



JUÍZES PARA A DEMOCRACIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DA ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA

FEV - ABRIL 2017

ANO 17 - Nº 74

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA

ISSN 2358-4653



O ESTADO DE EXCEÇÃO DE ONTEM É O ESTADO
DE EXCEÇÃO DE HOJE: RESTRIÇÃO ÀS LIBERDADES
PÚBLICAS E AOS DIREITOS SOCIAIS E ORIGINÁRIOS

E MAIS: AJD ENTREVISTA ACESSOR DA UNESCO SOBRE
LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA AMÉRICA LATINA

O ESTADO DE EXCEÇÃO DE ONTEM É O ESTADO DE EXCEÇÃO DE HOJE¹

Promulgada a Constituição em 1988, sobreveio um clima de notável otimismo em relação ao processo democrático brasileiro. Afinal, o país passou a ser regido por um documento constitucional, que, apesar de não ser obra perfeita, limitou o poder de punir do Estado, impondo-lhe liberdades públicas; ao mesmo tempo, determinou uma participação ativa desse mesmo Estado para, por governantes eleitos pelo povo, efetivar os então novos direitos sociais positivados.

A restrição às liberdades públicas bem como as restrições aos direitos deveriam ser casos excepcionais. Seriam exceção.

O passar do tempo, porém, mostrou a não confirmação do otimismo inicial. O aprisionamento em massa da população pobre; o descumprimento do dever estatal de efetivar direitos sociais; a implementação de leis que caminham no sentido contrário às liberdades públicas e aos direitos sociais e o desrespeito aos resultados eleitorais (o *impeachment* a pretexto de "pedaladas fiscais") evidenciaram que o que deveria ser exceção tornou-se regra.

Daí se afirmar que ainda se vive em um estado de exceção. Um estado de exceção permanente, a revelar que o aparelho estatal construído pela ditadura não foi eliminado pela Constituição.

O mais grave é que tudo isso ocorre sob

verdadeiro consentimento da sociedade. A miséria não causa comoção social. Assim como não causa comoção o fato de diariamente pessoas morrerem por policiais por serem julgadas "suspeitas".

O processo de recrudescimento conservador por que se atravessa no presente momento reflete um estado burocrático e um estado de consciência social autoritária, fortalecidos pelo regime instituído em 31 de março de 1964, que sempre subsistiu em tempos supostamente democráticos.

No caso do Judiciário, a situação não é diversa. Com efeito, se pessoas pobres são presas em massa é porque há uma jurisprudência que legitima a custódia; se indígenas sofrem reintegrações de posse na sua luta pela terra, é porque há decisões judiciais que legitimam tais medidas.

Isso, porém, não é de se estranhar. Sabe-se que o Judiciário é uma função do Estado que não se adaptou aos tempos da democracia: tanto na estrutura quanto na consciência.

Em relação à estrutura, basta lembrar que a lei que rege a vida funcional dos juizes é a Loman, de 1979, outorgada pelo ditador Ernesto Geisel. Trata-se de lei que até hoje pune magistrados que, fazendo uso de uma leitura emancipatória dos direitos, optam pela liberdade sobre

a prisão; optam pelos direitos dos consumidores sobre as ações das grandes empresas; ou ainda, que exercem a liberdade de expressão sobre o velho golpismo.

Há também o problema ideológico: o consentimento social às violações reflete-se na magistratura. De fato, os juizes saíram desse mesmo meio social e, tal como os demais membros da sociedade brasileira, são oriundos de um sistema de ensino acrítico, bem como consumidores do conteúdo veiculado por uma imprensa estruturada em oligopólios que propaga valores típicos de ditaduras.

Todo o quadro colocado revela que a superação do tempo histórico advindo com o 31 de março de 1964 requer a superação da burocracia autoritária e do autoritarismo ideológico que prevalece socialmente. Portanto, em termos de Judiciário, requerer a superação da burocracia autoritária dos tribunais e a superação da consciência autoritária que, das escolas aos meios de comunicação de massa, formam a mentalidade de considerável parcela da magistratura.

Do contrário, o Brasil jamais vivenciará uma mudança de época e permanecerá no atual estado de exceção.

¹ Editorial que resume a fala do presidente da AJD André Augusto Bezerra no Ato contra o Golpe de 1964, realizado em 31 de março de 2017 no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.



Você pode compartilhar e remixar este material, desde que dê os devidos créditos aos autores responsáveis e não utilize esta obra para fins comerciais.

OS ARTIGOS ASSINADOS POR SEUS AUTORES NÃO REFLETEM NECESSARIAMENTE A OPINIÃO DA AJD

Expediente

AJD – Associação Juizes para a Democracia – **Conselho de Administração:** Presidente do Conselho Executivo – André Augusto Salvador Bezerra; Secretário do Conselho Executivo – Eduardo de Lima Galduróz; Tesoureira do Conselho Executivo – Dora Aparecida Martins; Ana Cristina Borba, Jônatas Andrade, Rubens Casara, Sandro Cavalcanti Rollo. **Suplentes:** Alberto Alonso Muñoz, Gerivaldo Alves Neiva. **Conselho Editorial:** Alberto Alonso Muñoz, André Augusto Salvador Bezerra, André Vaz Porto Silva, Andreia Bispo, Dora Aparecida Martins, Eduardo de Lima Galduróz, Igor Cardoso Garcia e Julio Araújo. AJD: Rua Maria Paula, 36, 11º andar, Conj. B, Bela Vista – São Paulo/SP – CEP 01319-904 – Tel.: (11) 3242-8018 – www.ajd.org.br. Esta publicação é realizada pela Grappa Marketing Editorial: **Diretoria:** Juliano Guarany De Luca e Adriano De Luca (Mtb:49.539). **Diagramação e Arte:** Pedro Dias de Gouveia. Contato: (11) 3035-4500 / www.grappa.com.br. **Foto de Capa:** Wikimedia Commons - Fernando Frazão/ABr

A EXCEÇÃO BRASILEIRA

ADALMIR LEONIDIO
Professor da Universidade de São Paulo

Desde os atentados de 11 de setembro nos EUA e as legislações antiterroristas que se seguiram em vários países, tornou-se norma entre os estados contemporâneos certos procedimentos ditos de exceção: suspensão de liberdades, grampos telefônicos, interceptações de correspondências, detenção preventiva, regras estritas para a comunicação entre advogados e clientes, clima de suspeição generalizada, alargamento dos poderes de polícia, dentre outros. Ora, nada disso constitui-se propriamente novidade na história do mundo contemporâneo: do nazismo às ditaduras latino-americanas, os exemplos de estados autoritários são muitos e de diferentes tipos. Qual seria então a novidade pós 11 de setembro?

Segundo o filósofo italiano Giorgio Agamben (2004), o "Estado de exceção" não pode ser confundido com as modernas ditaduras. Sua principal característica, que o distingue destas, é ser um "estado de lei" em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem força) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua força. Isto é, ao lado da Constituição vigente existe uma estrutura não formalizada juridicamente que adquire "força de lei", mantendo assim a aparência democrática do sistema, mas criando de fato um espaço vazio de direito.

Para Jean Claude Paye (2004), a novidade é que tais atos adquirem a forma da lei e não se limitam mais a certas categorias da população, reportando-se a todo e qualquer cidadão. Trata-se de um controle generalizado dos indivíduos, de forma preventiva e permanente; de uma suspensão generalizada dos direitos, frente às ameaças permanentes dos inimigos da ordem pública. Neste sentido, não caberia falar em Estado de exceção, mas em "ditadura constituinte", onde o executivo exerce plenamente a função legislativa e instrumentaliza o judiciário. Mas Paye vai além, ao inserir o fenômeno político em uma totalidade mais ampla: no horizonte da política imperial, o "estado constituinte" é a forma de gestão global da força de trabalho (libertar a força de trabalho de suas conquistas sociais, suspendendo seus direitos políticos concretos). De quebra, criminaliza a resistência futura, uma vez que qualquer forma de luta política passa a ser vista como uma ameaça ao poder.

