanto o comando à época da pesquisa reprimia com multas, as vans e motos que transportavam passageiros, o que é o mesmo que impedir que eles circulem. O mesmo ocorreu com a festas de rua, que no comando anterior poderiam ocorrer livremente em um posto de gasolina abandonado na entrada da comunidade, com o atual comando estão proibidas. O que denota que os comandantes particularizam a política ao imprimir seu estilo pessoal.

Houve também permanências da época de domínio de milícia que não se restringiram somente nas dinâmicas de sociabilidade, mas também na presença de policiais que, segundo moradores, faziam parte da milícia que comandava a favela e foram “aproveitados” na fase inicial de implementação da UPP Batan.

Em entrevista com um dos jovens, este disse;

“Uma vez eu voltando do Baile no fumacê, eram umas seis da manhã, os caras da mi-

lícia deram uma surra em um pessoal que estava bêbado, eu escapei porque não tinha bebido muito. Bateram muito nos moleques, tiraram a roupa deles e deixaram eles só de cueca pra ir pra casa, quando veio a UPP a gente sabia que o esculacho da polícia não ia acabar, porque polícia esculacha mesmo. Mas a gente pensou que como viriam policiais que não eram milicianos, a coisa podia melhorar um pouco. Mas isso não aconteceu, os caras que esculacharam os moleques viviam indo lá, a gente via eles direto.”

Os bailes que eram proibidos em época da milícia continuaram proibidos com a chegada da UPP. O “toque de recolher” imposto pelos milicianos, em alguma medida, foi mantido quando o capitão só permitia que bares e festas durassem apenas até as duas horas da manhã.

Os jovens “suspeitos” ainda eram revistados de forma truculenta com a chegada da UPP. Muitos dos jovens que os policiais associavam a traficantes tinham suas casas invadidas no modelo “pé na porta” e se diziam perseguidos nas ruas da comunidade.

Sempre eram parados ao andar de moto ou carro. Nas blitzes, pediam documentos tanto dos veículos quanto de quem os conduzia. Os policiais chega-

vam a solicitar que os passageiros também se identificassem.

Não seria nada fora da lógica de uma sociedade de direito imaginar que um policial ao abordar um veículo verificasse a sua documentação. No entanto, muitos dos interlocutores disseram que esse procedimento era muito recorrente.

Algumas vezes se repetia com os mesmos atores. Uma mesma pessoa era abordada mais de uma vez ao dia. Muitos jovens chamaram de “operação sufoco”, afirmando que a polícia os associavam ao tráfico pelo fácil deslocamento das motocicletas na favela. Segundo os jovens, o policial afirmava que eles estavam transportando drogas e por isso eram parados.

Um jovem disse:

Agora não posso mais dar um rolê de moto, vou na casa da minha mina, os caras me param, levo ela pra tomar um acai, o cara me para de novo, dá ou não dá pra ficar puto? Nem namorar em paz eu posso, o pai da minha mina agora não deixa ela sair de moto comigo porque tem medo da UPP pegar e fazer uma covardia. Era melhor quando era milícia, eles só pegavam quem devia.

Não trata-se em afirmar que os moradores preferiam a milícia ou qualquer tipo de poder paralelo. No entanto, é im-

portante entender que na fala do jovem fica claro que para eles as únicas alternativas são UPP, Milícia ou tráfico. Ou seja, alguém sempre será o dono da favela.

Com a UPP, “o dono” é o Estado. A polícia exerce o controle social através do aparelho militar e torna o morador de favela em um indivíduo controlado.

O morador é muitas vezes antevisto como criminoso, ou associado ao crime, o que é perturbador. A polícia que estabelece uma relação de desconfiança é a mesma que vai tentar a relação de proximidade com a população.

Como confiar na “operação sufoco” ou em quem a pratica? Como se aproximar de agentes em uma instituição que controla militarmente a favela? Como mostra o professor Machado da Silva (2010), a visão de que as classes perigosas precisam ser controladas pela violência anda na contramão da política de proximidade.

O favelado convive diariamente com a violência física e simbólica praticada pelo Estado. Vive uma relação tensa entre o controle militar e o Estado democrático de direito e, em um clima tenso, o projeto de polícia de proximidade não encontra as condições adequadas de construção.

A relação polícia e favela foi construída ao longo do tempo pela via da violência. No entanto, dentro do paradigma weberiano no qual estado tem o monopólio legítimo da violência, as ações policiais legítimas de controle

do espaço passam despercebidas das formas de violência mais claras, as que rompem a ordem do direito.

Fica apenas taxado como violência o dito abuso da força. Mas o que seria então esse abuso? E se há um “abuso” é sinal que alguma medida é legítima e tolerada, então que medida seria e quem regula como será dosada?

Para além desses questionamentos iniciais que pretendo discorrer adiante, agora vou me ater ao conceito de violência. O uso da força legitimado não é percebido como abuso. Já quando a força é um recurso usado sem legitimidade é conferido a ela o status de violência (MISSE, 2002). Quando rompe a ordem socialmente instituída a violência se caracteriza como abuso, sendo assim, violência aqui é posta como algo exterior. Como afirma o professor M. Misse (2002):

Violento é sempre o outro, aquele a quem aplicamos a designação. O emprego da palavra é assim performativo, isto é, ao empregá-la nós agimos socialmente sobre outrem – seja denunciando uma ação ou uma pessoa, seja acusando um evento ou um sujeito. (p. 1)

Vamos pensar então as características da violência policial no Batan. Existe a violência moral avaliada a partir destes atos de desconfiança sistemática

dos moradores da comunidade que não são percebidos como plenamente cidadãos, mas também há a violência física, que se percebe facilmente quando aplicada, sendo considerada injusta.

Devemos compreender também que há uma relação ambígua entre quem pratica a violência e quem a sofre. Se em alguma medida esse indivíduo for considerado pela comunidade como alguém “errado”, ele é tido como culpado pelo abuso que sofreu.

Sendo assim, percebemos que a dinâmica de sociabilidade da favela está permeada pela violência, pelas relações de força e poder. E nessa dinâmica se percebe que a polícia tem um papel duplo, o da corporação e do policial que exerce o poder.

Como nos mostra Daniel Misse (2013), o *ethos* policial tem inclinações claras ao uso da força física. Contudo, o projeto de proximidade visa conter esse *ethos*, propondo uma nova relação da polícia com o morador. Para que isso corra o governo do estado contratou novos policiais através de concurso. Não tratou-se apenas de contratar um “novo” efetivo para a corporação e sim de tentar moralizar as relações da polícia com a sociedade.

No Rio de Janeiro, sempre se questionou a relação dos baixos salários e o perigo da profissão com os índices de mortalidade dentro da própria corporação. O Estado, além de contratar um novo efetivo para trabalhar nas UPPs,

também lhes concedeu diversos benefícios e gratificações, além de plano de carreira, com o intuito de responder às críticas dos baixos salários e os índices de corrupção policial.

À primeira vista os policiais no Batan parecem realmente ser novos e recém-formados, o que corrobora com o programa do governo em criar um novo efetivo. Isso se constatou em campo nas idas à comunidade. Há também muitas policiais mulheres. Durante o desenvolvimento da pesquisa de campo, a capitã da UPP do Batan é uma mulher. Contudo, o que se percebeu é que novos são os policiais que fazem o patrulhamento, mas as práticas empregadas para obter informação continuam arbitrarias e violentas.

Isso ocorre porque no comando das unidades permanecem os policiais mais experientes e que atuam há muitos anos na corporação. O patrulhamento continua sendo feito com policiais portando fuzil em carros fechados, encenando que a “guerra ao tráfico” permanece.

Contudo, o patrulhamento não foca a “guerra ao tráfico”, mas sim o controle sobre o fluxo de pessoas. Elevando a repressão policial ao favelado e as arbitrariedades cometidas pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro à categoria de política pública.

A repressão policial se dá com militares em motos, outras em carro com vidro fechado, com policiais sem-

pre portando o fuzil. Em campo, poucas vezes eu vi policiais realizando o patrulhamento à pé. Os policiais que faziam a ronda a pé sempre ficavam com a mão do coldre (suporte para a arma usada pela polícia carioca), a sensação que tive foi a possibilidade de a arma ser sacada a qualquer momento. O que justificaria uma postura tão defensiva por parte dos militares uma vez que a relação é supostamente de proximidade?

O que se percebeu em campo foi o clima de desconfiança por ambas as partes. Como mostra Kant de Lima (1995) o morador é antevisto como bandido ou associado a ele, não obstante, a polícia é vista pelo morador como inimiga pela histórica relação de truculência e violação de direitos.

