

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

Campus de Santo Ângelo

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito –

DOUTORADO E MESTRADO

Editora da URI – Campus Santo Ângelo – RS

## **DIREITOS CULTURAIS**

**Santo Ângelo**

**ISSN 1980-7805 (impresso)**

**ISSN 2177-1499 (eletrônico)**

<b>Direitos Culturais</b>	<b>Santo Ângelo</b>	<b>v. 12</b>	<b>n. 26</b>	<b>p. 181</b>	<b>Jan./Abr.2017</b>
---------------------------	---------------------	--------------	--------------	---------------	----------------------

© 2017, by URI – Universidade Regional Integrada  
do Alto Uruguai e das Missões  
Campus Santo Ângelo, RS.  
Departamento de Ciências Sociais Aplicadas  
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito –  
DOUTORADO e MESTRADO

D598 Direitos culturais : revista do programa de pós-graduação em Direito –  
Doutorado e Mestrado – URI Santo Ângelo / Universidade  
Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo  
Ângelo - v.1, n.1 (dez. 2006)- . – Santo Ângelo: FuRI,  
2017.

v.12 , n.26, jan./abr. 2017  
Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr.  
2013-.  
ISSN 1980-7805 (impresso)  
ISSN 2177-1499 (on-line)

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

CDU: 340.114

*Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720*

*Diretor-Editor da Revista*

Jacson Roberto Cervi  
Thami Covatti Piaia

*Editoria de seção e formatação*

Débora Patricia Seger

*Revisão*

Jacson Roberto Cervi

*Revisão Língua Inglesa*

Thami Covatti Piaia

*Capa*

Leandro Figueiredo

*Publicação*

FuRI – Fundação da URI – Campus de Santo Ângelo  
Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470  
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55) 3313-7900

*Composição e Impressão*

Gráfica Venâncio Aires

– 2016 –

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

## **DIREITOS CULTURAIS**

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

Campus de Santo Ângelo

Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

***Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – DOUTORADO e MESTRADO***

*Reitor*

Luiz Mario Silveira Spinelli

*Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação*

Giovani Palma Bastos

*Pró-Reitora de Ensino*

Arnaldo Nogaró

*Pró-Reitor de Administração*

Nestor Henrique de Cezaro

*URI – Campus de Santo Ângelo*

*Diretor-Geral*

Gilberto Pacheco

*Diretora Acadêmica*

Marcelo Paulo Stracke

*Diretor Administrativo*

Berenice Beatriz Rossner Wbatuba

*Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas*

Rosângela Angelin

### ***Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – DOUTORADO e MESTRADO***

*Coordenação Acadêmica*

João Martins Bertaso

*Coordenação Executiva*

André Leonardo Copetti Santos

*Diretor-Editor da Revista*

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

### ***Linha Editorial***

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo –, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos ou resenhas inéditos.

A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

I – Artigos, que deverão referir-se, tematicamente, às seguintes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: a) Direito e Multiculturalismo e b) Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.

II – Resenhas de Livros e obras de referência do Direito. Apenas serão aceitas resenhas de livros lançados nos últimos dois anos.

III – Resenhas de Jurisprudência

IV – Resumos de Dissertações defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDireito - URI.

### *Indexada nas seguintes bases de dados*

**Latindex:** <http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?folio=18672&opcion=1>

**Periódicos URI:** <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>

#### **SEER/Ibict:**

[http://seer.ibict.br/index.php?option=com\\_mtree&task=viewlink&link\\_id=1669&Itemid=109](http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1669&Itemid=109)

**VLEX:** <http://br.vlex.com/source/direitos-culturais-4991>

DOI (Digital Object Identifier): <http://dx.doi.org/10.20912/rdc>

Indexadas ou em processo de indexação

Diadorim - Sistema de Classificação das revistas

EBSCO Host publishing

Gale Cengage Learning

Public Knowledge Project - PKP

Brazilian Institute of Information in Science and Technology

Google Scholar

### *Conselho Editorial*

Dra. Graciela Beatriz Rodríguez (Universdad Nacional de Rosario - Argentina)

Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC – SC)

Dr. Augusto Jaeger Junior (UFRGS – RS)

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (PUC-SP)

Dr. José Russo (UFAM – AM)

Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior (UFRGS - RS)

Dr. Leopoldo José Bartolomé (ARG)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF-RS)

Dra. Marta Rosa Vigevano (ARG)

Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa (UFPE – PE)

Dr. Roberto Carlos Abinzano (UNaM – AR)

Dr. Vicente de Paulo Barreto (UERJ – RJ)

### *Avaliadores Ad Hoc*

#### *Professores Doutores*

Adreana Dulcina Platt (UEL – PR)

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (FDSM – MG)

Alexandre Moraes da Rosa (UFSC – SC)

Alvaro Borges de Oliveira (UNIVALI – SC)

Ana Cecília de Paula-Soares Parodi (UNICURITIBA, SPEI – PR)

Ana Sara Castaman (FAI – SC)

André Panno Beirão (EGN – RJ)

Angélica Lucía Carlini (UNIP – SP)

Anna Candida da Cunha Ferraz (ESP – SP)

Aparecido Ruiz (UEM, CESUMAR – PR)

Augusto Tanger Jardim (UniRitter – RS)

Bárbara Silva Costa (ESADE – RS, UNISINOS – RS, FAPA – RS)

Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR – PR)

Charlene Maria Coradini (UNIP, PUC – GO)

Cláudia Tafs Siqueira Cagliari (FAI – SC)

Claudio Maraschin (UniRitter – RS)

Clayton Reis (Cesumar, UTP – PR)

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (UNIVALI – SC)

Daniela Vanila Nakalski Benetti (UNIPAMPA – RS)

Denise Pires Fincato (PUC – RS)

Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (FDSM – MG)

---

Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich (UERJ – RJ)  
Elizabeth Maniglia (UNESP – SP)  
Enzo Bello (UFF, UERJ – RJ)  
Fernanda Mara Gibran (PUC – PR)  
Gil Ferreira de Mesquita (UNITRI – MG)  
Gilberto Schäfer (UniRitter – RS)  
Giovani Agostini Saavedra (PUC – RS)  
Gisele Cittadino (PUC – RJ)  
Guilherme Camargo Massaú (FAZ, UNISINOS – RS)  
Gustavo Assed Ferreira (FDRP, USP – SP)  
Gustavo Silveira Siqueira (UFMG – MG)  
Hélcio Ribeiro (Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP)  
Isadora Alborno Cutin Conceição (FAI – SC)  
José Carlos de Oliveira (UNESP – SP)  
Jose Luiz Quadros de Magalhães (UFMG, PUC, FDSM – MG)  
Kelly Cristina Canela (UNESP – SP)  
Júlio Cezar Dal Paz Consul (IMED – RS)  
Klaus Cohen-Koplin (UniRitter – RS)  
Lair da Silva Loureiro Filho (UNIP – SP)  
Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes (FTC, FAINOR – BA)  
Lúcio Delfino (UNIUBE – MG)  
Luiz Manoel Gomes Junior (Unipar – PR, UIT – MG)  
Mara Darcanchy (UNIT – SE)  
Marcela Varejao (UEMG – MG)  
Márcia Rodrigues Bertoldi (UNIT – SE)  
Maria de Fatima Ribeiro (UNIMAR – SP)  
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (UNIFOR – CE)  
Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas (UNESP, UNIP – SP)  
Ney Fayet Júnior (PUC – RS)  
Nivaldo dos Santos (UFGO, PUC – GO)  
Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)  
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP – SP)  
Patrícia Borba Marchetto (UNESP – SP)  
Pedro Germano dos Anjos (FBB – BA)  
Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM – MG)  
Raquel da Silva Silveira (UniRitter – RS)  
Renata Almeida da Costa (ESADE – RS)  
Robson Antão de Medeiros (UFPB – PB)  
Roland Hasson (PUC – PR)  
Rosalice Fidalgo Pinheiro (UniBrasil – PR)  
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (FADISP – SP)  
Sergio Cademartori (UFSC – SC)  
Serguei Aily Franco de Camargo (UEA – AM)  
Tânia Lobo Muniz (UEL – PR)  
Társis Nametala Jorge (UERJ – RJ)  
Valcir Gassen (UnB – DF)  
Valéria Silva Galdino Cardin (UEM – PR)



## **MISSÃO DA REVISTA DIREITOS CULTURAIS**

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



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
PRESENTATION	

<b>OS DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE CULTURAL: A (IN)TOLERÂNCIA DIANTE DO DIFERENTE .....</b>	<b>15</b>
HUMAN RIGHTS AND THE CHALLENGES OF CULTURAL DIVERSITY: THE (IN) TOLERANCE ON THE DIFFERENT	

*Ingrid Freire Haas*

<b>A VEDAÇÃO DO RETROCESSO DA TUTELA CULTURAL: O CASO DA SUPRESSÃO DO MECANISMO DE INVENTÁRIO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO-RS (O JULGAMENTO DA ADI 70065681405 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL) .....</b>	<b>31</b>
THE PROHIBITION OF RETROCESSION OF CULTURAL GUARDIANSHIP: THE CASE OF THE SUPPRESSION OF THE INVENTORY MECHANISM FOR THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN THE MUNICIPALITY OF NOVO HAMBURGO-RS (THE ADI 70065681405 JUDGMENT BY THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL)	

*Francisco Humberto Cunha Filho*

*Diego Monte Teixeira*

<b>LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL NUEVO DERECHO EUROPEO PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO.....</b>	<b>47</b>
---	-----------

*Fernando Esteban de la Rosa*

<b>ANÁLISE DAS DIRETRIZES DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENANO ESTADO DE ALAGOAS, BRASIL.....</b>	<b>61</b>
ANALYSIS OF GUIDELINES OF THE INDIGENOUS HEALTH SUBSYSTEM IN THE STATE OF ALAGOAS, BRAZIL	

*Jorge Luiz Gonzaga Vieira*

*Alexsandra Santos Liberal Leite*

<b>SAÚDE MENTAL NO BRASIL: IMPASSES E HORIZONTES DE UMA POLÍTICA PÚBLICA.....</b>	<b>75</b>
MENTAL HEALTH IN BRAZIL: DIFFICULTIES AND POSSIBILITIES OF A PUBLIC POLICY	

*Luciane Gheller Veronese*

*Osmar Veronese*

<b>SER ESTUDANTE DE DIREITO NO SÉCULO XXI.....</b>	<b>91</b>
BEING A STUDENT OF LAW IN THE 21ST CENTURY	

*André Rubião*

**CAPITALISMO COGNITIVO E RENDA UNIVERSAL: DO IGUALITARISMO TRANSCENDENTAL AO DIREITO BIOPOLÍTICO** 109  
**COGNITIVE CAPITALISM AND BASIC INCOME: FROM TRANSCENDENTAL EGALITARIANISM TOWARDS BIOPOLITICAL RIGHT**

*Murilo Duarte Costa Corrêa*

**FAMÍLIA LÍQUIDA E SUA REINVENÇÃO SOB O MOLDE DO AFETO: ENCONTROS E DESENCONTROS** .....135  
**NET FAMILY AND ITS REINVENTION UNDER THE AFFECT MOLD: MEETINGS AND DISENGUES**

*Dóris Ghilardi*

**A TUTELA AUTORAL DO SOFTWARE** .....157  
**THE LEGAL PROTECTION OF THE SOFTWARE**

*Henrique dos Santos Andrade*

*Caio Sperandeo de Macedo*

**NORMAS DE SUBMISSÃO**.....179

# **DIREITOS CULTURAIS**

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*  
DOUTORADO e MESTRADO da URI – Campus Santo Ângelo–RS  
v. 12, n. 26 janeiro/abril 2017**



## APRESENTAÇÃO

### PRESENTATION

Na primeira edição do ano de 2017, a Revista Direitos Culturais (ISSN 2177-1499 – eletrônico, ISSN 1980-7805 - impresso), organizada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo/RS, celebra com seus autores, avaliadores e leitores, sua mais nova conquista: a elevação do Qualis da Capes ao estrato B1.