Uma vez que o conceito tem ganhado a simpatia de muitos intelectuais brasileiros e parece corresponder a muitas das nossas formas de fazer política na atualidade, a questão que se coloca é a seguinte: em que medida ele corresponde a nossa realidade histórica? Ora, em 1940, em suas famosas teses sobre a história, Walter Benjamin já dizia: "A tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade" (BENJAMIN, 1993: 226). Literalmente: para os oprimidos a suspensão do estado de direito é uma regra na história. Qual história?

Ora, durante cerca de quatro séculos o Brasil foi uma colônia de Portugal, uma "colônia de exploração", como nos ensinava o economista clássico Leroy-Beaulieu, onde o grosso da economia estava voltado para manter a acumulação de capital no centro do capitalis-

mo mundial, às custas da barbárie produtiva: genocídio das populações indígenas, solapamento das riquezas naturais, escravização, em uma palavra, acumulação primitiva. Em 1822, o Brasil tornou-se independente de Portugal graças a uma manobra política que manteve a unidade e a propriedade agroexportadora e escravista. O resultado foi um Estado razoavelmente burocratizado e centralizado, sob o peso do Poder Moderador, mas com uma nação cindida em pedaços: de um lado uma imensa população escrava, de outro uma minoria de senhores da terra, os "bem classificados" e, no meio, a compor um enorme fosso social, aqueles que não eram uma coisa nem outra, os desclassificados. Sobre estes pesava o ônus de uma existência incerta, precária e perigosa (PRADO Jr., 1996).

Nossa ordem pós-escravista e republicana conta pouco mais de um século e pode ser esquematizada em poucas palavras: trinta anos de uma oligarquia coronelista; 15 anos de um governo populista e ditatorial, com direito a dissolução do Congresso e controle dos sindicatos; 19 anos de diferentes experiências populistas; mais de vinte anos de ditadura militar; e, por fim, a ordem pós-ditadura, que alguns insistem em chamar de democrática, mas cujos problemas Vladimir Safatle resumiu bem: desagregação normativa, bloqueio da capacidade de participação popular, dois impeachments, denúncias sucessivas de mar de lama, uma Constituição que não vigora, além de ter recebido dezenas de emendas (SAFATLE, 2010).

Caberia perguntar onde está a nossa normalidade democrática, se o buraco não fosse ainda mais fundo. Ocorre, então, que nestes pouco mais de cem anos, os sobreviventes do holocausto colonial, diferentes versões dos desclassificados de outrora, se ajeitaram como puderam em uma ordem feita para excluir: empregadas domésticas, ambulantes, traficantes... No campo, posseiros, roceiros, quilombolas, sem terras... E seu número não para de crescer, mormente nestes tempos sombrios de flexibilizações aceleradas e indiscriminadas.

Eis a face mais viva dos oprimidos da nação, para os quais só existem e vigoram as leis penais. Mas o rigor penal e a frouxidão dos direitos civis estão longe de compor o drama maior destes marginalizados históricos, que conformam a maior parte da nação: torturas, execuções sumárias, linchamentos, abordagens humilhantes, toques de recolher são algumas das formas extrajudiciais rotineiras, norma comum nas periferias dos centros urbanos, tanto quanto nos rincões rurais do país. Em uma palavra, sobreposição do sentimento pessoal de vingança em relação à lei. Tudo isto sob o manto silencioso e a cumplicidade de nossa opinião pública.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.
BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas. Magia e técnica, arte e política*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
PAYE, Jean Claude. *L'état d'exception: forme de gouvernement de l'Empire?*, *Multitudes*, 2004/2, n. 16.
SAFATLE, Vladimir. "Do uso da violência contra o Estado ilegal". In: Edson Teles e Vladimir Safatle (orgs.). *O que resta da ditadura*. São Paulo: Boitempo, 2010.

CONTRATO SOCIAL, ESTADO DE EXCEÇÃO E O CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO

VERA ALVES CEPÊDA
Professora do Programa de Pós-graduação em
Ciência Política - PPGPol-UFSCar

Ao observar o termo *exceção*, os significados que nos vêm à mente são o de “negação da regra”, depois de “oposição ao direito” e, no tratamento teórico mais recente, de “disfunção dentro do Estado de Direito”. São dois extremos: exceção enquanto ruptura dos padrões legais vigentes no Estado Moderno de Direito (exceção como *quebra da regra*), ou, tragicamente, como metamorfose para forma despótica ou autocrática endógena às instituições do Estado de Direito (a exceção *como regra*). Os motivos históricos dessa mudança são complexos e exigiriam um tratamento mais extenso que o possível neste espaço. Assim neste artigo opto por apresentar apenas algumas considerações sobre os riscos da exceção enquanto traição das bases do Estado de Direito e da democracia e breves pinceladas sobre a trajetória brasileira.

Um primeiro ponto refere-se à compreensão, em geral resumida, sobre as condições do surgimento do contrato político moderno e sua relação com o direito. Seu pressuposto fundante é o da autonomia humana, atribuindo aos indivíduos direitos invioláveis. A ele segue-se que ao direito à propriedade de si (liberdade do corpo e sua ação) soma-se o direito político de escolha das regras da sociedade na fórmula do pacto. Este simples movimento liberdade-soberania individual seria necessário para impedir o Estado – instituição resultante do contrato e seu operador – de voltar-se contra os cidadãos. Mas muitas vezes esquece-se o princípio subsumido nesse arranjo: a garantia da vida individual, que só pode realizar-se no coletivo organizado, de um lado, e a diminuição do conflito e o alcance da paz social, de outro. Desde seu surgimento, o aparato estatal foi desenhado para evitar que sua enorme concentração de forças se voltasse contra a sociedade, anulando seu princípio fundador, utilizando como estratégias: a criação de regras objetivas e válidas para todos os cidadãos, a divisão dos vários aspectos do poder político (a heterogeneidade, o pluralismo e o dinamismo permitido pela representação proporcional/legislativo; a capacidade organizadora, implementadora e diretiva do executivo; a natureza de salvaguarda e capacidade discricionária baseada em princípios legais do judiciário), e, acima de todos, a existência da Carta Magna e o permanente controle da sociedade sobre os múltiplos espaços estatais garantidos pela democracia.

Com esse modelo em mente podemos voltar ao tema da exceção como ruptura da regra ou nova regra. Entendo que, no sentido da ruptura da regra, a referência são os momentos de suspensão desta última, pautadas por situações de conflito (interno ou externo) nos quais *temporariamente* o Estado tem permissão de escapar dos termos do contrato.

As constituições modernas preveem essas conjunturas e, paradoxalmente, as regulam com condicionantes quanto à duração e exigência de diálogo entre poderes. Quando os governos apartam-se das modalidades fixadas e tramitação previstas o contrato político é substituído pelo autoritarismo ou pela ditadura. Friso aqui que nesse viés o parâmetro é a democracia, as instituições do Estado de Direito e a exceção torna-se então uma ruptura com as regras do jogo (com variados graus e resultados).