Então, como aproximar-se de alguém que lhe causa desconfiança? Não há proximidade possível dessa forma, o que há é a tolerância tensa entre partes que não desejavam estar ali.

A polícia enquanto corporação pretende ficar na favela. O morador enquanto cidadão precisa de proteção contra os abusos do tráfico varejista. Sendo assim, o que dificulta a integração do policial com o morador?

Para entender os motivos dessa tensão precisamos compreender que o poder de polícia é exercido não pela corporação, mas pelo policial. O controle policial não é feito contra o comércio ilegal de drogas e sim sobre o fluxo de pessoas. É sobre o morador

de favela que recaiu todo o peso do controle feito pelo estado com a repressão do comércio ilegal de entorpecentes. É o morador que teve sua rotina alterada, teve seu bar e futebol limitados a um determinado horário.

Suas festas ficaram restritas a um tipo ideal de festa conforme a moralidade policial. O que se percebeu em campo foi que o tipo ideal são aniversários “de família” até as 22:00h, com todos os moradores sentados ouvindo música gospel e bebendo guaraná.

Contudo, a realidade é bem distinta da pretendida pela polícia. A organização social das favelas, sobretudo a do Batan, não se adequa ao tipo ideal proposto pelo comando militar que lá se instalou.

E é nesse ponto então que o morador mais sente a repressão policial. A tensão social existente entre polícia e morador fica aparente quando seu cotidiano – por conta do controle militar exercido pela polícia – se mostra alterado.

Hoje no Batan, como em muitas comunidades cariocas, os bailes funk estão proibidos. Foram considerados perniciosos pela nova dinâmica social imposta pelas forças de pacificação.

São vistos pelos policiais como eventos catalizadores para consumo e venda de drogas. Sendo assim, na nova ordem que se pretende instalar dentro das comunidades, os bailes funk não tem espaço.

Segundo o capitão Glauco
(UPP do Morro da Providên-

cia no centro da cidade), “todo baile funk tem envolvimento com o tráfico. Apesar de ser uma cultura popular, a população ainda não está preparada para isso. No futuro, quando estiverem conscientizados [leia-se civilizados], escutando música clássica, música popular brasileira, conhecendo outros ritmos, outras culturas, a gente até pode autorizar, mas hoje não”. Para a famosa capitã Priscilla, então responsável pela UPP do morro Santa Marta: “Para os trabalhadores, para as comunidades, ter um baile funk aqui hoje significa que a polícia perdeu. É o simbolismo. Vai ter um dia? Vai, mas não agora”. (SILVA, 2011, p 12).

Isso vem acarretando alguns problemas. Tendo em vista que os bailes estão proibidos e o pagode e funcionamento dos bares estão limitados a um determinado horário, os jovens de comunidades com UPP tem procurado bailes em outras comunidades não pacificadas como forma de diversão.

Algumas dessas comunidades são dominadas pelo tráfico. Normalmente, esses jovens passam despercebidos nos bailes que frequentam. Mas, conforme relatos de moradores, já houve casos em que os jovens foram mortos ao frequentar o baile funk em outra co-

munidade. O que contam moradores é que os jovens acabam se envolvendo com o tráfico em outras comunidades e, quando descobertos como moradores de área de UPP, são vistos como possíveis X9 (gíria usada para designar informantes que delatam os comparsas para a polícia) por conta da suposta proximidade com a polícia em suas comunidades de origem.

Outro aspecto da questão é volta para casa, não é incomum que policiais encontrem, em rondas durante a madrugada ou início da manhã, com jovens voltando dos bailes funk em outras favelas ou festas em outras localidades da cidade. Porém é recorrente os relatos que policiais costumam agir violentamente contra eles, nas chamadas “dura”, quando julgam que estão drogados ou transportando drogas de outras favelas para o Batan.

O paradoxo é que eles eventualmente são humilhados ou mortos porque foram em buscar diversão em outro lugar, pois na própria comunidade os seus meios de sociabilidade - festas com funk ou pagode - não foram permitidos ou foram limitados.

Para ocorrer um evento organizado nas ruas do Batan, os moradores precisam pedir permissão por escrito à UPP. Antes, esse pedido tem que passar pela associação de moradores, que levará até à comandante. Nesse documento deve conter as seguintes informações: o nome dos organizadores, o tipo de mú-

sica predominante, o horário de início e término, o lugar da comunidade em que será realizado o evento e o endereço dos organizadores.

Isso minou os eventos organizados pelos jovens dentro da comunidade, que normalmente eram feitos em salão de festas ou praça pública com som dos carros ou DJ. O que mais os assusta é o pedido de endereço pessoal no formulário para autorização de festas.

No entanto, alguns eventos continuavam sendo realizados e até incentivados pelo comando militar. Os pastores locais tinham o hábito de evangelizar - processo pelo qual se prega a palavra de Deus a novos fiéis - nas praças públicas. Esses eventos são os únicos aprovados nos últimos anos dentro da comunidade pelos militares.

Os eventos com funk e pagode que antes predominavam, passaram a ser realizados apenas dentro dos quintais das casas, em churrascos. Ocorrem em bares também, mas com o som em volume baixo e com horário pré definido para terminar. Além de deixar as possibilidades de diversão limitadas, os horários também devem ser obedecidos.

Um episódio que me chamou atenção, foi o relatado em uma entrevista sobre o modo de operação da polícia com quem não obedece os horários estabelecidos pelo comando da UPP.

Surgiu então o termo “UPP modo spray de pimenta”, que é quando os policiais passam por uma rua onde

tem bares ou festas que se estendem além do horário, que é o de duas horas da manhã, espalhando o espray para dispersar as pessoas. Só pode funcionar fora da hora quem fizer pedido de evento e enquadrar-se em todas as exigências para a produção do mesmo.

Quando perguntei a um dono de bar se ele fez pedido, ele informou que seus pedidos foram todos negados. Em sua opinião, não vale mais a pena pedir:

Eles não deixam, eles não gostam de funk ou pagode, se fosse MPB, música de barzinho, eles deixavam, mas o povo aqui no Jardim Batan não gosta muito disso. Eles gostam de pagode com cerveja, ou funk, eles gostam de dançar, mas agora não pode. O morador reclama e a UPP vem e manda fechar, a gente faz o pedido e eles dizem que não pode passar de duas horas da manhã, é melhor mesmo nem tentar, o negócio é isso que o senhor (eu) está vendo, é espalhar umas cadeiras, deixar o som em volume baixo, o povo bebe, conversa e volta para casa. Só lá no Fumacê que pode ainda, mas a UPP foi para lá também, daqui a pouco acabada a farra.

Quem normalmente abriria a mala do carro com a caixa de som em alto

volume na praça – perto da carrocinha de cachorro quente e do bar –, também ficou acuado. Informam que caso ocorra alguma coisa fora do comum no local, como alguma briga, os policiais saberão onde o proprietário do veículo moram e ele possivelmente será responsabilizado pelo ocorrido.

Isso fez com que alguns jovens procurassem formas alternativas de diversão dentro da comunidade, enquanto outros procuram as mesmas festas em comunidades vizinhas.

As formas de sociabilidade dos jovens são duramente reprimidas na UPP e isto dificulta o estabelecimento de uma relação de proximidade entre policiais e moradores.

CONCLUSÃO

O que a polícia pretende é reprimir o tráfico armado dentro das comunidades e pôr fim ao comércio de drogas ilícitas. No entanto, é sabido que esse comércio permanece de forma pulverizada. O tráfico não se apresenta a partir de armas sendo ostentadas em praça pública.

Então como estratégia de combate ao comércio de drogas dentro das comunidades com UPP, as formas de sociabilidade dos jovens são reprimidas, por serem consideradas ligadas ao tráfico ou por considerarem que possa contribuir com ele.

O funk é associado a traficantes. Em qualquer local da favela onde tocava música funk e os jovens se agrupavam para

socializar era percebido como “orquestra do tráfico” e ocasião para vender drogas.

No Batan, muitos jovens relatavam que ao voltar de bailes ou festas em outros lugares, o pior que se pode acontecer é “bater de frente” com um policial.

Alguns disseram que os policiais fazem perguntas como: Você está transportando drogas pra alguém? Se tiver, já sabe o que vai acontecer... Está com drogas aí? Se tiver e acharmos, sabe o que vai acontecer...

E quando perguntado sobre o que aconteceria, eles disseram que se eles (policiais) desconfiassem que alguém fosse do associado ao tráfico, essa pessoa seria levada a UPP e eles fariam uma “massagem” (tortura) até que confessasse, ou entregasse os supostos comparsas.