A Revista Direitos Culturais conta com a participação de autores de instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras, abordando temas atuais e sempre atentos às linhas de pesquisa do programa: I - Direito e Multiculturalismo e II - Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, conforme orientação sugerida pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), para publicação de periódicos científicos.

Conscientes de que o aumento qualitativo da produção acadêmica no Brasil, está inexoravelmente relacionado ao fortalecimento dos periódicos científicos, a Revista Direitos Culturais, engajada nessa proposta de melhorias e sempre buscando a troca de experiências com programas afins, oportuniza a publicação, quadrimestral, de artigos submetidos ao duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores. Para tanto, nessa nova edição, os pesquisadores autores, avaliadores e leitores, ávidos por informação e conhecimento, encontrarão textos pontuais e elucidativos sobre variados temas e perspectivas. Nesse diapasão, o primeiro texto da revista, intitulado “Os Direitos Humanos e os Desafios da Diversidade Cultural: a (in)tolerância diante do diferente”, de autoria de Ingrid Freire Haas questiona porque tantas caracterizações, tantas explicações sobre a individualidade, sobre a identidade; porque simplesmente não se pode ser o que quiser? Onde está o respeito a individualidade da pessoa humana? Porque somos tão caracterizados e estereotipados? Onde está a liberdade do indivíduo? O segundo texto, intitulado “A Vedação do Retrocesso da Tutela Cultural: o caso da supressão do mecanismo de inventário para a proteção do patrimônio cultural no município de Novo Hamburgo-RS (o julgamento da ADI 70065681405 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)”, dos autores Francisco Humberto Cunha Filho e Diego Monte Teixeira, destaca que nos termos do art. 216, §1o, da Constituição Federal, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deverá promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de diversas formas de acautelamento e preservação, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação. O terceiro texto, intitulado “La Incorporación al Derecho Español del Nuevo Derecho Europeo para la Resolución Alternativa de Litigios de Consumo”, do pesquisador espanhol convidado Fernando Esteban de La Rosa, aduz que con la adopción el pasado 21 de mayo de 2013 de la Directiva 2013/11/EU del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución alternativa de litigios em materia de consumo (en adelante DRAL) y del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea em materia de consumo (en adelante RRL) el legislador europeo ha hecho una importante apuesta a favor del desarrollo y cualificación de los sistemas de resolución de litigios de consumo de los Estados miembros. O quarto texto,

intitulado “Análise das Diretrizes do Subsistema de Saúde Indígena no Estado de Alagoas, Brasil”, dos autores Jorge Luiz Gonzaga Vieira e Alexsandra Santos Liberal Leite, analisa os expressivos processos de conquistas indígenas no tocante às diretrizes do subsistema de saúde indígena no estado de Alagoas a partir da implantação estabelecida através da Lei no 9.836/99, de 23 de setembro de 1999 - estabelece o Subsistema de atenção à Saúde dos povos indígenas no âmbito do Sistema Único de Saúde, SUS. No quinto artigo, intitulado “Saúde Mental no Brasil: impasses e horizontes de uma política pública”, dos autores Osmar Veronese e Luciane Gheller Veronese se destaca que há cerca de três décadas a sociedade brasileira faz um esforço para avançar no processo de redemocratização, superando a ditadura civil/militar, estando na gênese desse esforço a promulgação da Constituição de 1988, que deu suporte à implantação do Sistema Único de Saúde e às proposições sobre a reforma psiquiátrica, apontando horizontes diferenciados daqueles calcados em lógicas higienistas, em instituições fechadas, que redundou em grande parte na criminalização dos portadores de doença mental e reforçou práticas de exclusão e abandono. O sexto artigo, intitulado “Ser Estudante de Direito no Século XXI”, de autoria de André Rubião, procura analisar o estudo do direito no Brasil numa perspectiva pedagógica e traz uma reflexão, do ponto de vista institucional, sobre o papel do ensino superior na contemporaneidade. Para tanto, expõe-se uma breve genealogia do ensino jurídico no Brasil e no exterior, em comparação com os “modelos de universidade” constituídos ao longo da história, tais como a “multiversity norte-americana”, o “movimento de Córdoba” e os modelos “humboldtiano” e “newmaniano”. O sétimo texto, intitulado “Capitalismo Cognitivo e Renda Universal: do igualitarismo transcendental ao direito biopolítico”, do autor Murilo Duarte Costa Corrêa, mostra que o coração da tradição liberal igualitária das teorias da justiça contemporâneas poderia resumir-se ao problema da disputa transcendental sobre os critérios de justiça para constituir, reformar ou abolir as instituições sociais, ressaltando que em A ideia de justiça, Amartya Sen procura consolidar uma crítica pragmática às teorias contemporâneas da justiça que, a exemplo de John Rawls ou de Ronald Dworkin, se limitam a identificar arranjos institucionais transcendentalmente justos. O oitavo artigo, intitulado “Família Líquida e sua Reinvenção sob o Molde do Afeto: encontros e desencontros”, da autora Dóris Ghilardi, tem como proposta, discutir as transformações da família e seu delineamento atual, moldado a partir do afeto, considerando ser inegável o fato de que a família possui uma importância ímpar na estrutura da sociedade, eis que detentora da tarefa fundamental de servir de núcleo estruturante do sujeito. Por fim, o nono e último artigo dessa edição, intitulado “A Tutela Autoral do Software”, dos autores Henrique dos Santos Andrade e Caio Sperandeo de Macedo, analisa a proteção jurídica do software, partindo de um enfoque histórico do direito autoral, bem como compreender o software como um conjunto ordenado de instruções técnicas que cresceu em importância e atingiu níveis de complexidade não previstos, gerando diversos problemas não abordados satisfatoriamente pelos dois ramos do direito intelectual: o direito autoral e o direito de propriedade industrial.

Após essa breve apresentação, desejamos a todos e a todas, uma excelente e proveitosa leitura!

## **OS DIREITOS HUMANOS E OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE CULTURAL: A (IN)TOLERÂNCIA DIANTE DO DIFERENTE**

### ***HUMAN RIGHTS AND THE CHALLENGES OF CULTURAL DIVERSITY: THE (IN) TOLERANCE ON THE DIFFERENT***

*Ingrid Freire Haas<sup>1</sup>*

**Resumo:** Apesar do reconhecimento da Diversidade Cultural nos povos do mundo, a sociedade atual caminha em busca da homogeneidade. Busca-se incessantemente a linearidade apresentada pelo mundo Ocidental como a conquista pelo desenvolvimento, seja ele profissional ou pessoal, ou até mesmo sustentável, como um desafio inerente a cada ser, a cada povo, a cada cultura. Faz-se necessário romper com essa “necessária” homogeneidade social, reconhecendo a diversidade e a individualidade dos indivíduos, deixando de existir padrões que caracterizam e apresentam status de riqueza, bem-estar, felicidade. Precisa-se suprimir essa característica excludente do termo diferença e abarcar o termo diversidade que não apenas tolera, mas ensina a conviver, respeitar e identificar no outro um sujeito que pode agregar valores e ser apto a receber o seu amor e não apenas o seu convívio.

**Palavras-Chave:** Direitos Humanos. Diversidade Cultural. Tolerância. Convivência.

**Abstract:** Despite the recognition of cultural diversity in the global world, the current society goes in search of homogeneity. We seek to continuously linearity presented by the Western world as a conquest for development, be it professional or personal, or even sustainable, as an inherent challenge to every being, every people, every culture. It is necessary to break with this "necessary" social homogeneity, recognizing the diversity and individuality of individuals and cease to exist standards that characterize and present wealth status, well-being, happiness. It is necessary to suppress this exclusive feature of the term difference and embrace the term diversity that not only tolerates, but teaches to coexist, respect and identify the other person who can add value and be able to receive his love and not just their acquaintanceship.

**Key-words:** Human Rights. Cultural Diversity. Tolerance. Coexistence.

**Sumário:** Considerações Iniciais. 1. Os desafios da Diversidade Cultural: a (in)tolerância diante do diferente. 1.1 Diversidade cultural ou direito a diferença? 1.2 A incessante busca do diálogo: uma prática intercultural. 2. Considerações Finais. 4. Referências Bibliográficas.

---

<sup>1</sup>Doutora e Mestre em Direito Público pela Puc Minas. Advogada. Professora de Direito do IBMEC BH. Membro da Comissão de Direitos Humanos da OABMG. E-mail: ingridhaasbh@yahoo.com.br

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Porque tantas caracterizações, tantas explicações sobre a individualidade, sobre a identidade; porque simplesmente não se pode ser o que quiser? Onde está o respeito a individualidade da pessoa humana? Porque somos tão caracterizados e estereotipados? Onde está a liberdade do indivíduo?

Porque identifica-se o “outro”, não igual, outra cor, outra religião, outra língua, etc., como diferente? Porque é mais fácil tolerar este outro ao invés de simplesmente reconhece-lo na sua chamada diversidade?

Perguntas que desafiam a sociedade internacional numa era de preconceito, intolerância, fechamento de fronteiras, exclusão. Neste século XXI, a sociedade internacional não pode mais aceitar universalismos eurocêntricos que ditam comportamentos e uniformizam valores e crenças. O indivíduo é livre assim como sua comunidade e cultura, para tanto essa liberdade deve ser preservada, reconhecida e valorizada.

Da mesma forma, o cenário internacional apresenta-se sombrio diante as ameaças xenofóbicas crescentes, autoridades que vislumbram o reconhecimento das identidades ao invés da diversidade, emponderando as divergências, consagrando um real retrocesso ao interculturalismo.

## 1. OS DESAFIOS DA DIVERSIDADE CULTURAL: A (IN)TOLERÂNCIA DIANTE DO DIFERENTE

### 1.1 DIVERSIDADE CULTURAL OU DIREITO A DIFERENÇA?

As palavras célebres de Boaventura de Souza Santos retratam de forma objetiva a complexidade dessa questão:

Temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza, temos o direito de ser diferente, quando a igualdade nos descaracteriza. Estas regras são, provavelmente, fundamentais para a compreensão do momento em que vivemos para ver que essa nova forma de identidade nacional tem de coexistir com formas de identidades locais mais fortes. (SOUZA SANTOS, 2007, p.34, tradução nossa<sup>2</sup>)

Magalhães retrata que há uma diferença entre direito a diferença e direito a diversidade; onde a diferença exclui, afasta, e apenas ensina a tolerar o outro; já a diversidade respeita, convive e agrega valores.

---

<sup>2</sup> Tenemos el derecho a ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza, tenemos el derecho a ser diferentes, cuando la igualdad nos descaracteriza. Estas son las reglas, probablemente, fundamentales para entender el momento que vivimos y para ver que esta nueva forma de identidad nacional tiene que convivir con formas de identidades locales muy fuertes. Además, de la parte de los pueblos indígenas, se tiene también que convivir con identidades transnacionales: hay aimaras que viven en diferentes países, por ejemplo, y eso tiene que ser manejado políticamente. (SOUZA SANTOS, 2007, p.34)

No direito à diferença existe um padrão gerado pelo poder (estado, empresa, igreja etc) que existe como o ideal, subalternizando o “outro” (diferente) que é agora tolerado. No direito à diversidade as diversas formas de viver, ser, compreender e sentir, convivem em um espaço de igualdade e respeito não hierarquizado, não hegemônico. (MAGALHÃES, 2012, p.94)

Lya Luft, em um de seus artigos quinzenais a Revista Veja, em cujo título: “Repolhos Iguais”, descreve que ser original é um defeito.