A concepção atual do Estado de Exceção trabalha com outro pano de fundo: a utilização das instituições do contratualismo para sua negação via privação de direitos, da democracia e da representação e da razão de estado orientada para a coesão e o bem-estar social - algo como a pedra filosófica “às avessas”, com a emergência de um *Leviatã à la* Hobbes, apresentado e legitimado como a *la* Locke ou Rousseau. Seu perigo é o de minar a capacidade que as sociedades têm de controlar o Estado, evitando sua colonização por interesses de todo tipo (econômicos, de grupos ou pessoais) e a perda trágica do sentido de uma sociedade de direitos e da concepção de *res publica*. Como meios utilizados destaco enviesamento na definição das bases do conflito, o judicialismo autocrático, os abusos do monopólio da justiça e da violência concernentes ao Estado e o enfraquecimento da democracia.

No caso brasileiro temos uma longa trajetória de *Estado de não Direito*, com recorrentes situações ditatoriais explícitas e autoritárias implícitas, dificuldade na implementação à marcha dos direitos, a persistente transformação dos conflitos sociais em caso “de polícia” e um projeto político que relega a segundo plano o bem-estar social. A CF de 1988 representa um corte nessa trajetória, em especial por suas diretrizes quanto à definição do problema nacional como enfrentamento da desigualdade (e seu reverso - a tarefa de incluir), a proteção radical dos direitos, a ampliação da forma democrática (representativa e participativa) e os fortes controles sobre o Estado. Esse momento importante, de inflexão de trajetória, encontra-se hoje sob fogo cruzado, incidindo em perigosas formas de exceção que podem levar-nos à situações dramáticas em pouco tempo. De maneira brevíssima, são problemas graves a atual e inegável dissonância entre as ações do executivo ou legislativo e a vontade popular, o loteamento e privatização das instâncias do Estado, o ressurgimento de violência institucionalizada e criminalização de movimentos e pautas divergentes, a politização do judiciário e rotinização da quebra das regras do jogo. O resultado é o esvaziamento da democracia (já que executivo e legislativo afastam-se do votado e mudam o projeto sancionado pelas urnas sem pejo algum), o enfraquecimento imparcial das instituições de direito e a arbitrariedade como regra da vida pública. A esperança é que três décadas de vida constitucional cidadã, pós CF 88, permitam à sociedade brasileira retomar o controle de suas instituições e afastar a sombra de todos os tipos de exceção.

O SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO E A VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

JOÃO PAULO ORSINI MARTINELLI
Advogado criminalista, Mestre e Doutor em Direito Penal (USP),
Pós-doutor em Direitos Humanos (Universidade de Coimbra)

O sistema processual de cada país reflete, com certa fidelidade, o ambiente político e o grau de comprometimento das instituições jurídicas com a Constituição Federal vigente. Em Estados ditatoriais, o sistema processual é *inquisitório*, o que faz do réu mero objeto do processo. Por outro lado, nas democracias estáveis, o réu é considerado um sujeito de direitos, pois prevalece um sistema processual *acusatório*. Construir um sistema puro e uniforme, nas mais variadas legislações mundo afora, é praticamente impossível, pois há aspectos históricos e culturais envolvidos. No entanto, não restam dúvidas de que o processo penal deve estar sempre atrelado à Constituição Federal de um país e aos tratados internacionais de direitos humanos dos quais seja signatário.

O sistema processual brasileiro é adjetivado, pela doutrina tradicional, como misto. Costuma-se dizer que há uma fase inquisitória – o inquérito policial – e outra acusatória – o processo. Entretanto, poucos se atentam que o processo penal, como um todo, deve ser *constitucional*. Em breves palavras, as regras que regem o processo penal devem estar adequadas à Carta Magna. Isso implica reconhecer que nem todos os dispositivos do Código de Processo Penal podem ser aplicados, pois esse diploma é bem anterior à Constituição de 1988. Pior, nosso CPP teve sua edição durante a vigência da Constituição de 1937, apelidada de “polaca”, em meio a um regime de exceção. Parece claro que, nesse cenário, muito do que foi produzido no plano legislativo entra em conflito com uma Carta Política democrática, que reconhece os direitos fundamentais como núcleo do ordenamento jurídico.

O ponto de partida do processo penal constitucional é o devido processo legal, no qual o juiz é imparcial e o acusado é tratado como um sujeito de direitos (presumidamente inocente), não mero objeto processual. A imparcialidade do juiz exige a clara separação entre as partes do processo – acusação e defesa – e o julgador. Ou seja, quem julga não é parte, por isso deve permanecer inerte. O juiz é o garantidor das liberdades individuais e, portanto, somente para preservá-las poderá agir de ofício. Toda e qualquer restrição de direitos, principalmente a liberdade, deve ser provocada pelo órgão de acusação. Devido ao espaço restrito, analisemos apenas duas situações que demonstram a falta de adequação da prática forense aos princípios constitucionais: as cautelares de ofício e a produção de provas pelo juiz.

As medidas cautelares possuem natureza instrumental, pois são ferramentas atuais que buscam viabilizar uma decisão judicial futura. O processo penal tem por finalidade demonstrar a culpa do acusado para eventual aplicação de pena, portanto, somente as partes possuem algum interesse

“O sistema processual brasileiro é adjetivado, pela doutrina tradicional, como misto. Costuma-se dizer que há uma fase inquisitória – o inquérito policial – e outra acusatória – o processo”

nas medidas cautelares para permitir efeitos futuros. O juiz de direito – repita-se – é apenas o participante que mantém a legalidade do jogo processual. Não é parte, não tem interesse e, por isso, deve ser provocado. Os atos de ofício somente se justificam na proteção das liberdades. Por não haver interesse do magistrado, as cautelares de ofício violam o princípio da imparcialidade. Decretar uma prisão preventiva ou sequestrar bens sem a provocação significa usurpar a atribuição do órgão de acusação, único interessado na restrição de um direito de quem ainda não foi condenado.

Do ponto de vista das provas, também deve permanecer o juiz inerte. Cabe às partes produzir as provas e buscar o convencimento do julgador. Produzir prova de ofício é resquício de inquisição, pelo qual o juiz demonstra interesse no processo. Em nome de um *pseudo* princípio da verdade *real*, autoriza-se o julgador a buscar as provas não produzidas pelas partes. Essa verdade real é contrária ao princípio da imparcialidade. Se houver dúvidas quanto ao fato, deve-se absolver em nome da presunção de inocência. Se a acusação não convencer o juiz, o acusado continua inocente e, portanto, deve ser absolvido. Não cabe prova de ofício sequer para reforçar a inocência, pois esta é presumida e só pode ser afastada por provas contundentes em sentido contrário. À luz da Constituição Federal, pode-se afirmar que o magistrado não pode decretar cautelares de ofício para restringir direitos nem produzir provas na instrução. Caso contrário, ficaria impedido de prosseguir na condução processual.

Independentemente de qual denominação seja utilizada, o sistema processual deve obedecer ao devido processo legal, no qual o julgador é imparcial e o acusado é inocente por presunção. O magistrado deve ter a coragem de permanecer inerte, mesmo quando lhe venha a vontade de agir para proteger a sociedade. A inércia da jurisdição é confirmação da falta de interesse de alguém considerado imparcial e não se aplica apenas no início do processo. Na prática forense penal, é muito comum, mesmo que de forma velada, o magistrado dar ao Código de Processo Penal valor maior que à Constituição Federal. Tudo isso demonstra que estamos muito longe de fazer o óbvio: reconhecer a Carta Magna como a norma fundamental e mais importante do ordenamento jurídico.