Ou seja, se obtém as confissões através das “massagens”, os jovens confessam sob tortura, sendo assim, os criminosos são criados (leia-se) inventados a partir das técnicas policiais.

Fica claro então o que pode acontecer com alguém que sai da favela para se divertir e volta durante a madrugada e encontra em alguma rua, ou beco da comunidade, uma unidade móvel da Polícia Militar.

O que se percebe em relatos de moradores da comunidade do Batan, é que o método de policiamento usado pelos policiais novos ainda é o mesmo dos policiais antigos. Relatos de torturas e ameaças são recorrentes nas entrevistas, o que dificulta a convivência, pois

o policial que está na comunidade de forma permanente é quem torturou e ameaçou, é dele que o estado quer que o morador se aproxime.

É ele quem, em tese, aproximaria-se dos moradores da comunidade para que se estabelecesse a polícia de proximidade, uma fórmula que favoreceria o recebimento de informações policiais acerca do tráfico e facilitaria a ação policial contra o comércio ilegal de drogas.

Contudo, não é o que se vê. O que o campo mostrou foi a permanência do patrulhamento ostensivo e do uso da força contra o morador quando o policial julga necessário obter informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. Monopólio estatal da violência na sociedade brasileira contemporânea. In: Miceli, Sérgio (org.) O que ler na ciência social brasileira (1970-2002). Vol. 4. São Paulo: Anpocs/Sumaré; Brasília: Capes, 2002.

BOURDIEU, Pierre. A força do direito: elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: O Poder Simbólico. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2010.

BURGOS, Marcelo Baumann. Favela e Luta pela Cidade: esboço de um argumento. In SILVA, Jailson de Souza e. O que é Favela, Afinal? Rio de Janeiro: Observatório de Favelas do Rio de Janeiro, 2009.

CAMPOS, Andreilino. Do quilombo à favela. A produção do “espaço crimi-

nalizado” no Rio de Janeiro. 4. Ed. Bertrand Brasil, 2011.

CARVALHO, Rodrigo., MISSE, Daniel. Policiamento Comunitário no Rio de Janeiro. 2010.

CERQUEIRA, Carlos Magno. As políticas de segurança pública no governos Leonel Brizola. ARCHE. Ano VII, n.19. 1988.

DIAS, Ariley. P.R. O bem em projeção e os moradores do Batan: uma competência para julgar o futuro possível. 38º Encontro Anual da ANPOCS, Simpósio de Pós-Graduados 21, Sociologia e Antropologia da Moral. 2014. Disponível em http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=9316&Itemid=456

FOUCAULT, Michel. Segurança, território e população. Companhia das letras. São Paulo, 2008.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Companhia das Letras. São Paulo, 1997.

KANT DE LIMA, R. A polícia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LEITE, Marcia. P. Entre a ‘guerra’ e a ‘paz’: Unidades de Polícia Pacificadora e gestão dos territórios de favela no Rio de Janeiro. DOSSIÊ UNIDADES DE POLÍCIA PACIFICADORA-CEVIS, PARTE 1: Vol. 7 - n. 4 - OUT-NOV-DEZ - 2014, p.625-642.

MACHADO DA SILVA, L. A. “Sociabilidade violenta: por uma interpretação da criminalidade contemporânea no Brasil urbano».

In: RIBEIRO, L. C. (org.). *Metrópoles: entre a cooperação e o conflito*. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

MACHADO DA SILVA, Luiz Antonio. Afinal, qual é a das UPPs? Artigo publicado em Março/2010. Disponível em: http://www.observatoriodasmetrolopolos.ufrj.br/artigo_machado_UPPs.pdf

MENDONÇA, Tássia. *Batan: Tráfico, Milícia e "Pacificação" na Zona Oeste do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, PPGAS, Museu Nacional, UFRJ 2014. (dissertação de mestrado)

MISSE, Daniel. Políticas Sociais em Territórios Pacificados. UFF, 2013. Tese de Doutorado.

MISSE, Daniel. CARVALHO, Rodrigo Mattos de. *POLICIAMENTO COMUNITÁRIO NO RIO DE JANEIRO*, 2010. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/daniel_ganem_misse.pdf

MISSE, M. Malandros, marginais e vagabundos. Tese de Doutorado. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.

MISSE, Michel. O Rio como um Bazar, a conversão da ilegalidade em mercadoria política.

Insight inteligência. Rio de Janeiro, v.3, n.5, 2002 . p12-16.

MISSE, Michel. Violência, Crime e Corrupção: conceitos exíguos objeto pleno. In: José Vicente Tavares dos Santos e Alex Niche Teixeira, orgs. *Conflitos Sociais e Perspectivas da Paz*. Porto Alegre, Tomo Editorial, 2012.

MISSE, Michel. Violência: o que foi que aconteceu. *Jornal do SINTURF*, ano XVII, n. 529, 2002.

PARK, Robert Ezra. A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano em meio urbano. In: VELHO, Otavio. *O Fenômeno Urbano*. Rio de Janeiro: Zahar ed., (pp.26-67), 1976.

SILVA, Marcelo Francisco da. Unidade de Policiamento Pacificadora – UPP: um processo de democratização dos espaços favelados no Rio de Janeiro?. *UrbBA. ST3. URBANISMO E REGULÇÃO*. 2011.

WEBER, Max. *Sociologia da Burocracia*. In: COELHO, Edmundo Campos. *Sociologia da Burocracia*.

ZALUAR, Alba, *Sociabilidade, institucionalidade e violência. Integração perversa: pobreza e tráfico de drogas*. Rio de Janeiro: FGV editora, 2004

ZALUAR, Alba. (1985) *A máquina e a revolta*. São Paulo, Brasiliense.

Michel Eduardo Moreira Chaves

Graduado em Ciências Sociais pela UFRJ, Mestre em Ciências Sociais pela UFRJ, Professor Docente I SEEDUC/RJ.

O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E OS CRITÉRIOS PARA ESTABELECIMENTO DE COMPETÊNCIA DE JULGAMENTO DE NULIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL: evolução jurisprudencial e legal dirigida ao acesso à justiça

Renato Horta

E-mail: renatohorta@yahoo.com.br

RESUMO

A dificuldade do STJ em definir critérios para definir a competência para declaração de nulidade da convenção arbitral inseriu a arbitragem que se propõe como alternativa ao Judiciário a conviver com demandas que pretende o afastamento do instituto por meio do Judiciário, tornando o instituto moroso e complexo, afastando ou dificultando o acesso à justiça. A presente pesquisa pretende investigar se o atual CPC apresentou critérios para a fixação da competência mencionada suficiente a reduzir demandas judiciais e fortalecer a arbitragem. O método utilizado foi o hipotético dedutivo e todas as hipóteses foram ao final, confirmadas. **Palavras-chave:** Atual CPC; Critérios; Competência; Arbitragem; Judiciário.

ABSTRACT

The difficulty of the STJ in defining criteria to define the competence for declaration of nullity of the arbitration agreement inserted the arbitration that is proposed as an alternative to the Judiciary to coexist with demands that intends to leave the institute through the Judiciary, making the institute time consuming and complex, Removing or hindering access to justice. The present research intends to investigate if the current CPC presented criteria for the determination of the mentioned competence sufficient to reduce judicial demands and to strengthen the arbitration. The method used was the hypothetical deductive and all hypotheses were confirmed at the end.

Palavras-chave: Current CPC; criteria; competence; arbitration; Judiciary.

INTRODUÇÃO

Conforme relatório publicado em 2016 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Judiciário estadual, tramitava, até 2015, cerca de 59,2 milhões de processos, localizados, em sua grande maioria, na primeira instância¹.

Segundo o mesmo relatório, ainda que se tenha julgado, em média, mais demandas que no período anterior, 2014, o número de ações judiciais cresceram e a taxa de congestionamento alcançou 72,2%, fato que repercute de foram determinante na morosidade excessiva das decisões judiciais no atendimento às demandas, pois, a conclusão da primeira fase processual, em que o Estado-juiz irá conhecer cada caso, poderá alcançar, em média, cinco anos².

O mesmo relatório publicado pelo CNJ conclui que a crise do Judiciário decorre não apenas da deficiência da estrutura, mas também de aspectos culturais relativos à postura belicosa dos brasileiros para resolverem conflitos, algo que, segundo o mesmo relatório poderá ser alterado com a nova sistemática introduzida na regra geral processual civilista.

O sistema multiportas admitido pelo Código de Processo Civil de 2015, pretende apresentar alternativas ao cidadão para resolução de conflitos além daquele ofertado pelo Judiciário, reconhecendo

emancipação do cidadão como parte integrante da solução e a capacidade destes em delimitarem os contornos para a solução de seus conflitos com a finalidade de assegurar o acesso à justiça.