“**Não podemos mas queremos tornar tudo homogêneo:** meninas usam o mesmo cabelo, a mesma roupa, os mesmos trejeitos; meninos, aquele boné virado. **Igualdade antes de tudo, quando a graça, o poder, a força estão na diversidade.** Narizes iguais, bocas iguais, sobrancelhas iguais, posturas iguais. Não se pode mais reprovar crianças e jovens na escola pois são todos iguais, serão? É feio, ou vergonhoso, ter mais talento, ser mais sonhador, ter mais sorte, sucesso, trabalhar mais e melhor. Vamos igualar tudo, como lavouras de repolhos, se possível... iguais.”(LUFT, 2014, p.28, destaque nosso)

A sociedade atual caminha em busca da homogeneidade. Busca-se incessantemente a linearidade apresentada pelo mundo Ocidental como a conquista pelo desenvolvimento, seja ele profissional ou pessoal, ou até mesmo sustentável, como um desafio inerente a cada ser, a cada povo, a cada cultura.

Contudo, cada indivíduo só encontra a felicidade quando pode exercer sua própria individualidade e liberdade de forma ampla e profunda. A sociedade ocidental, capitalista do consumo, mascara seus reais desejos e apresenta constantemente padrões sociais, étnicos, de beleza, educacional, etc que devem ser seguidos a fim de se alcançar o desenvolvimento social e como consequência, a felicidade.

A sociedade está baseada na indústria da beleza ao invés do conhecimento; na indústria da homogeneidade e da igualdade ao invés da heterogeneidade e da diversidade.

Lya Luft ao dizer que ser original é um defeito, apresenta com clareza e exatidão de detalhes como a sociedade está refém de medicamentos, pois a busca pela similitude cansa, é cara, angustiante, frustrante e nem todos conseguem alcançar e por isso adoecem. “Remédios para pressão alta, para dormir, para acordar, para equilibrar as emoções, para emagrecer, para ter músculos, para ter um desempenho sexual fantástico, para ter a ilusão de estar com 30 anos quando se tem 70.” (LUFT, 2014, p.28)

Faz-se necessário romper com essa “necessária” homogeneidade social, reconhecendo a diversidade e a individualidade dos indivíduos, deixando de existir padrões que caracterizam e apresentam status de riqueza, bem estar, felicidade. O ser humano precisa resgatar seu próprio ser, sua individualidade e deixar de buscar estereótipos que o fazem se enquadrar em perfis prontos que apresentam a sociedade o quão desenvolvido se é.

Deve-se dar um fim ao padrão universalizador e uniformizante do comportamento, em que deve-se ser igual para ser aceito e respeitado na sociedade ocidental do consumo.

Os seres humanos são diferentes e essa é a maior beleza da existência! A diferença e a diversidade entre as pessoas. Exemplificando, indivíduos ou até mesmo irmãos com as mesmas oportunidades na vida, mesma educação, afeto, estímulos,

cultura, etc. se desenvolvem conforme suas próprias características e desejos, enfim, com sua própria individualidade. E é exatamente esta que deve ser preservada e fomentada e não a padronizada, standard, que iguala os seres humanos como objetos sem desejos ou vontades próprias para se apresentarem como cidadãos “evoluídos” do mundo global/ocidental.

Culturas sociais dentro de uma democracia liberal moderna são inevitavelmente pluralistas, com cristãos e muçulmanos, judeus e ateus; heterossexuais, assim como gays, profissionais urbanos, bem como produtores rurais; conservadores, bem como os socialistas. Essa diversidade é o resultado inevitável dos direitos e liberdades garantidos aos cidadãos liberais, particularmente quando combinada com uma população etnicamente diversa. (KYMLICKA, 2007, p.34-35, tradução nossa<sup>3</sup>)

Como tudo na vida pode ser visto sob dois pontos de vistas, negativo ou positivo, a Diversidade Cultural, da mesma forma, é vista por muitos como positiva, uma vez que propicia o intercâmbio de culturas, troca de experiências e desta forma o enriquecimento do ser humano; para outros, porém, as diferenças se apresentam maiores de forma a inviabilizar o convívio, gerando o nascimento de diversos conflitos, florescendo a intolerância.

A globalização propiciou o contato entre as culturas, aumentando a interação e a fricção, desencadeando tensões e lutas relativas à identidade cultural, as diferentes formas de viver, as diversas religiões e crenças que são potenciais fontes de desentendimentos.

A imigração e a incorporação das minorias nacionais são as duas fontes mais comuns de diversidade cultural nos estados modernos. (KYMLICKA, 1996, p.24, tradução nossa<sup>4</sup>)

Will Kymlicka (1996) descreve que as minorias são formadas pelas culturas menores dentro de uma nação e que normalmente são grupos pequenos e isolados geograficamente.

Os imigrantes, por exemplo, na teoria, são vistos também como minorias, contudo na prática não o são, uma vez que não são dados a eles meios de buscarem seus direitos. Alega que muitas vezes os imigrantes erram; pois querem reproduzir em outra nação sua própria cultura sem se apropriar da cultura local; e afirma: “colonos não se vêem como “imigrantes”, uma vez que eles não tinham expectativa de integrar outra cultura, mas sim destinados a reproduzir sua sociedade original, em uma nova terra”. (KYMLICKA, 1996, p.15, tradução nossa<sup>5</sup>)

Afirma inclusive a polietnicidade crescente em vários países, como na Alemanha, por exemplo, uma vez que, inicialmente, a vinda dos turcos, foi realizada

---

<sup>3</sup> Societal cultures within a modern liberal democracy are inevitably pluralistic, containing christians as well as muslims, jews, and atheists; heterosexual as well as gays; urban professionals as well as rural farmers; conservatives as well as socialists. Such diversity is the inevitable result of the rights and freedoms guaranteed to liberal citizens, particularly when combined with an ethnically diverse population. (KYMLICKA, 2007, p. 34-35)

<sup>4</sup> Immigration and the incorporation of national minorities are the two most common sources of cultural diversity in modern states. (KYMLICKA, 1996, p.24)

<sup>5</sup> Theses colonists did not see themselves as “immigrants”, since they had no expectation of integrating into another culture, but rather aimed to reproduce their original society in a new land. (KYMLICKA, 1996, p.15)

como trabalhadores convidados, para uma residência temporária; contudo, se tornaram residentes permanentes, com suas famílias que hoje, já estão na terceira geração.

A Alemanha é um exemplo de país, que como vários outros convive neste início de século com o racismo e o xenofobismo<sup>6</sup>. Berlim, capital cosmopolita, aberta à diversidade cultural, convive com naturalidade a presença dos turcos e árabes no país; contudo filhos de imigrantes nascidos em solo alemão, ainda possuem restrições em direitos; devendo optar pela nacionalidade e se naturalizar aos 18 anos para ter, por exemplo, acesso ao voto.

Apesar de haver políticas de integração, a Alemanha ainda convive com o ódio ao estrangeiro; sobretudo, no interior e em outras cidades. Há ainda muitos alemães que associam a criminalidade com a vinda dos estrangeiros ao país, bem como, aos maus comportamentos.

A França, da mesma forma, mascara suas políticas de integração ao mesmo tempo em que a exclusão é presente em grande parte do país.

Conforme descrito pelo artigo “France face a Colonial Legacy: What makes someone French” publicado pelo New York Times em novembro de 2005:

"Eu nasci no Senegal quando fazia parte da França. Falo francês, minha esposa é francesa e fui educado na França. O problema é que os franceses não acham que eu sou francês". Um imigrante marroquino que veio para a França como uma criança de oito resume a situação: "Você é francês no seu bilhete de identidade, para pagar impostos e ir para o exército, mas para o resto, você é um árabe". A identidade racial negada na ideologia oficial do republicanismo francês continua a silenciosamente determinar quem são os verdadeiros cidadãos da política. (MILLS, 2007, p.98, tradução nossa<sup>7</sup>)

Políticas multiculturais a favor dos imigrantes ilegais costumam ser mal vistas pela população nativa que acredita perder seu espaço no mercado de trabalho, da mesma forma que encorajam mais migrações ilegais. No Brasil, por exemplo, o programa mais médicos do governo federal proposto em 2013 é uma clara demonstração deste repúdio, quando Associações de Médicos brasileiros opuseram-se a vinda de cubanos para trabalhar no Brasil, mesmo que de forma lícita, com receio da perda do mercado de trabalho.

Conforme Alejandro Moreno (2000) a exclusão é considerada estrutural. O sistema moderno não visa incluir, pois vários são os programas de capacitação às minorias, que não resolvem nem tampouco as inclui. As pessoas não conseguem se incluir por uma série de motivos: preconceitos culturais, defeitos de caráter,

---

<sup>6</sup> Heike Wiese, Professora de Linguística da Universidade de Potsdam, diz que há o “Kiezdeutsch” ou alemão de bairro: dialeto alemão que nasceu com os jovens que misturam alemão com turco e árabe. Para a professora infelizmente este novo dialeto é visto pela maioria como um alemão mal falado e os jovens que não dominam o alemão, mas apenas o kiezdeutsch enfrentam problemas em entrevistas de emprego, na escola, etc. (ESPECIALISTAS..., 2013)

<sup>7</sup> “I was born in Senegal when it was part of France. I speak French, my wife is French and I was educated in France. The problem is that French don’t think I am French”. A Moroccan immigrant who came to France as a child of eight sums up the situation: “You’re French on your identity card, French to pay taxes and to go into the army, but for the rest, you’re an Arab.” The racial identity denied in the official ideology of French republicanism continues to silently determine who the real citizens of the polity are. (MILLS, 2007, p.98)

dependência da tradição, insuficiente capacitação. “Não seriam elas as vítimas do sistema que por sua própria estrutura as exclui<sup>8</sup>?”

Que sentido tem falar, então, de superar a exclusão? Os excluídos hoje estão em todas os lugares. Até nos próprios centros realizadores e promotores do sistema, ali onde se cumpriram todas as suas exigências e onde se obtiveram seus melhores frutos, a exclusão de uma parte importante dos habitantes se diz ser estrutural. Sucede que, por enquanto, neles a sociedade põe em marcha mecanismos para manter seus excluídos em condições precárias mas suficientes de vida. Por quanto tempo? A tendência não indica uma direção melhor. Fora desses centros, as possibilidades de vida se reduzem a setores minoritários, muito minoritários, os beneficiários do sistema, da grande população. É o nosso caso. Desse lugar, desses grandes centros, vemos a mensagem que se supõe salvadora: não se trata de mudar o sistema mas de capacitar a população para que se integre, se inclua nele. Deixam de lado, como se de algo descartável se tratasse, o fato de que seus próprios excluídos estão capacitados e, no entanto, não superam a exclusão? (MORENO, 2000, p.90)

Moreno descreve que muitas das políticas públicas afirmam dar oportunidades de inclusão aos excluídos, capacitando-os, mas mesmo assim, a inclusão social não se apresenta de forma efetiva. Importante compreender que programas de inclusão/capacitação são importantes, mas acima de tudo a conscientização da diversidade e da presença do outro diferente com igualdade de direitos faz-se necessário.

Nas grandes cidades e metrópoles mundiais, a violência oriunda do preconceito cresce a um nível avassalador e em grande parte esta nasce da intolerância ao “outro”, diferente, do não reconhecimento do outro enquanto indivíduo, sujeito de direitos e principalmente, pessoa.