REGIME DE EXCEÇÃO E DIREITO DO TRABALHO

VALDETE SOUTO SEVERO

Doutora em direito do trabalho, diretora e professora da Femargs (Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RS), juíza do trabalho e membro da AJD

O Brasil nunca viveu em essência e de maneira estável uma experiência democrática.

Nossos lapsos de exercício democrático foram invariavelmente interrompidos por golpes, em decorrência da lógica do capital, por definição hostil à verdadeira democracia. A Constituição de 1988 parecia anunciar uma nova era.

Havíamos superado mais de duas décadas de severo autoritarismo. Tínhamos não apenas conseguido assegurar o exercício de direitos liberais elementares, mas também construir uma Constituição que propunha um novo modelo de sociedade: solidariedade em lugar do individualismo; supremacia dos direitos sociais.

Comemoramos, com razão, essa conquista. Esquecemos, porém, de prestar atenção nas vírgulas. O processo constituinte já trouxe consigo a marca da efemeridade.

A Constituição, tanto nos direitos liberais clássicos, quanto naqueles sociais, já nasceu marcada por contradições e hesitações que não arrefeceram com a abertura democrática. As concessões feitas pelo capital não foram sinceras.

Por isso nossa Constituição, em larga medida, nunca saiu do papel. Os interesses do capital não se amoldam bem à democracia. As liberdades são toleradas apenas e na medida em que não afetem a “dança louca das borboletas”, tomando emprestada a expressão de Zé Ramalho. Quando a burguesia se sente ameaçada, sacrifica inclusive as liberdades individuais, sobre as quais edifica seu castelo de ilusões democráticas.

Com os direitos sociais, a situação é ainda mais grave. Uma sociedade capitalista pressupõe a compreensão dos direitos sociais como simulacros. As normas trabalhistas, que no Brasil surgem já no início do século XX, e são generalizadas na década de 1930, inclusive em razão do propósito de industrialização do país, nunca foram integralmente cumpridas.

Daí, inclusive, a importância que a Justiça do Trabalho tem, com todos os seus defeitos, no contexto das conquistas sociais. É apenas de forma tardia e parcial, diante de um juiz do trabalho, que o trabalhador brasileiro consegue fazer valer (alguns) dos seus direitos.

No âmbito da empresa, não existe limitação de jornada, respeito à integridade moral ou à manutenção de condições favoráveis de trabalho, exceto se assim desejar o empregador. Por isso espanta a facilidade com que “cola” o falso discurso da demasiada proteção aos trabalhadores, que quando vão ao Estado pedir respeito aos seus direitos, têm que provar o que ocorreu no ambiente de trabalho e enfrentar ou sucumbir à prática (ilegal) de quitação geral do

contrato, além de se sujeitarem à morosidade dos prazos processuais.

O que muda, nos períodos de suposta democracia em relação àqueles de autoritarismo declarado, é a ocultação conveniente das verdadeiras regras desse jogo. No sistema capitalista, não há efetiva liberdade para quem é explorado.

Não há direitos sociais, senão em limites mínimos. Nesse contexto, a democracia revela-se como a possibilidade de ao menos reivindicar esses direitos, de contar com um Estado que na aparência os garanta, ainda que na realidade também os negue sistematicamente.

É tolerar uma instituição como a Justiça do Trabalho, declaradamente criada para fazer valer direitos trabalhistas, ainda que de modo tardio e parcial. Quando esse pacto de tolerância, que na realidade da vida promove uma diferença importante, vital, para um número expressivo de pessoas, é rompido, voltamos ao estado de exceção.

O capital mostra sua verdadeira face, rompe seus acordos, manda às favas as aparências e escrúpulos: persegue, prende, mata, retira direitos; decreta a morte dos excluídos, por falta de moradia, de trabalho, de comida, de saúde. É o que estamos vivenciando no Brasil, já há algum tempo. A última máscara caiu em 2016, quando foi perpetrado o golpe que retirou uma Presidenta eleita do poder, sem a comprovação da prática de crime de responsabilidade.

A partir de então, mesmo sem alteração fundamental na política liberal que já vinha sendo praticada, o capital voltou a revelar sua essência: a exceção é sua regra.

O STF está reescrevendo a carta constitucional e sua versão em nada se amolda à proposta de sociedade inclusiva e solidária. Basta pensarmos nas decisões acerca do direito de greve, na redução do prazo para a cobrança do FGTS ou mesmo na possibilidade de a administração pública tomar trabalho sem se responsabilizar por ele.

As reformas trabalhista, previdenciária e do ensino público corrompem toda a estrutura de proteção dos direitos sociais, edificada no último século. É preciso extrair disso uma lição: a exceção é o regime do capital. A exclusão é sua pedra de toque.

Para que tenhamos uma sociedade livre, fraterna e solidária, em que direitos sociais sejam respeitados e efetivamente exercidos, precisamos superar o capitalismo.

A luta de quem pretende uma sociedade melhor, nos moldes preconizados em nossa bela Constituição de 1988, tem que se dar, de forma imediata, contra a destruição que vem sendo promovida pelas reformas propostas, algumas das quais já efetivadas (Lei 13.429).

De forma mediata, porém, é preciso lutar pela alteração radical das bases de convívio social com a superação do sistema do capital, senão jamais haverá emancipação humana nem solidariedade, por mais que assim a Constituição prometa.

O ESTADO DE EXCEÇÃO E AS SAÍDAS DE EMERGÊNCIA

GABRIEL FRANCO DA ROSA

Advogado trabalhista, diretor do Sindicato dos Advogados de São Paulo e Doutorando em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP

Assiste-se, atualmente, uma profusão de textos invocando a máxima benjaminiana de que “O Estado de Exceção que vivemos é regra”, insculpida em suas conhecidas *Teses sobre o conceito de história*. Todavia, juntamente à difusão, verifica-se, principalmente entre juristas, uma diluição do diagnóstico, no qual a tese é recepcionada sem a devida *dialética*, lançando por terra a força explicativa originalmente presente.

A constatação de que a figura jurídica do *Estado de Exceção* é uma espécie de *imagem*, que cristaliza tensões existentes na sociedade europeia, mais nitidamente presentes desde o início do século XX, advém de uma leitura heterodoxa do pensamento de Carl Schmitt, contido em sua *Teologia Política*, a qual, por sua vez, inicia-se com o conhecido enunciado: “Soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção”. Schmitt se utiliza do expediente da definição pela situação limite, no qual a apresentação de uma hipótese extrema permitiria a compreensão daquilo que, ao fim e ao cabo, oferece suporte a determinada ordem social. Na esteira desta explicação, Walter Benjamin, em sua tese de juventude *As origens do Drama Trágico alemão*, identifica no *Estado de Exceção*, o modo encontrado para lidar com as incertezas no século XVI, a partir da substituição da doutrina jurídica da Idade Média, pelo conceito de soberania. Embora tal imagem permaneça até seus últimos textos, compilados postumamente na *Obra das Passagens*, a citação de maior importância se encontra na mencionada 8ª Tese, cuja leitura é indispensável:

A tradição dos oprimidos nos ensina que o “estado de exceção” (“Ausnahmezustand”) em que vivemos é regra. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade. Nesse momento, perceberemos que nossa tarefa é originar um verdadeiro estado de emergência; com isso, nossa posição ficará mais forte na luta contra o fascismo. Este se beneficia da circunstância de que seus adversários o enfrentam em nome do progresso, considerado como uma norma histórica. O assombro com o fato de que os episódios que vivemos no século XX “ainda” sejam possíveis, não é um assombro filosófico. Ele não gera nenhum conhecimento, a não ser o conhecimento de que a concepção de história em que se origina é insustentável.⁰¹

Trata-se de uma tentativa de reconstrução do conceito de história liberta de toda a noção de progresso, ou seja, liberta de uma

⁰¹ Utilizou-se a tradução de Sérgio Paulo Rouanet, Márcio Seligmann-Silva e Jean Marie Gagnebin, presente nas Obras Escolhidas, V.1, publicadas pela Editora Brasiliense, com algumas modificações, inclusive, a tradução distinta do termo “Ausnahmezustand”, como “Estado de Exceção” e “Estado de Emergência”, conforme sugestão contida nos textos de Paulo Arantes.

concepção de história cumulativa, que retiraria sua verdade da mera concatenação de fatos, criando, com isso, a ilusão de que gradativamente seriam atingidos padrões superiores de civilização graças a uma espécie de providência secularizada.