O procedimento arbitral, que também se apresenta como meio alternativo ao processo cognitivo judicial, inserido no sistema multiportas de acesso à justiça, apesar de desacoplado em termos do processo judicial, acabou sendo inserido em disputas jurídicas que tem como objetivo afastar a competência do árbitro quando instaurado a condição ou termo indispensáveis para a sua instauração.

Decisões judiciais sobre temas da arbitragem, por vezes, estabelecem critérios que desnaturam o objetivo do instituto arbitral retirando ou mitigando a autoridade do árbitro, causando insegurança jurídica, estabelecendo dependência ou submissão ao Judiciário a qual a Lei de arbitragem pretendeu afastar.

Interpretações incongruentes, que admitem haver competência concorrente entre juiz arbitral e juiz togado para decretar a nulidade de convenção arbitral capaz de afastar a arbitragem, assim como o estabelecimento de hierarquia entre decisões sentenças arbitrais e judiciais, nos parece, hipoteticamente, desconnectada do sistema multiportas de acesso à justiça e com enorme capacidade de enfraquecer a arbitragem brasileira.

O princípio que rege a competência do árbitro no Brasil, princípio da competência-competência cuja ori-

¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: 2016. ano-base 2015. CNJ. Brasília: CNJ, 2016, p. 42.
²Idem, p. 126.

gem remonta ao Direito alemão, *kompetenz-kompetenz*, vem sendo tratado de forma tormentosa e vacilante pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, por meio de critérios diversos, ora amplia ora reduz, sua extensão.

Tal fato compromete a segurança indispensável à arbitragem e milita contra o sistema multiportas de acesso à justiça, desacreditando o instituto e sobrecarregando o Judiciário que além de não deter capacidade para julgar em tempo hábil demandas, impõe aos envolvidos constante postura belicosa que repercute maior animosidade entre os envolvidos.

Pretendendo alterar esse cenário, o atual CPC reconheceu o sistema multiportas e estabeleceu sistema processual principiológico e emancipatório, sendo impostergável investigar se, o Código de Processo Civil apresentou critérios para a fixação de competência para declaração de nulidade de convenção de arbitragem suficiente a reduzir demandas judiciais sobre o tema e fortalecer a arbitragem, voltada à ampliação do acesso à justiça.

Para responder o problema apresentado partiu-se das seguintes hipóteses, atual jurisprudência do STJ sobre o tema é insuficiente e inadequada quando trata do tema relativo a competência para decretar a nulidade de convenção arbitral; outra hipótese investigada analisou a sistemática principiológica introduzida pelo atual CPC a orientar

a aplicação de suas regras, dentre as quais a competência do árbitro para reconhecer a sua competência no julgamento da nulidade de convenção de arbitragem suficiente a afastar a competência do Judiciário, que, em todo caso, poderá exercer o controle de legalidade com o encerramento da arbitragem.

O método utilizado para desenvolvimento da pesquisa foi o hipotético-dedutivo, sendo apresentados conceitos e classificações gerais, levantamento de decisões proferidas no STJ com o intuito de sistematizar o posicionamento do Tribunal, assim como a revisão bibliográfica sobre o tema, destacando as divergências entre casos semelhantes e confrontando estes com o texto legal do atual Código de Processo Civil.

A pesquisa foi dividida em quatro partes, a primeira relativa à apresentação das ondas de acesso a justiça, em dimensões; a segunda buscou apresentar conceitos e classificações importantes ao tema proposto que auxiliaram na conclusão do trabalho; na terceira parte são apresentados julgados do STJ que demonstram a indefinição da fixação de critérios a fixar a competência para o julgamento de nulidades da convenção arbitral; a quarta e última parte trata dos critérios definidos pelo atual CPC voltados ao fortalecimento da autonomia da arbitragem no Brasil.

Pretende-se com o resultado da pesquisa fornecer posicionamentos a auxiliar na redução da crise do Judiciário

decorrente da hiperjudicialização e promover o desenvolvimento da arbitragem brasileira por meio de maior autonomia concedida ao árbitro e ampliação da segurança jurídica das decisões arbitrais.

ACESSO À JUSTIÇA

O acesso garantido pela Constituição de 1988 a todos, independente de qualquer condição financeira, assim como a inafastabilidade jurisdicional, constituem meios de admissão formal ao Judiciário brasileiro, que tem dentre outras funções sociais o objetivo de alcançar a paz social.

No Brasil, a preocupação com o acesso ao Judiciário é antiga, havendo registro no Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, publicado durante o governo provisório de marechal Deodoro da Fonseca com inspiração no princípio da igualdade desenvolvido na Revolução Francesa de 1789.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth³, em estudo descritivo sobre a evolução do acesso à justiça, classificando-o em “ondas” ou “momentos”, observaram que, inicialmente, nos Estados Liberais, os procedimentos adotados para solução dos litígios estavam fundamentalmente alicerçados na filosofia individualista de acesso formal ao monopólio estatal da justiça.

Sendo considerado direito natural,

o acesso individual ao Judiciário deveria ser assegurado a todos, cabendo ao Estado estar apto a receber demandas e apresentar decisões àqueles dispostos a submeter o conflito ao Estado-Juiz.

Contudo, a homogeneidade social pressuposta e ideal ao Estado Liberal, não se mostrou adequada à heterogeneidade social e econômica, sendo necessária a produção legislativa capaz de assegurar o acesso à justiça, mesmo daqueles que não possuísem condições econômicas de arcar com o ônus financeiro dos litígios, com a finalidade de se alcançar a isonomia formal e também material.

No Brasil, já sob o modelo de Estado Social⁴, a Lei nº 1.060 de 5 de fevereiro de 1950, disciplinou a assistência judiciária (art. 1º) e regulou a justiça gratuita (art. 3º), buscando oferecer acesso substancial ao Judiciário.

Nesse momento, acreditava-se no monopólio da justiça e na ficção de que o Estado e o Direito seriam capazes de resolver todos os conflitos sociais à revelia de qualquer contribuição privada para solução de divergências civis e realização da justiça.

Tal concepção partia de três premissas, a primeira fixada na sinonímia entre Judiciário e Justiça; a segunda arimada na suposição de que as partes seriam incapazes de solucionar seus

³CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002

⁴Sobre os modelos de Estado, consulte: BRESSER-PEREIRA, Carlos Luiz Gonçalves. Reforma do Estado para a cidadania. 2. ed. Brasília: Editora 34, 2002. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. Direito administrativo pós-moderno. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

próprios litígios; e a última na dependência do cidadão para com o Estado.

A intensificação da globalização, a produção em massa, o desenvolvimento e a execução dos direitos sociais⁵, o acesso à justiça, ainda restrito apenas ao Poder Judiciário, deixou seu caráter exclusivamente individualista e liberal, presente na primeira Onda, e cedeu espaço também às reivindicações sociais, protetivas, coletivas e transindividuais, características da segunda Onda de acesso à justiça, assumindo um caráter publicista.

Compatíveis entre si, a segunda Onda não afastou as concepções da primeira, convivendo ambas tanto no Brasil como em outros países ocidentais⁶ em perfeita sintonia.

Mesmo proclamando um sistema moderno, a primeira e a segunda Onda renovatória de acesso à justiça não foi suficiente para garantir, efetivamente, igualdade individual socialmente justa e acessível a todos, não sendo ainda

⁵CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8-12.

⁶Art. 20 da Constituição portuguesa. PORTUGUAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 11 abr. 2017; Portaria interministerial portuguesa nº 1.085, de 31 de agosto de 2004; Diretiva nº 8, de 27 de janeiro de 2003, da Comunidade Europeia, que trata da justiça gratuita; Lei n.º 29, de 22 de agosto de 1981, revogada pela Lei nº 24, de 31 de julho de 1996, ambas tratam do Código de Defesa do Consumidor português. PORTUGAL. Lei nº 24, de 31 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 11 abr. 2017; Decreto nº 62.978, de 11 de julho de 1968, trata da convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre Brasil e Argentina. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1960-1969/decreto-62978-11-julho-1968-404261-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 11 abr. 2017.

o Judiciário capaz de apresentar respostas, em tempo hábil às demandas propostas, fato que trouxe descrédito e insatisfação dos cidadãos, configurando a crise do Judiciário.

Isso ocorre porque o instrumento posto à disposição da jurisdição gera animosidades, sendo ainda substancialmente burocrático e moroso. Tudo isso, somada à cultura demandista atual e à incapacidade técnica de prolatar decisões com a mesma velocidade que os processos são distribuídos, causando descrédito ao Judiciário⁷.