Costas Douzinas demonstra que as sociedades evitam o indivíduo “refugiado”, mas sugere repensar o quanto cada um é também “refugiado” em outros países, não se deve apenas aceitar o “outro” como também reconhecer que pode-se ser o “outro”.

O refugiado é um símbolo ameaçador da totalização da diferença e da negação da afinidade e aponta para aqueles domínios os quais a civilização não pode modificar e tem uma tendência para destruir. **Confrontar o refugiado levanta a possibilidade de que nós, igualmente, somos refugiados, o que implica meu dever não apenas de aceitar o Outro, mas também aceitar que sou um Outro**, e a necessidade de estender a noção do estrangeiro itinerante até a “estrangeiridade” que habita profundamente em mim e na comunidade política. (DOUZINAS, 2009, p.370)

---

<sup>8</sup> Será que os desempregados alemães são analfabetos ou atrasados culturais? Sempre a mesma coisa: o sistema é bom e capaz de produzir vida se é deixado livre de interferências externas; são as pessoas que não o aceitam ou ficam para trás por múltiplas deficiências que a elas compete superar: preconceitos culturais, defeitos de caráter, dependência da tradição, insuficiente capacitação. Não seriam elas vítimas do sistema que por sua própria estrutura as exclui? Não se está com isso culpando a vítima? Não seria que a culpabilização cumpre duas funções essenciais para uma eficaz governabilidade: sacralizar o sistema e submeter as vítimas, já que quem se sente culpado não se rebela? Não serão os programas de capacitação precisamente instrumentos elaborados não para superar a insuperável exclusão, mas para culpar? Não é que seja essa a intenção subjetiva dos que os elaboram, mas, não é sua intenção intrínseca? (MORENO, 2000, p.90)

Diferentes culturas, modos de viver e costumes já são o suficiente para o distanciamento entre os povos, mas quando fala-se de diferentes crenças e religiosidade, estas distinções atingem patamares inigualáveis.

Várias são as religiões no mundo atual, como por exemplo, o Cristianismo, Islamismo, Budismo, Judaísmo, Hinduísmo além de outras menores; suas diferenças é o que caracteriza os maiores conflitos entre os povos vivenciados pela atualidade.

Conforme Will Kymlicka há nos países ocidentais o que denomina de “Islamofobia”, uma vez que diversos artifícios são usados no Ocidente como justificativa de proteção interna, mas que intensificam as restrições externas.

No caso de leis de discurso ao ódio, a motivação foi fornecer uma forma de proteção externa - isto é, proteger os negros e os judeus a partir de elementos racistas na sociedade global. As leis de difamação de grupos são muitas vezes defendidas igualmente como uma forma de proteger os muçulmanos da “Islamofobia” virulenta dos países ocidentais. (...) A legislação que se justifica em termos de proteção externa pode abrir a porta a restrições internas. (KYMLICKA, 1996, p.43, tradução nossa<sup>9</sup>)

Kymlicka descreve que após o dia onze de setembro de 2001, este “medo” aos muçulmanos aumentou. Há ainda temores de que os muçulmanos imigrantes procuram usar o multiculturalismo para perpetuar as práticas não liberais dentro do país, bem como através de movimentos políticos internacionais visam derrubar a democracia liberal. “O medo de que o multiculturalismo é um veículo para perpetuar práticas ou movimentos iliberais está ligada ao tamanho ou a proporção de muçulmanos”. (KYMLICKA, 2007, p.55, tradução nossa<sup>10</sup>)

No Ocidente há a rejeição de práticas como o uso da burca pelas mulheres muçulmanas, os casamentos arranjados e obrigatórios, muitas vezes com meninas menores de idade, ou ainda a discriminação feminina na educação ou no direito de família que são considerados aspectos culturais; e pelos Relativistas são defendidos na sua amplitude.

Ninguém duvida sobre a falta de direitos da mulher no islamismo, como por exemplo, o próprio relato de Malala Yousafzai, que aos 14 anos ganhou visibilidade internacional pela defesa ao direito à educação feminina e foi baleada no rosto por militantes do Talibã<sup>11</sup>. Seria possível ser uma muçulmana livre e fiel à sua religião?

Os Direitos Humanos baseados no interculturalismo, visam contemplar através do diálogo entre as diferentes culturas, a dignidade da pessoa humana, como por exemplo: a conquista plena da liberdade feminina nestes países que colocam as mulheres como subalternas aos homens. Essa conquista não significaria uma traição

---

<sup>9</sup> In the case of hate speech laws, the motivation was to provide a form of external protection - that is, to protect blacks and jews from racist elements in the larger society. Group libel laws are often similarly defended as a way of protecting muslims from the virulent “Islamophobia” of western countries. (...) Laws that are justified in terms of external protection can open the door to internal restrictions. (KYMLICKA, 1996, p.43)

<sup>10</sup> The fear that multiculturalism is a vehicle for perpetuating iliberal practices or movements is linked to the size or proportion of muslims. (KYMLICKA, 2007, p.55)

<sup>11</sup> O Talibã é um movimento fundamentalista islâmico nacionalista que se difundiu no Paquistão e, sobretudo, no Afeganistão, a partir de 1994 e que, efetivamente, governou o Afeganistão entre 1996 e 2001, apesar de seu governo ter sido reconhecido por apenas três países: Emirados Árabes Unidos, Arábia Saudita e Paquistão. (...) Oficialmente, é considerado como organização terrorista pela Rússia, União Europeia e Estados Unidos. (TALIBAN... 2013)

ao Islã, nem mesmo uma ocidentalização ou aculturação, mas sim uma conquista dos direitos da dignidade da pessoa humana que poderá por sua livre escolha, viver suas próprias crenças e tradições culturais.

Ainda hoje é fácil observar as várias vezes em que se refere a determinadas pessoas por nomes comunitários, mesmo que de forma inconsciente. As pessoas, em sua maioria, ao chamar determinado indivíduo por um nome coletivo, segrega e discrimina aquele ser humano como se fosse desprovido de qualquer identidade. Identidade esta que lhe é pessoal e intransferível. Uma identificação clara de anulação do outro, por um esteriótipo marcado pela sociedade, que insistimos em chamar de “moderna”.

“Combater as nomeações, a sacralização de determinados nomes, significa defender a democracia, o pluralismo, significa o reconhecimento de um sujeito que não ignora os particularismos mas que ultrapasse este; que não tenha privilégios e que não interiorize nenhuma tentativa de sacralizar os nomes comunitários, religiosos ou nacionais.” (MAGALHÃES, 2012, p.26)

Como bem explica Joseph de Maistre *“Conheci italianos, ingleses, franceses, mas não conheço o homem em geral”*. (Joseph de Maistre, apud DOUZINAS, 2009, p. 113). Esta afirmativa demonstra claramente como o indivíduo é moldado, em esteriótipos e padrões sociais que limita o ser humano na sua própria identidade.

O racismo está presente na sociedade moderna, limitando a identidade das diversas raças e seu crescimento, uma vez que suprime e desmoraliza o ser humano tocando-o na sua mais profunda simplicidade e riqueza da alma.

Como descreve Costas Douzinas sobre o racismo:

O discurso racista ou sexista, assim como a tortura, ressalta um traço específico da pessoa e nega sua integridade. Além disso, ao desvalorizar um elemento ou característica que é central à identidade de um grupo, ele objetiva suprimir o reconhecimento e o respeito do grupo todo e de cada um de seus membros, sem levar em conta as demais capacidades e os outros desejos do indivíduo. **O terreno do racista é a identidade**, e suas armas são, em primeiro lugar, a remoção do reconhecimento moral e da igualdade jurídica, e em segundo, a supressão da estima do grupo todo. (DOUZINAS, 2009, p. 300, destaque nosso)

Conforme Flores, adorar os essencialismos da “negritude”, do “latino-americano”, do “feminino”, do “ocidental”..., faz-se tão perverso como abominá-los.

E descreve que “o termo “multicultural”, ou não diz nada, dada a inexistência de culturas separadas, ou conduz à suposição, no estilo de um museu, das diferentes culturas e formas de entender os direitos.” (FLORES, 2013, p.20)

Muitas vezes, defende-se “direitos coletivos” em prol de uma minoria, mas esquece-se dos direitos individuais que são substancialmente mais importantes; pois tratam do direito à dignidade da pessoa humana, o que por si só já traduz muitos outros implicitamente inseridos neste. O direito a vida, a liberdade de escolha seja ela sexual, marital, profissional, o direito de viver sua própria cultura, falar sua língua, seu dialeto, etc.

Ao caracterizar o indivíduo em grupos, perdem-se seus traços pessoais, seus aspectos individuais e há uma padronização dos comportamentos e estereótipos que não coincidem com as essências do ser. Os direitos humanos criados para as minorias não atendem a completude do indivíduo<sup>12</sup>.

“Como bem demonstrado por Verena Stolcke (1993), a defesa da igualdade na diferença tem sido o argumento central do ressurgimento dos novos racismos e a justificativa para a eclosão de guerras étnicas e purificações raciais.” (LOPES, 2004, p.122)

Com a globalização, o “outro”, diferente não está mais em lugares exóticos e distantes de nós, mas sim dentro da sociedade. Como por exemplo a possibilidade de imigrar para outro país, nele residir e trabalhar.

Hoje, qualquer pessoa com um mínimo de curiosidade consegue por acesso virtual conhecer outras culturas, países, modos de viver, etc.

Porém, para várias pessoas e grupos sociais, o “outro” é aquela pessoa ameaçadora, diferente, que não se procura conviver nem tampouco tolerar<sup>13</sup>. Desta forma criam-se barreiras que impedem a aproximação, sobretudo nas grandes cidades onde os processos de guetificação se afloram a cada dia.

Muros e fronteiras humanas são criadas com a pretensão do não convívio, da não aproximação. O “não conheço e nem quero conhecer” é visto de forma natural e crescente.

Assim, indivíduos presos em seus fundamentalismos perdem a preciosa oportunidade de descoberta do outro, de outra cultura, outro “modus vivendi”, perdendo a possibilidade de desfrutar o conhecimento de várias formas de viver e conviver. Não é necessário o intercâmbio de culturas, como por exemplo, mulheres ocidentais não precisam usar burca ao conhecer e conviver com mulheres muçulmanas, mas também não precisam desrespeitá-las nem tampouco subjugar-las.

Compreender o “outro” e sua cultura, trata-se de uma complexidade que exige aprendizado social e vontade individual. O fim do preconceito se dará com a prática incessante de reconhecimento do outro como sujeito de direitos, aceitando-o na sua própria originalidade cultural.

Lopes (2004, p. 130) afirma com sapiência que: “toda cultura é dinâmica, contraditória e ambígua e ninguém pode ter a pretensão de ter acesso à totalidade da cultura do “outro”, ninguém pode se constituir como o representante legítimo da totalidade de uma cultura”.

Mesmo aquele que procurar conhecer e respeitar, nunca saberá na totalidade os valores e crenças daquela determinada cultura, pois toda cultura é dinâmica, mutável e por isso torna-se incontestável sua grandiosidade.