Ao invocar a imagem do *Estado de Exceção*, Benjamin fazia referência explícita aos episódios trágicos que a sociedade alemã vivia sob a Constituição de Weimar. Seu diagnóstico atenta para o significado do uso reiterado da figura jurídica, capaz de garantir, legalmente, a suspensão das garantias contidas na Constituição Social. Contrariamente ao pensamento “economicista”, majoritário na Social Democracia Alemã (SPD), que em 1914 vota favoravelmente os créditos de guerra, permitindo a chegada dos nazistas ao poder, para o qual, o fator determinante na sociedade seria o *desenvolvimento das forças produtivas*, e que graças a sucessivas reformas a sociedade “evoluiria”, Walter Benjamin alerta ao fato de que tais supostos “avanços” tecnológicos, ao invés de dar cabo à vasta miséria humana, estariam lançando a sociedade em uma catástrofe global, prenunciando o problema climático e das armas de destruição em massa.

A partir disso, pode-se concluir, a partir de Benjamin, que não há antagonismo entre *Estado de Direito* e *Estado de Exceção*, pois ambas as situações se identificariam, vez que, a exceção garante o funcionamento do *Estado de Direito*.

No contexto brasileiro, uma utilização bastante interessante da imagem do *Estado de Exceção* está presente no ensaio de Francisco de Oliveira, o *Ornitórrinco*, que propõe uma leitura aguçada da sociedade que se formaria a partir do pacto democrático de 1988: uma sociedade irremediavelmente desigual, na qual a miséria não é acidental ou fruto de um determinado atraso que poderia vir a ser superado pelo progresso das forças produtivas, ao contrário, ela é utilizada para redução do preço de reprodução de força de trabalho, a serviço de um projeto político de ordem rentista. Não se pode olvidar que as principais marcas herdadas do processo de formação da sociedade brasileira são o *escravismo* e o *colonialismo*.

A inserção do Brasil na sociedade capitalista internacional, fruto deste processo de formação se encontra impresso, no modo pelo qual as relações entre capital e trabalho lidam com a legislação trabalhista. O descumprimento sistemático e habitual de garantias sociais, bem como, a ampla presença da informalidade demonstram que a exceção é regra. Não por outro motivo, Adalberto Cardoso constata que a “utopia dos direitos sociais” significou uma promessa sempre frustrada de inclusão na condição cidadão, a qual teve como resultado imediato a legitimação de uma ordem social profundamente desigual.

Neste contexto, a posição do jurista, não poderia deixar de ser *melancólica*. Embora identifique a premência de uma solução, sua concepção de mundo fragmentária (assim como a do alegorista barroco benjaminiano) o impede de perceber que a solução se encontra do lado de fora dos Tribunais. O alarme de incêndio ressoa, as saídas de emergência são os acessos às ruas.

ENTREVISTA

ASSESSOR DA UNESCO GUILHERME CANELA FALA DE TEMAS COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO, CENSURA E OLIGOPÓLIOS NA MÍDIA

RODRIGO GASPAR DE MELLO

Juiz federal no Estado do Rio de Janeiro e membro da AJD

ANDRÉ AUGUSTO BEZERRA

Juiz de direito no Estado de São Paulo e presidente do conselho executivo da AJD (maio de 2014–maio de 2017)

Entre os dias 8 de maio a 18 de junho de 2017, foi prevista a realização do curso *on line* Marco Jurídico Internacional de Liberdade de Expressão, Acesso à Informação Pública e Proteção de Jornalistas, lançado pela Unesco. Nos preparativos para o evento, Guilherme Canela, Assessor Regional de Comunicação e Informação da UNESCO e um dos idealizadores do curso Marco Jurídico Internacional de Liberdade de Expressão, Acesso à Informação Pública e Proteção de Jornalistas concedeu entrevista para a AJD, cujos principais trechos são transcritos.

1. Como o Senhor vê a situação do direito à liberdade de expressão na América Latina atualmente? Os jornalistas estão protegidos contra ameaças físicas e institucionais recebidas em razão do exercício de suas funções?

A liberdade de expressão é um direito complexo que envolve pelo menos três grandes vertentes. Uma é transmitir, publicar e levar adiante informações. Outra é a de buscar informações e também a vertente de receber informações. Estes três verbos compõem o Artigo 19 da Declaração Universal de 1948⁰¹. E de maneira a simplificar a explicação pode ser resumida: a liberdade de expressão que cada um de nós tem em falar, em qualquer lugar, no banco da praça ou em qualquer ambiente onde aconteça o processo comunicacional. Ou seja, de exercer nossos direitos como seres humanos de nos comunicar, mas também a liberdade de expressão mais específica daqueles profissionais ou daquelas plataformas através das quais a mediação de transmitir e receber informações se dá, que é o caso da liberdade de imprensa mais particularmente. Portanto, dos veículos de imprensa em todas as suas distintas plataformas, televisão, rádio, jornal, internet, etc. E finalmente, o direito de buscar a informação se traduz mais especificamente no direito ao acesso à informação pública. Então, o direito de que cada cidadão ou cidadã tem de buscar informações e requisitar informações que estão impostas no Estado Nacional.

Isso dito, os desafios latino-americanos relacionados à visão mais completa e mais complexa da liberdade de expressão seguem sendo vários. Pois todos os direitos humanos podem sempre ser melhorados, aperfeiçoados do ponto de vista da sua real garantia e promoção em cada uma das nossas sociedades.

Eu sublinharia um conjunto limitado de desafios pelas prioridades que eles têm no contexto latino-americano:

1- Destes desafios, muito concreto para a região, são as taxas elevadas que persistem de concentração da mídia em distintos países da América Latina. O que por sua vez afeta uma característica fundamental do direito à liberdade de expressão, que é a existência de meios de comunicação livres, independentes e plurais. Logo, ao ter meios concentrados estas três características são afetadas: a liberdade, a independência e a pluralidade dos meios.

2- A segunda provocação: os marcos regulatórios para a mídia necessariamente de acordo com os padrões internacionais devem ser implementados por órgãos reguladores independentes. Então, aí temos outro desafio na região: há poucos exemplos de órgãos reguladores realmente independentes seguindo as sugestões e a estrutura propostas pelos padrões internacionais.

3- Um terceiro desafio que é muito presente na região e que tem impactos na consolidação da liberdade de expressão é a regulação da chamada publicidade oficial, a publicidade que é paga pelos governos nos distintos níveis nacionais, subnacionais, etc. Este recurso se não for regulado de maneira transparente e com critérios muito objetivos pode impactar negativamente na liberdade de expressão gerando fenômenos como autocensura e etc.

No caso do acesso à informação pública, temos um aspecto muito positivo porque há 20 anos nós tínhamos um país da região com a Lei de Acesso à Informação Pública e agora temos mais de 20 países com esse tipo de marco regulatório. O que precisa ser celebrado.