Diante do cenário descrito, Cappelletti e Garth observaram que as ações passaram a centrar-se “no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”⁸.

A incapacidade do Estado em resolver as volumosas demandas, fez com que fosse desconstruída a anterior sinonímia compreendida entre Justiça e Judiciário, sendo ampliada a concepção de acesso à Justiça para além do Judiciário, sem, contudo desprezar as dimensões introduzidas pelas Ondas anteriores⁹.

A terceira Onda observada, não condiciona o acesso à Justiça ao aciona-

⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números: 2016. ano-base 2015. CNJ. Brasília: CNJ, 2016, p. 126.

⁸CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67.

⁹LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003, p. 255.

mento do Judiciário, tendo sido reconhecida a emancipação do cidadão, que, por meio de instrumentos privados ou públicos, teria capacidade de solucionar controvérsias de forma justa sem, necessariamente, submeter-se ao Judiciário e ao sistema conflituoso jurisdicional estatal.

A dicotomia entre Justiça e Judiciário, por meio do reconhecimento de outros métodos autônomos de acesso à justiça visando colocar fim ao conflito e não apenas ao litígio, trouxe inicialmente desconfiança do Judiciário e de organizações representativas, e, em virtude disso algumas batalhas foram travadas na mais alta Corte do Judiciário brasileiro como se denota do julgamento da SE nº 5.206-Espanha (AgRg) em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem; assim como o julgamento da ADI 303 que questionava a constitucionalidade da arbitragem compulsória instituída pela Medida Provisória nº 2.221, de quatro de setembro de 2001, cujo objeto restou prejudicado em virtude de sua revogação pelo art. 67 da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.

Além do STF, outras tantas demandas são propostas diariamente no Judiciário brasileiro¹⁰ cujo objetivo de seus patrocinadores é mitigar a competência ou validade da arbitragem e das decisões proferidas por árbitros.

Segundo pesquisa realizada pela Câmara Brasileira de Arbitragem, nos últimos seis anos foram propostas mais de onze mil ações judiciais versando sobre assuntos atinentes à arbitragem no Brasil, algo que demonstra duas realidades, a primeira que a arbitragem vem sendo desenvolvida no país e outra, o fato de que a autoridade arbitral é constantemente contestada no Judiciário nacional.

Tema importante para consolidar a autonomia da arbitragem consiste na competência para decidir sobre controversas relacionadas à arguição de nulidades da convenção arbitral, condição prévia a instituição da própria arbitragem, pois, o estabelecimento de competência concorrente, comum e atemporal poderá gerar insegurança jurídica às decisões arbitrais e a prevalência da decisão judicial antes de concluído o julgamento arbitral sobre o tema enfraquece o instituto da arbitragem.

Para que se desenvolva raciocínio relativo à competência acima delineada é importante à fixação de parâmetros gerais sobre os quais será construído o raciocínio hipotético-dedutivo a solucionar o problema definido no primeiro capítulo da presente pesquisa.

COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA NULIDADE DO COMPROMISSO ARBITRAL

A atual lei de arbitragem brasileira estabelece os principais contornos da arbitragem moderna, sendo possí-

¹⁰FRIAS, Cristina Maria. Ações de arbitragem na Justiça somam 11 mil em 6 anos. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 de março de 2017. Mercado aberto, A16.

vel conceituar o instituto, por meio da leitura detida da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, como um método heterogêneo de resolução de conflitos, em que terceiro(s) estranho(s) ao conflito, escolhido(s) ou aceito(s) pelas partes tem a incumbência de resolver divergências relativas a direitos patrimoniais, conforme limites determinados em convenção manifestamente aceitas pelas partes envolvidas, possuindo a decisão proferida pelo(s) árbitro(s) força executiva e vinculante entre as partes como sentença judicial.

Muito se discute acerca da natureza jurídica do instituto arbitral havendo quem defenda posição privatista em razão da origem convencional, enquanto outros advogam que a natureza seria publicita por apresentar fundo jurisdicional e decisão vinculante às partes; e ainda uma terceira corrente, mista, que pretende conciliar as duas posições anteriores, não dando prevalência a qualquer um dos critérios utilizados, mas à sistemática existente entre elas¹¹.

Independentemente das correntes acima restritamente descritas, inexistem dúvidas acerca da natureza jurídica da cláusula arbitral ou compromisso arbitral, a que faz menção o art. 853 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o instituindo como compromisso, inserido no Título II, “Dos efeitos das obrigações”, Capítulo X, “Do

compromisso”, e o art. 4º da Lei de Arbitragem, sendo latente a natureza contratual da convenção de arbitragem, autônoma, portanto ao próprio conflito.

Dentro da perspectiva contratual privatista, o parágrafo único do art. 8º e o art. 20 ambos da Lei de arbitragem, atribuiu ao(s) árbitro(s) especificado(s) na cláusula arbitral (cláusula cheia) ou compromisso arbitral, assim como ao(s) árbitro(s) a ser(em) escolhido(s) ou aceito(s) pelas partes (cláusula vazia) a competência para avaliar a existência, a validade e a eficácia da convenção arbitral a luz do princípio da competência-competência.

O referido princípio presente na legislação nacional é ainda mais amplo que o princípio inspirador contido no art. 16 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, pois, segundo a Lei nº 9.307/1996, da decisão arbitral que reconhece a própria competência não haverá recurso, havendo possibilidade de questionamento somente após a apresentação da sentença arbitral, através de ação declaratória de nulidade¹².

Segundo Nádya de Araújo, o princípio da competência-competência tem atualmente caráter universal e seria absoluto, vejamos:

(...) a aplicação do princípio da competência-competência, é a amplitude da

¹¹BRAGA, Rodrigo Bernades. Teoria e prática da Arbitragem. Belo Horizonte. Del Rey. 2009. p. 32 e 36.

¹²CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo. Malheiros, 1993.

autoridade que passa a ter o árbitro, pois só ele pode resolver sobre sua competência e sobre a invalidade do contrato, o que é expressamente retirado dos tribunais locais.

O princípio se coaduna com a da autonomia da cláusula arbitral, para dar à arbitragem o seu efeito de ser um sistema de solução de controvérsias privadas, que uma vez escolhido não pode mais ser desacatado. O recurso aos tribunais nacionais fica proibido, mesmo quando se discute uma questão relativa à jurisdição arbitral em virtude de uma nulidade do contrato, no qual a cláusula se encontra. Com isso, aumenta a segurança jurídica da escolha das partes, pois esta não poderá ser invalidada no futuro. No Brasil, esse é um dos pontos altos da Lei de Arbitragem, estabelecido no art. 8º.¹³

Contudo, como se verá no capítulo a posterior o posicionamento absoluto apresentado não é uníssono e tal fato tem gerado grande divergência. Entretanto, neste momento, é importante definirmos os quais elementos, requisitos e fatores necessários a des-

crever a existência, validade e eficácia da convenção arbitral.

Pontes de Miranda¹⁴ assevera que o negócio jurídico possui três planos sobre os quais se avaliam os elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficiência do negócio jurídico.

A Lei de arbitragem adota a referida Teoria conforme adiante veremos, apresentando elementos, requisitos e fatores que compõem os três planos a serem previamente analisados pelo(s) árbitro(s) após a instituição da Arbitragem, que se dá com a aceitação do árbitro do encargo¹⁵ e ao Judiciário no controle de legalidade.

Para que a convenção de arbitragem exista no mundo jurídico é indispensável elementos de existência gerais, vontade, partes; objeto a ser submetido à eventual arbitragem; e forma pela qual se manifesta a vontade, sendo estes elementos indispensáveis.

Adaptando-se a teoria de Ponteaana à arbitragem aderida pela Administração Pública direta ou indireta, podemos afirmar que esta somente existirá nos termos da Lei nº 13.129 de 26 de maior de 2015 e da Constituição da República de 05 de outubro de 1988, quando, firmado por agente, possua finalidade e motivos declarados, exista objeto a ser

¹³TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.). Doutrinas essenciais: Obrigações e contratos. RT. São Paulo. 2011. p. 1013 e 1016.

¹⁴MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de Direito Privado. 4ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1974. Tomo II. p. 379.

¹⁵Cf. EDcl no REsp 1297974/RJ, Min. Rel. Nancy Andrighi da 3ª Turma do STJ, DJe 04 set. 2012.

submetido à eventual arbitragem declarada de maneira formal.

A consequência jurídica da ausência destes elementos é a nulidade da arbitragem que afasta a possibilidade de ratificação pelos interessados em razão da falta de condição de procedibilidade¹⁶.

No plano da validade os elementos de existência são qualificados e a sua ausência fará insurgir a invalidade da cláusula ou compromisso arbitral.