Quer ejetemos ou aceitemos a diferença, quer pretendamos incorporá-la à cultura hegemônica, quer defendamos a preservação de seus aspectos originais, quer procuremos desafiar as relações de poder que a

---

<sup>12</sup> “Sociedades de direitos humanos, ao compartimentalizar características de grupo, traços pessoais e prerrogativas individuais, dividem a totalidade imaginária do Eu e do corpo. Elas reconhecem alguns aspectos do Eu (igualdade formal e dignidade), suprimem o reconhecimento de outros (as condições materiais necessárias para o efetivo desfrute da dignidade) e finalmente, depreciam ou descartam outros mais (orientação sexual e identidade constituem o principal exemplo”. (DOUZINAS, 2009, p.329-330)

<sup>13</sup> “A tolerância é sempre uma relação de desigualdade, em que grupos ou indivíduos tolerados ocupam uma posição inferior. Tolerar alguém é um ato de poder; ser tolerado é uma aceitação da própria fraqueza”. (CARTER apud LOPES, 2004, p. 142)

organizam, não podemos negá-la. **Ela está presente em todas as sociedades, empobrecendo-as e contaminando-as, segundo alguns, enriquecendo-as e renovando-as, segundo outros. Em síntese, queiramos ou não, vivemos em um mundo inescapavelmente multicultural.** (LOPES, 2004, p. 132, destaque nosso)

Lopes descreve que o preconceito nasce na infância, resulta da falta de informação e de formação. Historicamente, agrupamo-nos pelas semelhanças e não pelas diferenças<sup>14</sup>. Diferente será sempre a minoria, discriminada.

Interessante citar as palavras de Bertrand Russel citado por Lopes que propõe uma atenuação da tolerância em nível internacional:

(...) se se desejasse estabelecer boas relações entre os Estados, um dos primeiros passos deveria ser submeter todo o ensino de história a uma comissão internacional, a que competiria editar manuais neutros, livres do desvio patriótico atualmente reclamado em toda parte. (RUSSEL apud LOPES 2004, p. 142)

Russel analisa também a questão do fanatismo<sup>15</sup>, descreve que a tolerância se costuma contrapor ao fanatismo, que atrai muitas pessoas porque confere uma agradável sensação de solidariedade.

Importante analisar ainda, que as civilizações não possuem uma característica definida, não possuem fronteiras, nem especificidades concretas, pois os povos, bem como os seres humanos, na sua individualidade possuem várias identidades culturais.

Exemplificando, uma mulher pode ser ao mesmo tempo brasileira, negra, intelectual, homossexual e católica. Ela possui e convive então com a identidade de ser mulher, brasileira, negra, intelectual, etc. Da mesma forma, um morador de Roma pode se definir como um romano, um italiano, um europeu, um cristão, um católico e ainda, um ocidental.

Como bem expresso no Relatório para o Desenvolvimento Humano da ONU, cada indivíduo pode identificar-se com identidades diferentes:

uma pessoa pode ter uma identidade de cidadania, (exemplo: ser francesa); de sexo (ser mulher); de raça (ser de origem chinesa); de religião (ser budista); de política (ter idéias de esquerda); de origem regional (ser da Tailândia); de língua (ser fluente em Tailandês, inglês, francês e chinês); de localização (ser

<sup>14</sup> E aqui se coloca a questão da distinção entre tolerância e respeito às diferenças. A tolerância estende-se à mais vasta gama de opiniões, enquanto não se constituam em ameaças ou outros danos diretos e discerníveis para as pessoas. O respeito é muito mais seletivo. Se não temos de estar de acordo com uma posição para respeitá-la, devemos compreender que reflete um ponto de vista moral. Por exemplo, alguém que adote uma posição a favor do aborto deve poder compreender como uma pessoa que possui seriedade moral e que não tem segundas intenções pode opor-se à legalização do aborto. E contra a dita legalização existem sérios argumentos morais. E o inverso. **Uma sociedade multicultural deve aceitar a inclusão de uma vasta gama desses respeitáveis desacordos morais, já que eles oferecem a oportunidade de defender as nossas opiniões ante as pessoas, com seriedade moral, com as quais estamos em desacordo e, assim, aprendemos com as diferenças. Desse modo podemos fazer da necessidade de nossos desacordos morais uma virtude.** (LOPES, 2004, p. 146, destaque nosso)

<sup>15</sup> Russel descreve que as ações do fanatismo possuem um elemento de ódio. É praticamente inevitável o ódio que os fanáticos manifestam para com aqueles que não comungam nas mesmas idéias. (RUSSEL apud LOPES, 2004, p. 142)

residente em Paris); de profissão (ser advogado); de gosto musical (gostar de rock) ; preferência literária (gostar de romances policiais) ; de hábitos alimentares (ser vegetariana)” . (ONU, 2004, p.17)

É necessário dizer sobre o entendimento de Anthony Appiah que considerou a existência de “novas tiranias”, consideradas as identidades que muitas vezes podem gerar um racismo intrínseco, sendo “um imperialismo da identidade”.

Para controlar este **imperialismo da identidade**, um imperialismo tão visível nas identidades raciais como em tudo mais, é crucial lembrarmos sempre de que não somos simplesmente pretos, brancos, amarelos, castanhos, gays, heterossexuais, bissexuais, judeus, cristãos, muçulmanos, budistas, confucionistas, mas também irmãos e irmãs, pais e filhos, liberais, conservadores e esquerdistas, professores e advogados, leitores de histórias de mistério, amigos e amantes. [...] **A identidade racial pode ser a base da resistência ao racismo**, e embora tenhamos feito grandes progressos, ainda temos muito caminho a percorrer. Mas não deixemos que as nossas identidades raciais nos sujeitem a **novas tiranias**. (ANTHONY APPIAH apud ONU, 2004, p. 3, destaque nosso)

Charles Taylor ressalta que o não reconhecimento de uma identidade pode ser uma forma de opressão, induzindo a pessoa a se sentir rebaixada. Ilustra ainda que algumas feministas em sociedades patriarcais são induzidas a adotar uma imagem depreciativa delas mesmas. Internalizaram uma imagem de sua própria inferioridade e desta forma são incapazes de aproveitar muitas oportunidades. “Sua própria auto-depreciação, neste ponto de vista, torna-se um dos instrumentos mais poderosos de sua própria opressão” (TAYLOR, 1994a, p. 75, tradução nossa<sup>16</sup>).

Um grande número na política contemporânea liga a necessidade, às vezes a demanda, ao reconhecimento. A necessidade pode-se argumentar, é uma das forças motrizes por trás dos movimentos nacionalistas na política. E a demanda vem à tona na política de hoje, em nome de grupos minoritários ou “subalternos”, em algumas formas de feminismo, e em que é chamado hoje a política do “multiculturalismo”.(TAYLOR, 1994a, p.75, tradução nossa<sup>17</sup>)

Para Lopes a identidade étnica de uma pessoa não constitui sua identidade primária, e por mais importante que seja não é o fundamento para o reconhecimento da diversidade e dos direitos iguais. Mas sim, todos os seres humanos são portadores de uma natureza humana universal como pessoas; todos possuem igual valor numa perspectiva democrática, e todos merecem igual respeito e oportunidades de auto-realização.

---

<sup>16</sup> Nonrecognition or misrecognition can inflict harm, can be a form of oppression, imprisoning someone in a false, distorted, and reduced mode of being. Their own self-depreciation, in this view, becomes one of the most potent instruments of their own oppression. (TAYLOR, 1994a, p. 75)

<sup>17</sup> A number of strands in contemporary politics turn on the need, sometimes the demand, for recognition. The need, it can be argued, is one of the driving forces behind nationalist movements in politics. And the demand comes to the fore in a number of ways in today’s politics, on behalf of minority or “subaltern” groups, in some forms of feminism, and in what is today called the politics of “multiculturalism”. (TAYLOR, 1994a, p.75)

## 2.2 A INCESSANTE BUSCA DO DIÁLOGO: UMA PRÁTICA INTERCULTURAL

Conforme Flores (2013, p. 23) o problema não reside na luta pela identidade, mas no essencialismo étnico ou da diferença. E por isso, propõe uma prática que não seja nem universalista, nem multicultural; mas sim intercultural; caminhando para uma prática social híbrida<sup>18</sup>.

Uma prática, pois, criadora e re-criadora de mundos, que esteja atenta às conexões entre as coisas e as formas de vida e que não nos prive, poeticamente falando, de “outros ecos que habitem o jardim”. (FLORES, 2013, p.24)

Como bem ensina Kwane Appiah apud Lopes: “Todos já estamos contaminados uns pelos outros.” (LOPES, 2004, p.156)

Uma vez que os indivíduos são seres em movimento, em transformação cultural, dependentes uns dos outros desde a infância, necessário se fez o convívio em sociedade ao longo da história e por isso devido a essa aproximação incontestável dos seres humanos podemos sim dizer que estamos “contaminados” uns pelos outros. Ainda hoje no cenário globalizado mundial em que as culturas se fundem numa imersão de conhecimento, difícil é encontrar alguma cultura que não tenha absorvido características de outra, traduzindo uma real transculturalidade mundial.

Todo e qualquer indivíduo possui várias identidades, assim como todas as sociedades são plurais, dotadas de diferentes pessoas, direitos e culturas, cabe apenas a conscientização social desta presente diferença, que é positiva, enriquecedora e deslumbrante.

Como bem expressa Badiou: “As diferenças nos dão, como fazem os timbres instrumentais, a univocidade reconhecível da melodia do Verdadeiro”. (BADIOU, 2009 p.124)

Como precisa-se dos diferentes sons dos instrumentos musicais para identifica-los e juntos fazem parte de uma grande orquestra harmônica e enriquecedora; como não valorizar as diferenças que apenas enriquece o indivíduo em sua mais pura essência?

Precisa-se suprimir essa característica excludente do termo diferença e abarcar o termo diversidade que não apenas tolera, mas ensina a conviver, respeitar e identificar no outro um sujeito que pode agregar valores e ser apto a receber o seu amor. Como por exemplo, ainda há, infelizmente, pessoas preconceituosas que não aceitam a união de seus filhos com pessoas de outras raças, outras crenças, mesmo sexo.

Raz citado por Weinstock (2007, p. 257, tradução nossa<sup>19</sup>) afirma: “Devemos aprender a pensar em nossas sociedades consistentes não de maiorias e minorias, mas de uma pluralidade de grupos culturais”.

Como bem expressa Alejandro Moreno,

---

<sup>18</sup> Como afirma Edward Said, necessitamos de uma prática híbrida e anti-sistêmica que possa construir descontinuidades renovadas e quase lúdicas, carregadas de impurezas intelectuais e seculares: gêneros mesclados, combinações inesperadas de tradição e novidade, experiências políticas baseadas em comunidades de esforços e interpretações (no sentido mais amplo da palavra). (...) (FLORES, 2013, p.24)

<sup>19</sup> We should learn to think of our societies as consisting not of a majority and minorities, but of a plurality of cultural groups. (RAZ apud WEINSTOCK, 2007, p. 257)

Em vez de conceber uma governabilidade sobre a premissa de uma população unificada num todo impossível de incluídos, não é melhor e mais factível, e ao mesmo tempo mais respeitoso da vida de todos, uma governabilidade concebida sobre a diversidade de mundos-da-vida não excludentes, mas conviventes? (MORENO,2000, p.93)

Neste mesmo entendimento de uma governabilidade concebida a favor da diversidade de forma a incluir e não excluir, Costas Douzinas descreve que os direitos humanos, mesmo identificados como negativos, ainda representam uma denúncia da injustiça e não podem ser reduzidos a categorizações e a classificações, como pode-se observar na sociedade.

Os direitos humanos não podem ser reduzidos a categorização e a classificação; seu conteúdo não se presta à apresentação categorica. Temos uma sensação de estar cercados por injustiças sem saber onde a justiça reside. Os direitos humanos representam essa denuncia de injustiça e continuam necessária e radicalmente negativos, tanto em sua essencia quanto em sua ação. (DOUZINAS, 2009, p.373)

Na atualidade, as minorias – sexuais, étnicas, religiosas – continuam a emergir na luta incessante pela igualdade e pela reivindicação de direitos. Assim, a fim de se alcançar o respeito mútuo e a liberdade individual, a busca pelo diálogo constante entre os povos se faz necessário.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O indivíduo não é um ser tolerante nato. Para se conquistar os direitos humanos de forma concreta, faz-se necessário um processo permanente de conscientização do outro enquanto um ser sujeito de direitos e para tanto o conhecimento e a troca entre as culturas é essencial.