O desafio, portanto, agora está na implementação dessas leis, que são praticadas com distintas intensidades nos diferentes países da região.

Novamente aqui um dos grandes temas é a existência de órgãos independentes que estejam encarregados de fazer a implementação desse tipo de legislação. No âmbito ainda da pluralidade e da diversidade das vozes dos meios, nós temos aqui uma série de desafios que estão relacionados à existência, ou não, de meios públicos realmente públicos e não governamentais, de meios comunitários realmente comunitários e não capturados por este ou aquele grupo da sociedade, a presença de vozes de populações politicamente vulneráveis como é o caso da população LGBTI, da população com deficiências, crianças e adolescentes, mulheres, etc. Outro tema relevante para a liberdade de expressão na re-

ENTREVISTA

gião, e na verdade para o mundo inteiro, é a relação da liberdade de expressão com a Internet. Como esta é uma questão relativamente nova, ainda que os princípios da liberdade de expressão sejam os mesmos para os outros meios, há dificuldades específicas em implementar esta regulação, dada as próprias características da Internet. Logo, nós estamos falando de questões importantes como a neutralidade da rede e a não responsabilidade dos intermediários, por exemplo. E finalmente para conectar com a última parte da pergunta nós seguimos tendo desafios que são desafios do século passado. Por exemplo, a violência contra os profissionais da comunicação. Infelizmente em muitos países da região segue havendo taxas elevadas de violência contra jornalistas, comunicadores comunitários, fotógrafos, camarógrafos, etc. E em muitos deles trata-se de uma violência que chega ao assassinato. Além de outras formas como sequestro, ameaças, violência específica contra as mulheres, jornalistas e comunicadoras.

Então novos componentes se somam, pois, em certo momento da história latino-americana a violência contra os jornalistas era praticada pelo Estado que estava sob regimes ditatoriais. Mas agora novos grupos se somam a isso, sobretudo o crime organizado, narcotraficantes, políticos locais, então aqui é um fenômeno importante que tem que ser evidentemente equacionado. Em muitos países os jornalistas estão sim protegidos, há mecanismos de proteção que foram criados. Porém, a verdade é que muitos jornalistas não estão.

A pergunta faz menção a um fator interessante, a utilização da expressão ameaça institucional, e nós estamos vivendo outros tipos de ameaças. Por exemplo, há muita violência digital contra jornalistas, que é uma violência nova como hackers que capturam informações produzidas pelos jornalistas para terem acesso a suas fontes. A violência institucional, ou a violência através do sistema de justiça, se tem verificado com um crescente número de casos em que se tenta usar o Direito Penal para intimidar jornalistas no exercício de suas funções. Sobretudo, este expediente é usado por funcionários públicos que usam leis de desacato, que ainda existem na região, para gerar um processo de intimidação que acaba por ter como consequência em muitos países um forte componente de autocensura. Então, eu diria que estes são os grandes desafios. Evidentemente, que muitas políticas estão sendo levadas adiante na região exatamente para equacionar esses diferentes desafios aos quais eu fiz menção.

2. O Senhor acredita que ainda existe censura na América Latina? Caso positivo, qual o papel do poder judiciário na imposição da censura?

Se estamos falando da censura tal qual era concebida em regimes ditatoriais em que há uma ordem explícita e institucional do Estado para que os meios não publiquem determinado tema é importante reconhecer que hoje todos os países da região, por exemplo, têm a liberdade de expressão consagrada em sua Constituição. Agora, existem muitas formas de censura. A censura vai se sofisticando: à medida que do ponto de vista do aparato legal e constitucional, a liberdade de expressão está garantida, outros mecanismos acabam sendo adquiridos. Por exemplo, evidentemente, que países onde se matam jornalistas pelo tipo de cobertura que eles ou elas exercem, isso é a forma mais crua de censura. Isto não quer dizer que haja uma ordem nacional dizendo que jornalistas não podem publicar determinadas coisas. Mas a consequência prática é sim a censura, em

casos específicos praticados por atores criminosos e etc. Se a publicidade oficial é usada de maneira a premiar os amigos e castigar os inimigos, isso também é uma forma de censura.

Por exemplo, o *Inter-American Dialogue* e a ADC publicaram um texto, há uns anos, exatamente sobre as consequências do uso indevido da publicidade oficial que se chamava O Preço do Silêncio. O título dá uma ideia do que isso pode significar. Então, a censura vai ganhando distintas formas. De certa maneira, uma das consequências mais cruéis é o fato de ao você ter distintos elementos ou estratégias que podem levar a censura, a consequência seja no final das contas a autocensura. Ou seja, ao fim do dia se quer seja necessário mais aplicar determinados tipos de estratégias, porque você cria um ambiente tão pouco propício para o exercício da liberdade de expressão que a autocensura acaba a predominando.

Neste contexto, qual o papel do Poder Judiciário em garantir a liberdade de expressão?

Todos os desafios que mencionei anteriormente, podem levar a uma redução da liberdade de expressão se não forem equacionados ou eles podem levar a uma ampliação da liberdade de expressão se forem equacionados. Em todos estes desafios, o Poder Judiciário pode ter um papel positivo ao garantir os padrões internacionais. E, portanto, ampliar a liberdade de expressão ao fazer controle de convencionalidade, e ao tomar suas decisões, garantir a inclusão daqueles acordos que já foram firmados pelos distintos países. Ou na alternativa contrária, e mais pessimista, pode intensificar processos que no fim das contas podem terminar em menos liberdade de expressão. Então, por exemplo, se o Poder Judiciário ao ter que julgar casos de oligopólios da mídia vai pelo caminho de manter os oligopólios, ele está contribuindo para diminuir a pluralidade de vozes. Se o Poder Judiciário vai pelo caminho de ampliar a presença de atores no jogo da mídia, de ter mais vozes, de garantir mais vozes, ele está no caminho de ampliar a liberdade de expressão. Se ao decidir causas sobre o acesso à informação pública o Poder Judiciário vai para o caminho da cultura do acesso, e não a cultura do segredo, ele contribui para ampliar a liberdade de expressão. Já se vai pelo caminho contrário, teremos resultados que são negativos. No caso da segurança dos jornalistas, um dos grandes problemas é a impunidade que há nesses crimes. Se o Poder Judiciário tem uma atuação rápida e séria na apuração e julgamento de crimes relacionados a jornalistas, ele contribui para reduzir a impunidade e, portanto, para alterar o ciclo perverso da violência. Agora, se os crimes nunca são julgados, ou demoram muito, as taxas de impunidade se elevam. Isso contribui para alimentar o ciclo da violência. Então o Poder Judiciário tem aqui um papel central de garantidor último do direito à liberdade de expressão. E o que esperamos deste Poder é que atue em linha com os standards internacionais de liberdade de expressão.

3. Os juízes da América Latina estão aplicando em seus julgamentos as normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especialmente ao art. 13, que dispõe sobre o direito à liberdade de manifestação e expressão do pensamento? Ou a norma internacional é simplesmente ignorada quando se trata de julgar um caso em que estão em colisão o direito à liberdade de expressão e qualquer outro direito fundamental como, por exemplo, a honra, a privacidade ou a imagem?