À vontade exigida para que as partes firmem convenção arbitral será a vontade livre, consciente e manifesta realizada por pessoa capaz, podendo as partes restringir a matéria a ser arbitrada, observado em todo caso, o limite atinente do objeto arbitral que se restringe a direitos patrimoniais disponíveis.

A vontade livre é requisito essencial de validade em qualquer negócio jurídico, porém, na arbitragem a vontade deve ser não apenas livre, mas manifestamente livre ou consciente, pois, ao aderir à arbitragem as partes não mais poderão se valer, salvo concordância recíproca, do Judiciário para resolver o conflito delimitado da convenção arbitral.

O rigor imposto à vontade livre não afasta o caráter contratual, muito antes pelo contrário, razão pela qual o erro, o dolo e a coação, vícios de vontade, trazem invalidade¹⁷ ao compromisso arbi-

tral a ser decretado pelo árbitro ou, com o fim da arbitragem, pelo Judiciário.

A legislação arbitral também apresentou a forma pela qual a vontade livre, manifesta e consciente deve ser exteriorizada, sob pena de invalidade, sendo esta essencialmente escrita.

A ausência dos requisitos de validade ensejará nulidade ou anulação¹⁸ da convenção arbitral, conforme a sua gravidade, se anulável podem ser retificado pelas partes.

Quando observado o plano de validade em que a Administração Pública venha integrar, a Lei e a Constituição exigem que o agente que venha aderir à arbitragem possua competência para firmar acordos e transações.

A finalidade pretendida pela Administração deve atender ao interesse público, assim como o motivo deve ser verdadeiro e legal, o objeto deve compor o rol legal de direitos patrimoniais disponíveis e a convenção arbitral também deve observar a forma escrita.

O plano da eficácia investiga a repercussão do negócio jurídico que poderá estar submetida a fatores como condição, termo ou encargo, como se verifica na explicitação legal a respeito da redação, fonte e destaque da cláusula arbitral em contrato de adesão, ou quando se exige a que a arbitragem se dê exclusivamente por

¹⁶VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*. São Paulo. Atlas. 2003. p. 592.

¹⁷AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Es-*

sência, validade e eficácia. São Paulo. Saraiva. 2000. p. 28.

¹⁸ZENO, Veloso. *Invalidade do negócio jurídico: Nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte. Del Rey. 2005. p. 22.

Direto quando uma das partes seja a Administração Pública.

A lei de arbitragem confere ao Judiciário o controle sobre a nulidade da sentença arbitral quando o procedimento estiver eivado de vícios arrolados em *numerus clausus* contidos no art. 32 da referida lei.

Atento ao recorte da pesquisa, merece destaque a possibilidade de decretação de nulidade da convenção de arbitragem pelo árbitro, com a finalidade de preservar eventual futura sentença de mérito assentada em cláusula ou compromisso arbitral nulo, ou por juiz togado quando do controle de legalidade nos termos do art. 33 da Lei arbitral.

Conforme analisado anteriormente, no plano da existência a consequência da ausência de qualquer dos elementos redundará na sua nulidade, enquanto que, no plano da validade e eficácia a ausência poderá resultar em nulidade ou anulabilidade, conforme determinação legal.

Assim, com fundamento no parágrafo único do art. 8º e no inciso I do art. 32 da Lei de arbitragem, temos que tanto ao árbitro como o juiz togado é atribuída competência comum para analisar nulidades eventualmente apuradas nos planos da existência, validade e eficácia, porém, quanto aos dois últimos, a competência do magistrado estará restrita à consequência cuja sorte seja, invariavelmente, a nulidade da convenção de arbitragem, enquanto a competência do árbitro a

quem compete decidir o mérito é estendida à declaração de anulabilidade da convenção arbitral, devendo-se estar atento à possibilidade de saneamento de eventual vício¹⁹.

A competência comum atribuída tanto ao(s) árbitro(s) como magistrado poderá repercutir em conflito e trazer insegurança às partes que escolheram a arbitragem como meio a solucionar seus conflitos, quando compreendida como competência concorrential, sendo importante a fixação de critérios para definição, assunto sobre o qual trata o capítulo subsequente.

INDEFINIÇÃO DO STJ NA FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA NULIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL

O Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 267, inciso VII determinou que o processo judicial deveria ser extinto sem resolução de mérito pela convenção de arbitragem, porém, para que o magistrado assim procedesse era necessária a avaliação da existência, validade e eficácia de seus termos.

A leitura sistemática do ordenamento jurídico, observado tanto o que dispõe o CPC/1973 e como o disposto no inciso I do art. 32 da Lei de arbitragem, que atribui ao Judiciário o controle de legalidade da convenção arbitral, trouxeram grandes divergências quanto ao

¹⁹BRAGA, Rodrigo Bernades. Teoria e prática da Arbitragem. Belo Horizonte. Del Rey. 2009. p. 177.

momento em que possuiria o magistrado competência para declarar a nulidade da cláusula ou compromisso arbitral.

As celeumas travadas orbitam, contudo, a compreensão acerca da competência comum e concorrente, isto porque, apesar de juiz arbitral e juiz togado possuírem competência comum para decretar a nulidade da convenção arbitral, a divergência paira sobre o momento em que é a competência se arvorou e a prevalência de cada qual, assim como as consequências para a arbitragem brasileira.

Devido à competência atribuída tanto ao(s) árbitro(s) quanto ao Judiciário para análise de eventual nulidade da convenção de arbitragem, se tem por indispensável a formulação de definições para evitar a concorrência entre ambos a fim de afastar eventual decisão conflitante entre os julgadores.

A 4ª Turma do STJ teve a oportunidade de fixar critérios para a solução da matéria trazida ao Judiciário por meio do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.082.498-MT e nº 1.278.852-MG.

Segundo o voto condutor de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, publicado em 04 de dezembro de 2012, no Recurso Especial nº 1.082.498-MT, a competência para análise da nulidade de cláusula arbitral independente de sua natureza pelo Judiciário seria fixada conforme o tempo, ou seja, instituída a arbitragem a referida competência seria exclusiva do(s) árbitro(s),

possuindo o Judiciário competência em momento anterior a instituição ou posterior ao último pronunciamento arbitral, como a seguir vejamos:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RECUSA DO TRIBUNAL ARBITRAL PELO POLICITADO. EXTINÇÃO *EX OFFICIO* DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.

1. A violação do art. 535 do Código de Processo Civil configurou-se no caso dos autos, uma vez que, a despeito da oposição de embargos de declaração, nos quais o recorrente aponta a existência de contradição entre a fundamentação do acórdão e o seu dispositivo, o Tribunal não se manifestou de forma satisfatória sobre o apontado vício, consoante se infere do voto condutor às fls. 356-360. 2. Ademais, em face da recusa do tribunal arbitral pela parte convocada, é incontestado a competência do órgão do Poder Judiciário para fazer valer a vontade previamente manifestada na cláusula compromissória, inexistindo a possibilidade de recusa à pres-

tação jurisdicional, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, *mormente por se tratar de questão anterior à instauração da instância alternativa, a qual, somente a partir desse momento, terá a exclusividade na apreciação da lide*. 4. Por isso que, uma vez acionado para proceder à execução específica da cláusula compromissória, deve o Juízo prolatar sentença contendo os elementos necessários à instauração da arbitragem, consoante procedimento preconizado pelo art. 7º da Lei 9.370/1996, em vez de extinguir de ofício o processo sem resolução de mérito. 5. Recurso especial provido. (destacamos)

Mesmo antes da decisão do STJ, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) ao julgar a Apelação nº 1.0521.09.082959-4/001, publicada em 04 de outubro de 2010, apresentou conclusão semelhante a que o Superior Tribunal iria proferir somente em 2012, conforme ementa a seguir:

EMENTA: AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO - ACORDO HOMOLOGADO QUE INSTITUIU CLÁUSULA ARBITRAL - PEDIDO DE ANULAÇÃO DO COMPROMISSO - APRECIÇÃO PELA JUSTIÇA ESTADUAL - POSSIBILIDADE - SENTENÇA CASADA. *Embora o compromisso arbitral implique em renúncia ao foro Estatal, o pedido de nulidade dessa cláusula pode ser examinado pelo Poder Judiciário se a ação declaratória de nulidade for proposta antes da instauração da arbitragem*²⁰. (destacamos)

Observa-se que o TJMG, também buscando afastar eventual colisão de julgados e concorrência de competências, observou o critério temporal cujo marco inicial seria a instituição da arbitragem capaz de afastar a jurisdição estatal confinada ao controle de legalidade após a conclusão da arbitragem, quando e se o Estado for instado a isto.