Ao compreendermos as perspectivas dos “outros”, grupos étnicos ou religiosos, poderemos evitar incompreensões que geram ódio e violência, buscando garantir assim, um convívio baseado na paz entre as nações e o permanente diálogo entre as diferentes culturas.

Não se pode classificar as culturas entre boas e ruins, uma vez que são diferentes e é esta consciência que deve-se propagar no âmbito interno e internacional.

Uma das maiores dificuldades da sociedade internacional é gerenciar os diversos povos e sua diversidade; por isso, o diálogo intercultural se mostra essencial a fim de desenvolver a capacidade humana de aprender a respeitar o outro, o ser diferente.

Importante se faz erradicar pré-conceitos que são baseados no desconhecimento do outro. Mesmo não conhecendo, o indivíduo faz suposições errôneas que não condizem com a realidade. Conhecendo o outro e sua cultura, estando aberto ao diálogo poderemos sonhar com a conquista de uma convivência pacífica entre os povos.

Aprendendo a conhecer sem pré-suposições, sem barreiras de gênero, sexo, cor, religião. Sem ideologismos preconceituosos que afastam, segregam e discriminam.

Por fim, como bem descreveu Flávia Piovesan, faz-se necessário o reconhecimento de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

## REFERÊNCIAS

BADIOU, Alain. **São Paulo: a Fundação do Universalismo**. Coleção Estado de Sítio. Tradução: Wanda Calbeira Brant. São Paulo: Editora Boitempo, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradução: Luzia Araújo, São Leopoldo: Unisinos, 2009.

**ESPECIALISTAS DIZEM QUE MULTILINGUISMO É SUBESTIMADO NA ALEMANHA**. Disponível em: <http://www.dw.de/especialistas-dizem-que-multilinguismo-é-subestimado-na-alemanha/a-15818017>. Acesso em 24/10/2013.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=+FLORES%2C+Joaquin+Herrera.+Direitos+Humanos%2C+Interculturalidade+e+Racionalidade+de+Resistencia>. Acesso em 10/11/2013.

KYMLICKA, Will. **Multiculturalism Citizenship**. Oxford University Press. New York, 1996.

KYMLICKA, Will. **The new debate on minority rights (and postscript)**. In: LADEN, Anthony; OWEN, David. **Multiculturalism and Political Theory**. Cambridge University Press. 2007. New York.

LOPES, José de Sousa. **Cultura Acústica e Letramento em Moçambique em busca de fundamentos antropológicos para uma educação intercultural**. São Paulo: EDUC, Editora da PUC SP, 2004.

LUFT, Lya. Artigo quinzenal da autora: **Repolhos Iguais**. Revista Veja, 7 de maio de 2014. P.28

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Estado Plurinacional e Direito Internacional**. (Coleção para entender). Coordenação: Leonardo Nemer Caldeira Brant. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Nós X Eles**. Disponível em <http://joseluzquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2013/04/1317-nos-x-eles-coluna-do-professor.html>. Acesso em 20/04/2013)

MILLS, Charles. PATEMAN, Carole. 2007. **Contract and Domination**. Malden, MA: Polity Press, 2007. 320pp. Hardcover.

MORENO, Alejandro. **Superar a exclusão, conquistar a equidade: reformas, políticas e capacidades no âmbito social**. 2000. In: LANDER, Edgardo. (Organizador) **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. setembro 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU), Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). **Relatório sobre o Desenvolvimento Humano: Liberdade cultural num mundo diversificado**. Lisboa, Portugal, 2004. Tradução: José Freitas e Silva.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Faculdade de Economia de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. Revista Crítica de Ciências Sociais. Número 48. Junho, 1997. Pág.11-32.

\_\_\_\_\_. **“La Reinención del Estado y el Estado Plurinacional”** abril, 2007. Santa Cruz de la Sierra, Bolívia. Impreso en Talleres Gráficos “Kipus”, Cochabamba. Pdf.

TALIBAN. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Taliban>. Acesso em 19 de novembro de 2013.

TAYLOR, Charles. “Politics of Recognition” In: GOLDBERG, David Theo. **Multiculturalism, a critical reader**. Blackwell Publishers. Cambridge, Massachusetts, 1994a.

\_\_\_\_\_. **Multiculturalism**. Princetown University Press. New Jersey, 1994b.

WEINSTOCK, Daniel. **Liberalism, multiculturalismo, and the problem of internal minorities**. In: LADEN, Anthony; OWEN, David. **Multiculturalism and Political Theory**. Cambridge University Press. 2007. New York.

**Recebido em: 12 de julho de 2015**

**Aceito em: 25 de abril de 2017**



**A VEDAÇÃO DO RETROCESSO DA TUTELA CULTURAL: O CASO DA SUPRESSÃO DO MECANISMO DE INVENTÁRIO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL NO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO-RS (O JULGAMENTO DA ADI 70065681405 PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL)**

**THE PROHIBITION OF RETROCESSION OF CULTURAL GUARDIANSHIP: THE CASE OF THE SUPPRESSION OF THE INVENTORY MECHANISM FOR THE PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE IN THE MUNICIPALITY OF NOVO HAMBURGO-RS (THE ADI 70065681405 JUDGMENT BY THE COURT OF JUSTICE OF RIO GRANDE DO SUL)**

*Francisco Humberto Cunha Filho*<sup>1</sup>  
*Diego Monte Teixeira*<sup>2</sup>

**Resumo:** Sob o enfoque do princípio da vedação do retrocesso social, na vertente dos direitos culturais, efetua-se uma análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 70065681405 que declarou a inconstitucionalidade de parte do dispositivo da Lei municipal revogadora do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo. O caso é paradigmático, na medida em que é a primeira vez que se tem notícia, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que uma Lei tenha sido declarada inconstitucional em face do retrocesso da proteção do patrimônio histórico e cultural, no caso, pela substituição da expressão "inventariados" por "tombados" para a caracterização dos imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico, o que acarretou ofensa direta ao disposto nos artigos 8º, caput, 222 e 223 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como ao artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal.

**Palavras-Chave:** Inventários; Tombamento; Vedação do retrocesso; Patrimônio cultural.

**Abstract** From the standpoint of the principle of the prohibition of social regression, especially with regard to cultural rights, makes up a theoretical and dogmatic analysis of the Decision of the Court of Rio Grande do Sul in direct action of unconstitutionality nº 70065681405 which declared the unconstitutionality of the repealed law of Master Plan Urban and Environmental Municipality of Novo Hamburgo. The case is paradigmatic because it is the first time that we know of, in the Brazilian constitutionality of concentrated control, that a law has been declared unconstitutional in the face of the setback of the protection of historical and cultural heritage, in this case, the substitution of expression "inventoried" for "protected buildings" for the characterization of the properties considered historical, cultural and scenic

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito (UFPE), Mestre em Direito (UFC) – Titula do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e advogado da União. E-mail: humbertocunha@unifor.br

<sup>2</sup> Mestrando em Direito Constitucional pelo programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Analista do ministério Público da União. E-mail: diegomontet@gmail.com

interest, leading to direct offense to the provisions of articles 8, caput, 222 and 223 of the Rio Grande do Sul State Constitution and the Article 216, paragraph 1, of the Constitution.

**Keywords:** Inventories; Protected buildings; Prohibition of social regression; Cultural heritage.

**Sumário:** Considerações Iniciais. 1. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão; 2. Análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão proferida na ADI nº 70065681405; 2.1 A tutela jurisdicional do direito fundamental à cultura pelos diversos entes da federação; 2.2 O tombamento e os inventários como formas de proteção do patrimônio cultural pelo Município de Novo Hamburgo-RS; 2.3 A vedação do retrocesso pela supressão da proteção do patrimônio cultural através dos inventários; Considerações Finais. Referências.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos termos do art. 216, §1º, da Constituição Federal, o Poder Público, com a colaboração da comunidade, deverá promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, por meio de diversas formas de acatamento e preservação, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Com base nas disposições da Constituição Federal, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e da Lei Orgânica Municipal, o Município de Novo Hamburgo, por meio do seu Plano Diretor Urbanístico e Ambiental (Lei municipal nº 1.216/2004), promulgou a norma do art. 83 na qual considera de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural “inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica”.

Por meio da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, em seu artigo 2º, o Poder Legislativo local promoveu a substituição da expressão “inventariados”, por “tombados”, para caracterizar os bens imóveis de Novo Hamburgo como de interesse histórico, cultural e paisagístico.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 70065681405 ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul contra esse dispositivo da lei municipal, decidiu pela sua inconstitucionalidade com espeque no princípio da proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais.

O caso é paradigmático, na medida em que é a primeira vez que se tem notícia, no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, que uma Lei tenha sido declarada inconstitucional com base na vedação do retrocesso da proteção cultural, razão pela qual se afigura relevante que a doutrina se debruce sobre as questões de fundo do julgado.

Na intenção de enfrentar tal temática, o trabalho encontra-se assim estruturado: primeiro, efetua-se uma síntese dos fatos e das questões jurídicas abordadas na ADI nº 70065681405, após o que desenvolverá uma análise teórica e dogmática dos fundamentos da decisão, para concluir sobre o eventual acerto da decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, levando em conta que a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado decorre não só do retrocesso da

proteção cultural, como também pelo fato de que a medida legislativa não trouxe qualquer incremento em termos de satisfação de outro direito fundamental.

## **2. BREVES APONTAMENTOS ACERCA DOS FATOS E DAS QUESTÕES JURÍDICAS ABORDADAS NO ACÓRDÃO**

O julgado da ADI nº 70065681405 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 01/12/2015, relatado pelo Desembargador Eugênio Facchini Neto, versa sobre a alteração legal do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo-RS, com a substituição da expressão “inventariados” por “tombados” para a caracterização dos imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico.

O dispositivo da Lei municipal impugnado na referida ação (artigo 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010) tem a seguinte redação:

Art. 2º - São alterados, total ou parcialmente, os artigos 6º, 7º, 8º, 9º, 15, 20, 22, 23, 32, 35, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 55, 57, 60, 62, 63, 64, 67, 68, 71, 72, 74, 76, 79, 80, 81, 82, 83, 88, 91, 94, 96, 97, 98, 99 e 100, todos da Lei Municipal nº 1.216/2004, que passam a vigor com a seguinte redação:

Art. 83 – São considerados de interesse cultural e natural os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Brasil pelo IPHAN, como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAE, e os **tombados pelo Município**, passíveis de preservação e conservação, conforme a Lei Municipal nº 07/1992, de 7 de janeiro de 1992. (grifo inexistente no original).

Enquanto que a redação original do artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004, possuía o seguinte teor:

Art. 83 – São considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAN, **inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica.** (grifo inexistente no original).

Essa supressão do mecanismo de inventário de bens, nos termos em que efetuada pelo artigo 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, que alterou o artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004, teve sua constitucionalidade questionada, tanto em relação ao disposto nos artigos 8º, caput, 222 e 223 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, como em relação ao disposto no artigo 216, parágrafo 1º, da Constituição Federal, a partir da ADI promovida pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Um fato importante extraído do voto do Desembargador-Relator da ADI nº 70065681405 é o de que a grande maioria dos imóveis de valor cultural do Município de Novo Hamburgo-RS estava simplesmente inventariada quando da publicação da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, mas ainda não tombada, conforme documento técnico do IPHAN constante nos autos<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015, p. 5.