É muito difícil fazer uma avaliação sobre todos os juízes da América Latina. Ou seja, a nossa impressão, pela própria deman-

⁰¹ Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>

ENTREVISTA

da que os processos de capacitação que a UNESCO está oferecendo em parceria com a Cúpula Judicial Ibero-Americana sobre estas mesmas temáticas, é que há enorme interesse por parte de juizes e juizas de toda região em compreender os mecanismos de controle de convencionalidade, de uso, de aplicação não só do Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também dos outros elementos internacionais como os artigos 19 e 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Agora, há um conjunto de magistrados e magistradas da região que não fazem uso desse controle de convencionalidade, dessa aplicação. É importante dizer que a aplicação dos padrões internacionais de liberdade de expressão não se limita aos casos que eu diria que são, de certa forma, a minoria comparado ao amplo leque de questões que envolvem a liberdade de expressão: aqueles nos quais há eventual conflito entre a liberdade de expressão e outros direitos. Ou seja, é importante que se conheça os padrões internacionais inclusive para estes casos mencionados na pergunta, nos quais eventualmente há conflito entre liberdade de expressão e outros direitos expressos na própria legislação internacional. Mas o desafio dos Poderes Judiciais vai muito além desses casos.

4. Os tribunais da América Latina protegem adequadamente o direito à liberdade de expressão?

Como mencionei nas perguntas anteriores, o direito à liberdade de expressão é um direito complexo e que ganha complexidade com o advento da Internet. Então há muitos desafios novos, muitos casos novos chegando aos tribunais e de novo nós temos exemplos para todos os gostos. Ou seja, exemplos de altíssima qualidade, onde os tribunais estão protegendo o direito à liberdade de expressão, estão implementando os standards internacionais presentes na legislação Internacional. E há exemplos onde os tribunais não estão fazendo isso, não estão tomando decisões que estejam em linha com os padrões internacionais.

5. Que influência exerce a jurisprudência da Corte Interamericana de Direito Humanos nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário da América Latina?

Novamente, é muito semelhante à pergunta 3 e à pergunta 4, ou seja, a resposta como estamos falando de um continente tão complexo com tantos países, com tantos Poderes Judiciais permite dizer que em alguns casos a influência é positiva, permanente e persistente. Ou seja, os tribunais de primeira instância, de segunda instância, os tribunais superiores estão se valendo da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para tomar decisões em casos que guardam semelhança com aspectos que já foram decididos pela Corte. E há muitos casos, em que as decisões da Corte são solenemente ignoradas. Mas aqui eu gostaria de fazer um parêntesis, não quer dizer que sejam solenemente ignoradas por uma decisão objetiva do magistrado ou da magistrada. Ou seja, uma decisão de querer ignorar a decisão da Corte. A nossa impressão é que na maioria dos casos, este ignorar a decisão ou a jurisprudência da Corte Interamericana se dá por desconhecimento da própria jurisprudência existente. Novamente, uma análise contida do que acontece na região vai encontrar exemplos positivos e exemplos negativos, exemplos neutros, nesse amplo leque de possibilidades.

6. É possível dizer que existe oligopólio dos meios de comunicação social na América Latina? Caso positivo, em que afeta a liberdade de expressão e como encaminhar uma solução para esse problema?

Sim, existem oligopólios na região. É um problema crônico de vários países. Isto afeta a liberdade de expressão com uma redução das vozes que estão presentes na esfera pública, ou seja, quanto mais concentrados os meios, menos pluralidade e diversidade nós vamos ter. E pluralidade e diversidade são palavras fundamentais nos padrões internacionais sobre liberdade de expressão. A solução tem que ser encaminhada com reformas regulatórias que estejam fortemente em linha com os standards internacionais e nas quais dois temas são centrais. Primeiro, estas reformas devem ser amplamente debatidas, dialogadas, com todos os setores interessados, empresários, trabalhadores da comunicação, a sociedade civil organizada, a população em geral, etc. E segundo que qualquer regra, ou lei, aprovada por um parlamento e discutida com a sociedade sobre como equacionar o tema dos oligopólios, tem que ser implementada por um órgão regulador independente, de novo, segundo os padrões internacionais.

7. Como compatibilizar a liberdade de expressão das emissoras de rádio e televisão privadas com o fato de tais empresas serem concessões de serviço público cujo conteúdo educativo da programação é determinado em Constituições?

O Direito à liberdade de expressão tal qual está estabelecido no Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e logo no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e também na Convenção Americana, para ficarmos naqueles instrumentos internacionais que são mais próximos da realidade latino-americana, não é incompatível com a ideia de exigências específicas aos concessionários públicos de rádio e televisão, ao contrário. A ideia de liberdade de expressão não implica um *laissez faire* no sentido de que cada um faz o que achar mais interessante. O espectro eletromagnético é um recurso público finito e, portanto, é recomendável que os Estados membros das Nações Unidas estabeleçam regulações que identifiquem quais são as regras do jogo no uso deste recurso público finito. O que em muitos casos implica demandas para os operadores de rádio e televisão, de tal forma que eles produzam programações específicas. Por exemplo, em alguns países, se identificam cotas mínimas de programação nacional, cotas mínimas de programação para crianças e adolescentes, ou ainda, cotas mínimas de programação educativa. O importante é que estas demandas que se passam aos operadores e aos concessionários de rádio e televisão estejam alinhadas com os standards internacionais previamente aprovados. Se isto ocorrer, na verdade, o resultado final não é uma redução da liberdade de expressão. É uma ampliação da liberdade de expressão para todos e todas, na qual, repito, as regras do jogo são importantes sempre e quando elas são definidas dentro de processos democráticos e que estejam em consonância com os padrões internacionais previamente acordados entre os países.

NOTA PÚBLICA

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E A INSTITUIÇÃO DE REGIMES PRIVILEGIADOS LEVARÃO À INVIABILIDADE FINANCEIRA E À ILEGITIMIDADE DO SISTEMA

A Associação Juizes para a Democracia (AJD), entidade não governamental e sem fins corporativos, que tem dentre seus objetivos estatutários o respeito aos valores próprios do Estado Democrático de Direito, vem, diante da PEC (Projeto de Emenda Constitucional) da Reforma da Previdência, que propõe profundas alterações nas regras para a concessão de aposentadoria, tanto na esfera privada quanto na pública, manifestar-se nos seguintes termos:

1 – A tramitação da chamada Reforma da Previdência tem ocorrido sob inúmeros questionamentos quanto ao déficit de arrecadação alegado pelo Governo Federal Interino, assim como quanto à ausência de dados concretos que indiquem um suposto colapso do INSS. Não se revela razoável a realização de alterações tão contundentes, como as oficialmente propostas, sem que, antes, seja efetuada uma minuciosa investigação em todo o sistema previdenciário e de assistência social da União.

2 – A alteração das regras para a concessão da aposentadoria traz reflexos imediatos e significativos no mercado de trabalho e afeta a grande massa de trabalhadores, além de interferir na própria economia do País. Por isso, é temerário realizar a alteração proposta sem que haja, antes, um amplo diálogo com a sociedade, para apurar quais seriam as reais falhas do sistema. Menciona-se, como exemplo, o critério atual de “tempo de contribuição” que acaba por privilegiar categorias melhor posicionadas econômica e socialmente, em detrimento dos trabalhadores braçais, informais e terceirizados, que embora trabalhem mais anos e mais horas, dificilmente têm o recolhimento previdenciário regular por parte dos tomadores de serviços e patrões.

3 - O modelo proposto, na realidade, privilegia tão-somente o sistema financeiro que opera os fundos de aposentadoria privada, em detrimento daqueles que só contam com a própria força de trabalho para sustentar a si e a sua família e que só se socorrem da Previdência Social pública nos momentos de doença, incapacidade, ausência ou idade avançada.