Observe que o posicionamento do TJMG e do STJ, mesmo proferidos em processos diversos e em momentos distintos possuíam o mesmo fundamento e critério temporal, reconhecendo a competência comum, porém, afastando a concorrência acerca das competências.

Sendo, salvo melhor juízo, incompatível a conclusão apresentadas nos dois julgados, a mesma 4ª Turma do STJ, teve nova oportunidade para fixar definições suficientes a afastar a competência concorrential para declaração de nulidade de convenção de arbitragem

²⁰Apelação Cível 1.0521.09.082959-4/001, Des. Rel. Alvimar de Ávila da 12ª CCiv do Eg. TJMG, DJe 04/10/2010

entre Judiciário e arbitragem, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.278.852-MG, interposto contra o acórdão proferido na Apelação nº 1.0521.09.082959-4/001.

O voto condutor do acórdão da relatoria do mesmo Ministro Luís Felipe Salomão, publicado no Diário da Justiça eletrônico em 19 de junho de 2013, diferente do posicionamento anterior, estabeleceu critérios mais profundos para o exercício da competência comum acerca da nulidade da convenção arbitral, não se atendo apenas ao critério temporal, mas ao conteúdo material da cláusula arbitral, senão vejamos:

PROCESSO CIVIL. CONVENÇÃO ARBITRAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ANÁLISE DA VALIDADE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “CHEIA”. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO CONVENCIONAL NA FASE INICIAL DO PROCEDIMENTO ARBITRAL. POSSIBILIDADE DE EXAME PELO JUDICIÁRIO SOMENTE APÓS A SENTENÇA ARBITRAL. 1. Não ocorre violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslin-

de do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 2. A cláusula compromissória “cheia”, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). 3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica (“em branco”) -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem. 4. No caso dos autos, desponta incontestemente a elei-

ção da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escoreita pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ. 5. Recurso especial provido.

Buscando afastar a concorrência da competência comum arbitral e judicial para declaração de nulidade da convenção arbitral, o Ministro observou além do critério temporal, também o critério material da própria cláusula arbitral, fixando diferença entre a cláusula compromissória “cheia” e “vazia”.

A cláusula compromissória “cheia”, segundo o Ministro relator, seria aquela que estabelecesse, desde logo, a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, sendo tal disposição suficiente para afastar a competência do Judiciário para examinar, *a prima face*, a nulidade da cláusula arbitral, devendo o judiciário restar condicionado ao controle de legalidade passível de ser exercido mediante provação após a conclusão do processo arbitral.

Por outro lado, a cláusula compromissória “vazia” restaria caracterizada por estabelecer apenas o compromisso em aderir à arbitragem, sem a eleição da Câmara ou Tribunal arbitral especializado em solução de conflitos ou mesmo árbitro *ad hoc* encarregado do julgamento, dessa forma, inexistindo definição sobre quem seria(m) o(s) árbitro(s) poderia o juiz togado examinar a cláusula arbitral e decretar sua nula quando eivada de vícios irreparáveis, antes da instauração da arbitragem.

Observa-se que, neste caso o referido Ministro pretendeu afastar a competência concorrente entre juiz arbitral e juiz togado, estabelecendo, entretanto, competência concorrente entre o Judiciário e a arbitragem capaz de causar insegurança e desprestígio ao instituto da arbitragem que estaria submetida à decisão judicial capaz de ceifar qualquer possibilidade do(s) conhecimento do(s) árbitro(s) sequer conhecer a cláusula declarada nula, não se contendo o judiciário com a sua competência destinada ao controle de legalidade.

Vale destacar que, mesmo se tratando de cláusula arbitral vazia, a vontade livre manifesta e consciente das partes em afastar a jurisdição estatal já foi declarada no momento do aceite, atribuída, portanto a competência ao(s) árbitro(s), ainda que não escolhido(s) ou aceite(s) previamente pelos conflitantes, cuja eleição ou critério de escolha se fará pelas partes ou, havendo recalci-

trante, por meio judicial próprio definido no §4º do art. 7º da Lei 9.307/1996.

Assim, ainda que no Recurso Especial nº 1.278.852-MG, tenha sido reconhecida a impossibilidade do Judiciário declarar a nulidade da competência de cláusula arbitral cheia, algo diverso daquilo que foi decidido no Recurso Especial nº 1.082.498-MT, o que milita em favor da construção um sistema multiportas forte, a manutenção da possibilidade de julgamento pelo Judiciário acerca da nulidade de cláusula arbitral vazia antes de instaurada a arbitragem mantém concorrência entre o Judiciário e arbitragem, reduz a autonomia da arbitragem, relativiza a vinculação à convenção arbitral e mitiga o poder jurisdicional do árbitro, condições indesejáveis e incompatíveis com o desenvolvimento do sistema multiportas de acesso à justiça.

Em nova oportunidade dada ao STJ para tratar do tema, no Recurso Especial nº 1.602.696-PI julgado em 09 de agosto de 2016, desta vez pela 3ª Turma, o Ministro Moura Ribeiro, buscando maior segurança jurídica ao meio alternativo ao Judiciário de acesso à justiça, reconheceu a primazia do árbitro em declarar a nulidade da cláusula arbitral independentemente do conteúdo da cláusula arbitral, condicionando atividade Judicial ao controle de legalidade, posterior ao encerramento do processo arbitral, vejamos:

CIVIL E PROCESSUAL
CIVIL. RECURSO ESPECIAL.

RESILIÇÃO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO E REVENDA DE BEBIDAS. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 131, 165, 458 E, 535 DO CPC/73. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO INEXISTENTES. ACÓRDÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. 1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não há falar em violação dos arts. 165, 458, II, e 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamen-

tos expendidos pelas partes. 3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do SE nº 5206 AgR, proclamou que a Lei da Arbitragem é constitucional e que parte ao firmar contrato com previsão de cláusula compromissória não ofende o art. 5º, XXXV, da CF/88. 4. *As questões relacionadas à existência de compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.* 5. *O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes.* 6. Cuidando-se de cláusula compromissória cheia, na qual foi eleito o órgão convencional de solução do conflito, deve haver a instauração do Juízo arbitral diretamente, sem passagem necessária pelo Judiciário. 7. Recurso especial provido. (destacamos)

Contudo, apesar da decisão acima, o tema permanece controvertido mesmo no STJ, como se verifica no julgado

do Recurso Especial nº 1.602.076-SP, proferido também pela 3ª Turma, agora pela Ministra relatora Nancy Andri ghi, publicado em 30 de setembro de 2016, que entendeu que, sendo a cláusula arbitral “patológica” o Judiciário conservaria competência para decretar a nulidade da convenção arbitral a qualquer momento, mesmo após a instituição de arbitragem, vejamos:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESAÇÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo,

como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. *O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.* 5. Recurso especial conhecido e provido. (destacamos)

O posicionamento apresentado, ainda que específico à cláusula patológica, sendo esta aquela que, em virtude de seu conteúdo ou redação, dificulte a instauração ou desenvolvimento harmonioso da arbitragem²¹, afasta o critério temporal do exercício da competência judicial para decretação de nulidade de convenção arbitral, restringindo o critério ao conteúdo da convenção, traçando hierarquia entre as competências, tendo em vista a submissão a ser imposta à arbitragem diante de decisão judicial proferida desassociada do controle de legalidade *a posteriori* que a Lei arbitral consagrou.

O desenvolvimento controvertido apresentado pelo STJ, caracterizado por avanços e retrocessos, causa enorme insegurança e desqualifica o instituto da arbitragem, algo que o atual Código de

Processo Civil poderá com a adoção de critérios atuais e sistemáticos.

O CPC E AS DEFINIÇÕES SOBRE A COMPETÊNCIA PARA DECRETAÇÃO DE NULIDADE DA CONVENÇÃO ARBITRAL

O atual CPC fixou, em artigos iniciais, normas fundamentais a orientar a aplicação de seus dispositivos, restando evidente a “notória tendência de estruturar um modelo multiportas que adota a solução jurisdicional tradicional agregada à absorção dos meios alternativo”²².

Dentro da sistemática desenvolvida nos artigos iniciais do Código de Processo Civil, o atual art. 485 em seu inciso VII, estabeleceu que, acolhida a alegação de existência de convenção de arbitragem pelo magistrado ou sendo reconhecida a sua própria competência pelo juízo arbitral, estará o juiz togado impedido de resolver o mérito.