Na referida decisão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou a inconstitucionalidade de parte do dispositivo da lei municipal revogadora do Plano Diretor Urbanístico e Ambiental do Município de Novo Hamburgo, baseada, nos termos de sua ementa, no “evidente retrocesso, considerando-se a proteção que era assegurada pela lei primitiva ao patrimônio histórico e cultural do Município”.

### 3. ANÁLISE TEÓRICA E DOGMÁTICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO PROFERIDA NA ADI Nº 70065681405

Descrita a situação jurídica, passa-se à análise teórica e dogmática, enfocando três aspectos que dão grande complexidade ao caso, a saber: a tutela jurisdicional do direito fundamental à cultura pelos diversos entes da federação brasileira; o tombamento e os inventários como formas de proteção do patrimônio cultural; e a vedação do retrocesso pela supressão da proteção do patrimônio cultural através dos inventários.

#### 3.1 A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA PELOS DIVERSOS ENTES DA FEDERAÇÃO

O Estudo das questões atinentes ao patrimônio cultural brasileiro, a partir de 1988, com o advento da Constituição cognominada de cidadã, não mais deve ser feito pelo prisma puro do Direito Administrativo, ancestralmente permeado pela ideia de *jus imperii*, e cujo procedimento é caracterizado, nas irônicas palavras de Vasco Pereira da Silva, pela “promiscuidade entre as tarefas de administrar e de julgar”<sup>4</sup>. Agregou-se, em tal tarefa, a perspectiva dos direitos culturais que são aqueles afetos às artes, à memória coletiva e ao repasse (ou ao fluxo) de saberes, que asseguram a seus titulares o conhecimento e uso do passado, interferência ativa no presente e possibilidade de previsão e decisão de opções referentes ao futuro, visando sempre à dignidade da pessoa humana<sup>5</sup>.

Em termos jurídico-positivos os direitos culturais se fazem presentes em diversos incisos do Art. 5º da Constituição Federal, tais como: a liberdade de expressão artística (IX); os direitos autorais e conexos (XXVII e XXVIII) e o direito à proteção do patrimônio cultural (LXXIII) e, ademais, no corpo de toda a Constituição espalham-se direitos culturais que, pelo conteúdo, nenhum intérprete com o mínimo de sensibilidade, pode negar-lhes o *status* de fundamental<sup>6</sup>.

A incorporação dos direitos culturais ao expressivo rol dos direitos fundamentais se dá pela compreensão histórica de sua relevância na promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, o que perpassa pelas três “gerações” ou dimensões dos direitos fundamentais, tal qual anota, dentre outros, Pedro<sup>7</sup>:

<sup>4</sup> SILVA, Vasco Pereira da. O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaios sobre as acções no novo processo administrativo. 2ª ad. Lisboa: Almedina, 2009, p. 13.

<sup>5</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Direitos culturais como direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 34.

<sup>6</sup> *ibidem*, p. 42.

<sup>7</sup> PEDRO, Jesús Pietro de. Direitos Culturais, o filho pródigo dos direitos humanos. **Revista Observatório Itaú Cultural / OIC** – n. 11 (jan./abr. 2011). São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em: <[http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio\\_11/46](http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio_11/46)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

Incluir os direitos culturais no seio dos direitos fundamentais implica situá-los na categoria mais alta de garantias da qual um direito subjetivo pode usufruir. [...] os direitos culturais são direitos complexos que estão presentes em todas as “gerações dos direitos fundamentais” que foram sendo historicamente gestados a saber: os direitos a liberdade, igualdade e solidariedade.

A Constituição Federal de 1988, além de exemplificar, no art. 216, os bens de natureza material e imaterial que constituem o patrimônio cultural brasileiro, prescreve, no parágrafo primeiro de tal dispositivo, que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de diversas formas de acautelamento e preservação, como os inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

A mencionada previsão constitucional não deixa dúvidas quanto ao papel da própria comunidade para, colaborando com o Poder Público, proteger o patrimônio cultural. O Poder Público, a seu turno, tem a obrigação constitucional de promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro através de diversas formas de acautelamento e preservação, como o rol exemplificativo previsto no §1º do art. 216: inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação.

Nos termos do artigo 24, inciso VII da CF/88, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico. Já, o artigo 30, incisos I, II e IX da CF/88, também prescreve a competência dos Municípios para legislar sobre assuntos de interesse local, suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, e promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local.

Em compatibilidade com as mencionadas prescrições da Constituição Federal de 1988, a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nos artigos 222 e 223, assim dispõe sobre as formas de proteção do patrimônio cultural pelo próprio Estado e por seus Municípios:

Art. 222. O Poder Público, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.

§ 1.º Os proprietários de bens de qualquer natureza tombados pelo Estado receberão incentivos para preservá-los e conservá-los, conforme definido em lei.

§ 2.º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

§ 3.º As instituições públicas estaduais ocuparão preferentemente prédios tombados, desde que não haja ofensa a sua preservação.

Art. 223. O Estado e os Municípios manterão, sob orientação técnica do primeiro, cadastro atualizado do patrimônio histórico e do acervo cultural, público e privado.

Parágrafo único. Os planos diretores e as diretrizes gerais de ocupação dos territórios municipais disporão, necessariamente, sobre a proteção do patrimônio histórico e cultural.

A Lei Orgânica do Município de Novo Hamburgo, observando as prescrições da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e as da Constituição Federal de 1988, além de dispor no seu art. 140, parágrafo único, sobre as formas de

proteção do seu patrimônio cultural, determina ao Poder Executivo, no que concerne à política de turismo no Município (art. 140, parágrafo único), a obrigação de elaborar inventário e regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico:

Art. 140 - O Município estimulará a cultura em suas múltiplas manifestações, garantindo o pleno e efetivo exercício dos respectivos direitos, o acesso às suas fontes, apoiando e incentivando a produção, a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Parágrafo Único - O Município, com a colaboração da comunidade, protegerá o patrimônio cultural, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamentos, desapropriações e outras formas de acautelamento e preservação.

Art. 141 - Lei Municipal estabelecerá uma política de turismo para o Município, definindo diretrizes a observar nas ações públicas e privadas, como forma de promover o desenvolvimento social e econômico.

Parágrafo Único - O Poder Executivo elaborará inventário e regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico, observadas as competências da União e do Estado.

Dessa forma, a redação original do artigo 83 da Lei Municipal nº 1.216/2004 do Município de Novo Hamburgo, que considera de interesse histórico, cultural e paisagístico os imóveis reconhecidos como patrimônio cultural “inventariados pelo Município e passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica”, guarda coerência com os dispositivos constitucionais que tutelam o patrimônio cultural e representa o cumprimento do disposto na Lei Orgânica Municipal, no que toca às políticas culturais e turísticas do Município.

Com o advento da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, em seu artigo 2º, o Poder Legislativo local promoveu a supressão do mecanismo de inventário de bens imóveis pelo Município de Novo Hamburgo para caracterizá-los como de interesse histórico, cultural e paisagístico, sendo, pois, o objeto de questionamento da ADI nº 70065681405 pelo Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

### **3.2. O TOMBAMENTO E OS INVENTÁRIOS COMO FORMAS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL PELO MUNICÍPIO DE NOVO HAMBURGO-RS**

Se comparado com os países europeus em que a proteção do patrimônio cultural é assaz consolidada, o Brasil mostra deficiências no manejo dos múltiplos instrumentos criados ou autorizados pela Constituição da República. Focando-se apenas os ora em questão, nota-se que na França, por exemplo, o instituto que mais proximamente corresponde ao tombamento, a *classificação*, tem variações de efeitos e segundo o bem que é objeto de proteção, estando entre as variações outro mecanismo que mais se aproxima do inventário, que é a *inscrição*. A doutrina daquele país, assim percebe a situação, apontando a existência dos seguintes instrumentos: “Le classement en secteur sauvegardé”, “l’inscription sur l’inventaire

supplémentaire des monuments historiques” e “le classement comme monumento historique”<sup>8</sup>.

No mesmo sentido, é o direito italiano relativo à matéria, quando da declaração de interesse cultural, prevista no Código de Bens Culturais e Paisagens que “si tratta di um interesse diversamente graduato in relazione alla sua sussistenza nei singoli beni culturali”<sup>9</sup>.

Entre nós, conforme apontado no tópico anterior, nos termos do art. 216, §1º da CF/88, existem vários meios de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade, tais como: inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação, e outras formas de acautelamento e preservação.

Os tipos de instrumentos de proteção que interessam ao presente trabalho são os que foram abordados pela decisão do colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na ADI nº 70065681405: os inventários e o tombamento.

O tombamento consiste no instituto mais difundido na preservação dos bens culturais materiais, sendo, por vezes, confundido com o próprio termo “preservação”, como se sinônimos fossem<sup>10</sup>. Na verdade, sabe-se que o termo “preservação” é gênero, e que o tombamento é uma das espécies de garantia da higidez do patrimônio cultural.

Esse especial tipo de proteção do patrimônio cultural, criado no bojo do Decreto-Lei nº 25, de 1937 – norma que representou um marco para o ordenamento jurídico brasileiro por ser posterior às Constituições de 1934 e de 1937 que por primeiro abrigaram disposições restritivas da ideia de propriedade absoluta - foi devidamente valorizado na Constituição Federal de 1988. Apesar de ter deixado de ser o único instrumento de proteção do patrimônio cultural, persistiu ao longo do tempo como referência no meio de outros instrumentos de proteção<sup>11</sup>.

O ato administrativo do tombamento, prerrogativa do poder Executivo, não implica desapropriação e nem determina o uso. Antes, trata-se de “uma fórmula realista de compromisso entre o direito individual à propriedade e a defesa do interesse público relativamente à preservação de valores culturais”<sup>12</sup>.

Como salienta Alves<sup>13</sup>, ao contrário da desapropriação, o tombamento não é causa de perda da propriedade, mas atinge o exercício das faculdades inerentes ao domínio; em compensação, não impõe ao poder público o dever de indenizar, salvo quando o ato administrativo esvaziar o conteúdo econômico da propriedade, impedindo definitivamente a utilização em todo o seu potencial, ocasião em que se estará diante de uma desapropriação indireta.

<sup>8</sup> PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. Paris: Daloz, 1990, p. 234.

<sup>9</sup> FERRETTI, Alessandro. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2010, p. 59.

<sup>10</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 212.

<sup>11</sup> OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, jan./jun. de 2014, p. 217.

<sup>12</sup> FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997, p. 115.

<sup>13</sup> ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.98, p.65-97, jul./dez., 2008, p. 79.

Enquanto o tombamento provisório se dá a partir da notificação ao proprietário pela autoridade administrativa competente, informando-o de que o bem que possui notável valor histórico, arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico (art. 10 do Dec-Lei 25/1937), o definitivo ocorre a partir da inscrição dos bens, separada ou agrupadamente, num dos quatro Livros do Tombo da repartição administrativa que determinou a medida (Tombo Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Tombo Histórico; Tombo das Belas Artes e Tombo das Artes Aplicadas – arts. 4º e 10 do Dec-Lei 25/1937).

Consoante assentado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça<sup>14</sup>:

O ato de tombamento, seja ele provisório ou definitivo, tem por finalidade preservar o bem identificado como de valor cultural, contrapondo-se, inclusive, aos interesses da propriedade privada, não só limitando o exercício dos direitos inerentes ao bem, mas também obrigando o proprietário às medidas necessárias à sua conservação. O tombamento provisório, portanto, possui caráter preventivo e assemelha-se ao definitivo quanto às limitações incidentes sobre a utilização do bem tutelado, nos termos do parágrafo único do art. 10 do Decreto-Lei nº 25/37.

Nos termos do art. 17 do Decreto-Lei nº 25/1937, as coisas tombadas não poderão ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa.