4 – Se existisse, de fato, preocupação com a saúde financeira da Previdência Social, a reforma não teria sido proposta de modo

a desestimular os mais jovens a ingressar no sistema (qual o incentivo, por exemplo, de um jovem de 16 anos pagar previdência se terá de trabalhar até os 65 anos de idade?). Da mesma forma, não haveria o apoio governamental à recentemente aprovada terceirização ampla, que fomenta a informalidade e a contratação por tempo determinado, gerando uma arrecadação, para o sistema, consideravelmente inferior àquela gerada pelo tradicional trabalhador com carteira assinada.

5- Por sua vez, a emenda do deputado Lincoln Portela (PRB-MG), que prevê a exclusão de magistrados e integrantes do Ministério Público do novo regime proposto pelo Governo Federal Interino, não concede legitimidade à Reforma da Previdência. A retirada de tais agentes da regra geral a que poderá se submeter a população, longe de ser uma solução para uma categoria, configuraria um privilégio injustificável, capaz de acarretar uma indesejável deslegitimação do Poder Judiciário e do Ministério Público, ampliando o distanciamento de tais instituições da realidade social.

6- A exclusão de servidores públicos estaduais e municipais da Reforma da Previdência também não legitima a reforma em questão. Trata-se de verdadeira armadilha que objetiva, de início, dividir a democrática resistência da sociedade civil ao projeto em debate e, em um segundo momento, submeter a categoria à pressão do governo federal sobre Estados e Municípios, normalmente dependentes de verbas oriundas da União.

7 – Qualquer alteração das regras previdenciárias, em geral, e da concessão da aposentadoria, em particular, deve ater-se à função principal do sistema previdenciário, que é manter os laços de solidariedade entre diferentes gerações e constituir esforços de poupança das gerações ativas. Considerando que tais objetivos não são levados em conta na Reforma da Previdência ora em discussão, a AJD clama pela sua não aprovação pelo Congresso Nacional.

São Paulo, 27 de março de 2017.

A Associação Juizes para a Democracia

NOTA PÚBLICA DE APOIO À GREVE GERAL

A ASSOCIAÇÃO JUÍZES PARA A DEMOCRACIA (AJD), entidade não governamental e sem fins corporativos, que tem por finalidade estatutária o respeito aos valores próprios do Estado Democrático de Direito, manifesta o apoio à greve geral de 28 de abril de 2017, legitimada pelo art. 9º da Constituição da República, bem como às iniciativas de todos os tribunais do país no mesmo sentido, tendo em vista que a desconstrução em curso do Estado de Bem Estar Social projetado constitucionalmente atinge frontalmente a função institucional do Poder Judiciário.

São Paulo, 26 de abril de 2017.

A Associação Juizes para a Democracia

COLAPSO ÉTICO DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E OS POVOS INDÍGENAS

PÁDUA FERNANDES

Membro do GT de Justiça de Transição do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais e da Rede Índio É Nós

Este breve artigo estrutura-se a partir de três questões: a primeira diz respeito ao relacionamento do direito com as ciências sociais; a segunda, à relação entre o direito internacional e o nacional; a terceira, enfim, à justiça de transição e às continuidades da ditadura.

1. *A ignorância antropológica pode gerar bom direito?* Certamente não: como os direitos dos povos indígenas são informados pelo conteúdo das práticas e tradições dos povos indígenas, somente uma decisão antropológica informada pode ser juridicamente consistente.

Não foi o caso da tese fantasiosa do Ministro Gilmar Mendes de que “podemos resgatar esses apartamentos de Copacabana, sem dúvida nenhuma, porque certamente, em algum momento, vai ter-se a posse indígena [...] Terra tradicional é Copacabana, terra tradicional é Guarulhos”.

Tratava-se da Terra Indígena (TI) Guyraroka, do povo Guarani Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, em discussão no recurso ordinário em mandado de segurança 29.087-DF. A situação fática da TI não tinha relação nenhuma com Copacabana. A maioria da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), porém, decidiu pela nulidade da demarcação em 2014.

Decisões como essa fundamentam-se em uma concepção etnocêntrica de propriedade que, em seu déficit antropológico, é incompatível com o artigo 231 da Constituição da República e com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que interpreta o direito de propriedade de forma a proteger as posses coletivas dos povos originários. Trata-se da única interpretação consistente com a diversidade cultural no continente americano.

A arrogância epistemológica de uma hermenêutica jurídica que não dialoga com outras ciências não é capaz de inspirar decisões que se coadunem com os direitos humanos.

2. *Ilícitos internacionais são um exemplo de bom direito?* Cremos que não. No entanto, esses ilícitos são fomentados ou garantidos pela postura metodológica do STF que, apesar da abertura da Constituição brasileira ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, insiste no que Antoine Garapon chamou de provincianismo constitucional.

Entre os diversos ilícitos internacionais no tocante ao dever de proteção aos direitos dos povos indígenas, está a sistemática violação pelo Estado brasileiro da Convenção nº 169 da OIT, com suas medidas de autonomia dos povos indígenas. A Petição 3.388-RR (o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol), julgada pelo plenário do STF em 2009, foi um exemplo notável daquele provincianismo: a construção jurisprudencial das condicionantes à demarcação da TI foi realizada em desprezo pelo Direito Internacional.

A arrogância epistemológica de uma hermenêutica jurídica que não dialoga com outras ciências não é capaz de inspirar decisões que se coadunem com os direitos humanos

No julgamento dos embargos de declaração, em 2013, a Convenção 169 foi mencionada apenas em orientação hermenêutica oposta à do Sistema Interamericano, ou seja, não para aplicá-la, e sim para limitá-la. O método da ponderação serviu para a ineficácia de direitos humanos.

A relatora especial da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, esteve no Brasil em março de 2016 e publicou nota de preocupação com “a interpretação equivocada dos artigos 231 e 232 da Constituição na decisão judicial sobre o caso Raposa Serra do Sol”.

Se o provincianismo não é o método juridicamente mais adequado para o diálogo com os sistemas internacionais de direitos humanos, deve-se reconhecer que ele é o mais conveniente para reproduzir uma cultura jurídica nacional que discrimina os povos indígenas.

3. *A violação da justiça de transição na legitimação judicial de genocídios e etnocídios pelo STF constitui um bom direito?* Lembremos da tese do marco temporal, instituída pelo STF na Pet. 3.388, que exige que, na data da promulgação da Constituição, os índios estivessem presentes em suas terras, sob pena de nulidade de demarcações ou de ampliações realizadas posteriormente. Além de fazer tábula rasa da proteção constitucional anterior, ela viola o Direito Internacional. A jurisprudência da Corte Interamericana segue a linha de que a remoção forçada de um povo indígena não o impede de reivindicar seu território (caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguai, de 2006).

Na ditadura militar, a espoliação das terras indígenas ocorreu com a prática de remoções forçadas e genocídio. Com o relatório da Comissão Nacional da Verdade, o Estado assumiu em 2014 a prática dessas graves violações de direitos humanos, o que, segundo os parâmetros internacionais de justiça de transição, deveria levar à reparação das vítimas com a demarcação, a desintração e recuperação ambiental de suas terras.

A ausência das medidas reparatórias corresponde a uma das continuidades da ditadura e está ligada ao ressurgimento da doutrina de segurança nacional que, por meio de suas duas facetas, a da defesa e a do desenvolvimentismo, vê os povos indígenas e seus modos de vida como inimigos e obstáculos ao “progresso”. Ouve-se hoje nos três Poderes a retórica de que os índios seriam perigosos e atrasados.

As três questões conjugam-se, enfim: a ignorância antropológica, o ilícito internacional e a injustiça de transição são aspectos do mesmo colapso ético do Judiciário brasileiro ao tratar das questões indígenas.