Observe que a Lei traz duas hipóteses independentes que impedem o magistrado de julgar o mérito da demanda que envolvam arbitragem, a primeira quando acolhe a alegação de existência de convenção de arbitragem, exigindo-se, portanto que o juiz examine os elementos de existência do negócio jurídico (vontade, partes, objeto e forma); e a segunda, que o árbitro reconheça a sua própria competência.

²¹F. EISEMAMM, Les clauses d'arbitrage pathologiques: essais in memoriam Eugenio Minoli, Utet, 1974, p.20.

²²THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro, et al. Novo CPC: fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense. 2015, p. 241.

As duas possibilidades estatuídas pelo CPC, poderiam trazer novas divergências frente ao quadro já controvertido apresentado pelo STJ, todavia, como destacado anteriormente, o atual Código de Processo Civil apresentou em seus contornos iniciais fundamentos a serem observados na interpretação de seus dispositivos, dentre os quais a arbitragem e o reconhecimento do sistema multiportas, além da precedência de meios cooperativos para resolução de conflitos, razão pela qual, se torna indispensável a preservação, na maior medida possível, da autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito para as questões relacionadas ao mérito da causa, cujas partes tenham ajustados.

Assim, observada a presença dos elementos de existência na convenção arbitral estará o magistrado impedido de julgar litígios sobre o tema delimitado pelas partes; da mesma forma, se o árbitro tiver reconhecido sua competência, o Judiciário não poderá julgar o feito, ou seja, o inciso VII, do art. 485 do atual CPC trouxe dois limites suficientes e autônomos à jurisdição estatal.

A presença de qualquer um dos limites anunciados é suficiente para afastar a competência do Judiciário em julgar a nulidade da convenção arbitral, ressalvado o controle de legalidade a ser executado após a sentença arbitral, tendo em vista que a arbitragem se encerra com a apresentação da mesma.

Prosseguindo o raciocínio, ainda que o magistrado venha a declarar a ausência

de elementos de existência do negócio jurídico relativo à convenção de arbitragem, caso o árbitro venha a reconhecer sua própria competência, restará o Judiciário impedido de resolver o mérito.

Compreender a prevalência entre as hipóteses legais em sentido contrário ao exposto esvaziaria o conteúdo da Lei de arbitragem, atentaria para a unidade principiológica do CPC e causaria insegurança permitindo que, simultaneamente, o mesmo direito fosse apreciado, ainda que em cognição perfunctória, pelo juízo estatal e pelo juízo arbitral, muitas vezes com sérias possibilidades de interpretações conflitantes para os mesmos fatos, tornando tardia ou inexistente o acesso à substancial Justiça.

Assim, os novos dispositivos legais trazidos pelo atual Código de Processo Civil tem o condão de lançar luzes sobre as indefinições apresentadas pelo STJ na apreciação da competência para decretação de nulidade de convenção de arbitragem, antes do encerramento do processo arbitral, com o intuito de fortalecendo a arbitragem nacional, dar autonomia ao instituto arbitral e fortalecer o sistema multiportas de acesso à justiça.

CONCLUSÃO

Atualmente o índice de congestionamento do Judiciário somado à incapacidade de apresentação de soluções ágeis aos litígios levados aos tribunais brasileiros configura a crise do judiciário.

A instauração da referida crise estam-pou a evidente ausência de sinonímia difundida entre Judiciário e justiça, sendo reconhecidas outras formas a conceder acesso à justiça que não apenas a Estatal, dentre as quais a podemos afirmar arbitragem.

A arbitragem é o meio heterôno-mo de resolução de conflitos que tenha por objetos direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes envolvidas convencionam entre si o afastamento da jurisdição estatal por meio de convenção de arbitragem, elegendo ou aceitando árbitros que irão julgar a demanda levada a seu crivo, conforme limites impostos pelos conflitantes.

Contudo, no Brasil, inúmeras foram as resistências iniciais ao instituto da arbitragem e outras tantas ainda são observadas diante dos vários questionamentos formulados junto ao Judiciário acerca da competência arbitral.

A indefinição jurisprudencial do STJ para estabelecer critérios à fixação da competência para decretar a nulidade de convenção arbitral reflete demonstrar a necessidade de definições a dar segurança ao instituto, assim como a paulatina evolução e resistência que cerca a desejada autonomia arbitral.

É inquestionável o fato da Lei 9307/1996 atribuir competência comum à arbitragem e ao Judiciário para decretação da nulidade da convenção arbitral, conforme estabelece, respectivamente, o art. 8º, parágrafo único e o art. 32, inciso I, ambos da referida Lei de arbitra-

gem; assim como também inquestionável a competência do Judiciário em exercer o controle de legalidade da sentença arbitral, nos termos do art. 33 do mesmo diploma legal.

Entretanto, as competências acima descritas, ainda que comuns, não devem operar de forma concorrente em prol da segurança jurídica dos julgados e do reconhecimento do sistema multiportas de acesso à justiça, sendo indispensáveis definições a afastar incongruências.

O atual CPC, em seu art. 485, inciso VII, apresentou condição a impedir o magistrado de proferir sentença sobre o mérito do conflito em que venha a acolher alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência.

O dispositivo legal fixou critérios suficientes a definir a competência para decretação da nulidade de convenção arbitral, restando patente que a alternativas apresentadas são autônomas entre si e a ocorrência de qualquer uma delas seria suficiente a preservar a competência arbitral, evitando assim a competência concorrente entre juiz arbitral e juiz togado, assim como a concorrência entre arbitragem e o Judiciário, fortificando o instituto arbitral, concedendo também maior autonomia ao à arbitragem nacional e fortalecendo o sistema multiportas de acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. *Recurso Especial nº 1.602.076-SP*, Brasília, 30 set. 2016. Disponível em: javascript:Abre-

Documento(‘/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65269936&num_registro=201601340101&data=20160930&tipo=51’). Acesso em: 16 abr. 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: Essência, validade e eficácia*. São Paulo. Saraiva. 2000.

BRAGA, Rodrigo Bernades. *Teoria e prática da Arbitragem*. Belo Horizonte. Del Rey. 2009.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.Htm. Acessado em 03 mar. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acessado em 03 fev. 2.015.

BRASIL. *Decreto 1030*, de 14 de novembro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D1030.htm. Acessado em 15 abr. 2017.

BRASIL. *Lei 9307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acessado em 03 fev. 2015.

BRASIL. *Lei 1060, de 5 de fevereiro de 1950*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acessado em 15 abr. 2017.

BRASIL. *Lei 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/pl10406.htm)

[planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/pl10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/pl10406.htm). Acessado em 10 fev. 2015.

BRASIL. *Lei nº 13.129 de 26 de maior de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acessado em 15 abr. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor. 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 1993.

DGPJ (Direção-Geral da política de Justiça). *Lei Modelo da UNCITRAL*. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexo/le_i-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57>> Acessado em 05 de fevereiro de 2015.

F. EISEMAMM, *Les clauses d'arbitrage pathologiques: essais in memoriam Eugenio Minoli*, Utet, 1974.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato jurídico: plano da validade*. São Paulo. Saraiva. 1999.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª Ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1974. Tomo II. p. 379.

RIBEIRO, Moura. *Recurso Especial nº 1.602.696-PI*, Brasília, 9 ago. 2016. Disponível em: javascript:inteiro_teor('/SCON/servlet/BuscaAcordaos?action=mostrar&num_registro=201502385961&dt_publicacao=23/09/2016'). Acesso em: 16 abr. 2017.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Recurso Especial nº 1.278.852*, Brasília, 19 jun. 2013. Disponível em: javascript:AbreDocumento('/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=26176800&num_registro=201101598210&data=20130619&tipo=91'). Acesso em: 3 fev. 2015.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Recurso Especial nº 1.082.498-MT*, Brasília, 4 dez. 2012. Disponível em: javascript:AbreDocumento('/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=25804135&num_registro=200801830819&data=20121204&tipo=91'). Acesso em: 3 fev. 2015.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à Justiça e Arbitragem: Um caminho para a crise do judiciário*. Barueri. Manole. 2005.

STF. *Consulta à jurisprudência*. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br>>> Acessado em 09 de janeiro de 2015.

STJ. *Consulta à jurisprudência*. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br>>> Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Doutrinas essenciais: Obrigações e contratos*. RT. São Paulo. 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Ale-

xandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TJMG. *Consulta a jurisprudência*. Disponível em: <<<http://www.tjmg.jus.br>>> Acessado em 02 de fevereiro de 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: Teoria geral das obrigações e Teoria geral dos contratos*. Atlas. São Paulo. 2003.

ZENO, Veloso. *Invalidade do negócio jurídico: Nulidade e anulabilidade*. Belo Horizonte. Del Rey. 2005.



Universidade
Federal
Fluminense