No âmbito do Município de Novo Hamburgo-RS, foi promulgada a Lei nº 07, de 07 de janeiro de 1992, que dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural local, disciplina a integração de bens móveis e imóveis e cria incentivos ao tombamento.

Entretanto, até o ano de 2007 não houve qualquer iniciativa de tombamento na esfera do Município de Novo Hamburgo, quando então surgiram algumas iniciativas: dois bens foram tombados no bairro de Lomba Grande, dois no centro da cidade, um na vila Santo Afonso, um em Hamburgo Velho, um na Vila Nova, além do “Centro Histórico”<sup>15</sup>.

Sobre as origens do instituto do tombamento, intrinsecamente ligadas à noção de registro ou inventários de documentos oficiais do governo, Oliveira Jr. e Cunha Filho<sup>16</sup> anotam que:

um grande número de doutrinadores remete as origens do tombamento ao registro ou inventário feito na Torre do Tombo, em Portugal, ao final do período medieval[...] O conceito de tomo adotado pelos portugueses no final

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 753.534/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/10/2011, DJe 10/11/2011.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em: <<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016, p. 17.

<sup>16</sup> OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, jan./jun. de 2014, p. 227.

da Idade Média guarda pouca similaridade com o instituto do tombamento como se encontra hoje, provavelmente emprestando-lhe pouco mais que o seu nome, porque o tombamento moderno consubstancia-se na proteção ao patrimônio cultural, e não apenas na realização do registro ou do inventário dos impostos e das rendas, além dos documentos oficiais do governo.

Com efeito, a noção de proteção do patrimônio cultural, via de regra, tem início a partir da necessidade do Poder Público de identificar os bens representativos da história de um povo, como o que ocorreu na França em momento posterior à Revolução Francesa, em que o governo adotou medidas para evitar a destruição de bens pertencentes ao patrimônio histórico-cultural francês por atos de vandalismo da Revolução<sup>17</sup>.

Para Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, “inventário cultural” significa o levantamento sistemático de bens culturais, visando ao conhecimento e à proteção do acervo de uma determinada cultura<sup>18</sup>.

Marcos Paulo de Souza Mirana<sup>19</sup> faz a seguinte distinção entre os institutos do inventário e do tombamento:

O Inventário e o Tombamento não se confundem. Trata-se de instrumentos de efeitos absolutamente diversos, embora ambos sejam institutos jurídicos vocacionados para a proteção do patrimônio cultural. O inventário é instituto de efeitos jurídicos muito mais brandos do que o tombamento, mostrando-se como uma alternativa interessante para a proteção do patrimônio cultural sem a necessidade Administração Pública de se valer do obtuso e, não raras vezes, impopular instrumento do tombamento.

O referido autor define o inventário, ainda, de um ponto de vista prático, da seguinte forma:

Sob o ponto de vista prático o inventário consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros. Os resultados dos trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância histórica, características físicas, delimitação, estado de conservação, proprietário etc.<sup>20</sup>

Muito embora ações típicas de inventários estejam ligadas às primeiras iniciativas de proteção do patrimônio cultural, tais instrumentos não foram objeto de

---

<sup>17</sup>FONSECA, Maria Cecília Londres. O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997, p. 57.

<sup>18</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. 3ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 1126-1127.

<sup>19</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**. Jus Navigandi, 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11164/o-inventario-como-instrumento-constitucional-de-protecao-ao-patrimonio-cultural-brasileiro>>. Acesso: em 13 jun. 2016.

<sup>20</sup> Ibidem.

uma regulamentação infraconstitucional nacional, razão pela qual os Estados e Municípios, com apoio no art. 24, VIII<sup>21</sup> e art. 30, I, II e IX<sup>22</sup> da Constituição Federal, respectivamente, elaboram legislação própria para a proteção de seus patrimônios culturais.

No Estado do Rio Grande do Sul, além da previsão contida nos arts. 222 e 223 de sua Constituição, conforme já mencionado no tópico 3.1, o art. 40 da Lei n. 10.116, de 23 de março de 1994 assim disciplina sobre a obrigatoriedade de os Municípios realizarem inventários para a identificação dos elementos que comprovam o valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, etc. atinentes aos prédios, monumentos, conjuntos urbanísticos e sítios, aptos a lhe conferirem a feição de patrimônio cultural:

Art. 40 - Prédios, monumentos, conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, artístico, arquitetônico, paisagístico, arqueológico, antropológico, paleontológico e científico, de proteção ou preservação permanente, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, não poderão, no todo ou em parte, ser demolidos, desfigurados ou modificados sem autorização.

§ 1º - **Para identificação dos elementos a que se refere este artigo, os municípios, com o apoio e a orientação do Estado e da União, realizarão o inventário de seus bens culturais.**

§ 2º - O plano diretor ou as diretrizes gerais de ocupação do território fixarão a volumetria das edificações localizadas na área de vizinhança ou ambiência dos elementos de proteção ou de preservação permanente, visando a sua integração com o entorno.

§ 3º - O Estado realizará o inventário dos bens culturais de interesse regional ou estadual.

A Lei Orgânica do Município de Novo Hamburgo, por sua vez, além de repetir em seu art. 140, o disposto no art. 216, §1º da CF/88 quanto aos vários meios de proteção do patrimônio cultural pelo Poder Público, determina ao Poder Executivo que elabore inventário e a regulamentação do uso, ocupação e fruição dos bens naturais e culturais de interesse turístico, observadas as competências da União e do Estado (art. 141, parágrafo único).

Nesse sentido, a Lei Municipal nº 1.216/2004 (Plano Diretor Urbanístico Ambiental – PDUA de Novo Hamburgo), em seu art. 83, considera de interesse histórico, cultural e paisagístico, além dos imóveis reconhecidos como patrimônio cultural do Rio Grande do Sul pelo IPHAN, os que forem inventariados pelo Município e os passíveis de preservação e conservação a ser regulamentada por legislação específica.

Observa-se que, nos termos do art. 82, parágrafo único, da Lei Municipal nº 1.216/2004, havia uma clara limitação do direito de construir transferido de imóvel

<sup>21</sup> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

<sup>22</sup> Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

inventariado, sendo este de no máximo 25% (vinte e cinco por cento) do denominado “indivíduo arquitetônico” do setor.

Com base nesse Plano Diretor, foram elaboradas diretrizes para o disciplinamento dos bens inventariados e de seu entorno, nas quais os objetos de interesse para a preservação constam em uma lista bastante antiga, e que possuía mais de 400 bens imóveis inventariados, sendo que muitos deles já foram demolidos<sup>23</sup>.

Segundo Stocker Junior e Manenti<sup>24</sup>, os dois inventários do patrimônio cultural realizados no Município de Novo Hamburgo, em 1994 e em 2004, foram condensados em uma listagem-inventário pela Comissão de Patrimônio Histórico, mas curiosamente retirados do Plano Diretor na sua última revisão (2008).

Assim, antes mesmo que a listagem-inventário estivesse devidamente respaldada pela legislação de regência: o Plano Diretor, o Poder Legislativo local, ao elaborar a Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010, revogou a norma garantidora do mecanismo do inventário, em atuação contrária ao seu dever de dar maior alcance e efetividade às normas que protegem o patrimônio cultural.

### 3.3 A VEDAÇÃO DO RETROCESSO PELA SUPRESSÃO DA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL ATRAVÉS DOS INVENTÁRIOS

Como anota Henriques Filho<sup>25</sup>, o tratamento constitucional das questões culturais é resultado de uma estruturação histórica dos instrumentos de proteção e das próprias menções expressas às diferentes espécies componentes do patrimônio cultural.

Assim, desde o primeiro ato legislativo de proteção do patrimônio cultural com a transformação da cidade de Ouro Preto em “Monumento Nacional” (Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933), passando pela criação do SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) através da Lei nº 378/1937, e os diversos normativos que sucederam o já mencionado Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Lei do Tombamento), tais como a Lei nº 3924, de 26 de junho de 1961 (dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos) e o Decreto nº 3551, de 4 de agosto de 2000 (institui o registro de bens culturais de natureza imaterial), não há como negar uma inegável evolução normativa do sistema de proteção ao patrimônio cultural brasileiro<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em: <<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016, p. 109.

<sup>24</sup> STOCKER JUNIOR, J. L. MANENTI, Leandro. Novo Hamburgo: O Patrimônio Arquitetônico da "Cidade Industrial". In: VI Colóquio Latino Americano sobre a recuperação e preservação do patrimônio industrial, 2012, São Paulo. Anais do VI Colóquio Latinoamericano sobre recuperação e preservação do Patrimônio Industrial. São Paulo: Centro Universitário Belas Artes, 2012. v. 1. Disponível em: <[http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI\\_coloquio\\_t1\\_novo\\_hamburgo.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI_coloquio_t1_novo_hamburgo.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

<sup>25</sup> HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A evolução histórica da proteção do patrimônio cultural no Brasil. **Athenas**, v. II, n. 1, jan-jul, 2013, p. 111.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 117-127.

A partir do Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (PIDESC), que contém cláusula específica para o progresso constante dos direitos ali protegidos, e do desenvolvimento dos estudos sobre a implementação gradual e prospectiva dos direitos fundamentais sociais, a ideia de proibição de retrocesso social está a ganhar cada vez mais corpo na doutrina brasileira.

Da obrigação de progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, decorre a chamada “cláusula de proibição do retrocesso social”, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem na implementação de tais direitos<sup>27</sup>.

Para os teóricos portugueses Canotilho e Moreira<sup>28</sup>, que têm exercido certa influência sobre o pensamento jurídico pátrio, a proibição do retrocesso pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, em tal contexto, assumem a condição de direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.

Tratado como um princípio constitucional implícito, fundamentado no postulado da dignidade da pessoa humana, a vedação do retrocesso, segundo Sarler e Fensterseifer<sup>29</sup>, funciona como uma garantia dos direitos fundamentais contra a atuação de medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição dos níveis de tutela dos direitos já existentes. Esses autores parecem ir além do que o registrado na doutrina portuguesa ao defenderem a proteção de todos os direitos fundamentais contra medidas que retrocedam nos níveis de satisfação dos mesmos.

Por outro lado, o princípio da vedação do retrocesso não pode, no Estado Democrático de Direito, ser entendido como uma proibição absoluta a ser oposta à atividade do legislador, sob pena de se conferir uma intangibilidade às normas infraconstitucionais, que não seria extensível nem mesmo às constitucionais. Com efeito, a diminuição da proteção a qualquer direito, ou estado protegido, somente se justifica se um argumento suficientemente relevante e iminente assim o autorize, e que também deve contar com definição constitucional, respeitadas as exigências de proporcionalidade<sup>30</sup>.

Não há dúvidas de que os direitos culturais têm *status* de direitos fundamentais, consoante já abordado no tópico 3.1. Assim, no âmbito dos direitos culturais, deve-se ter sempre em vista que existe um nível de obrigações jurídicas fundamentais de proteção, sobretudo as que estão estabelecidas na Constituição Federal de 1988 e que já foram disciplinadas legalmente pelos respectivos entes federados, que deve ser respeitado quando da adoção de novas medidas legislativas.

A partir dessa compreensão, a questão submetida à análise do TJRS por ocasião da ADI foi a seguinte: pode o legislador infraconstitucional voltar atrás no

---

<sup>27</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 178.

<sup>28</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, vol. 35, abr-mai, 2011, p. 28.

<sup>30</sup> AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da proibição de retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – caso city lapa. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 16, vol. 62, abr-jun, 2011, p. 416.

que diz com a implementação do direito fundamental cultural para diminuir-lhe o espectro de proteção? Ou mais especificamente, poderia o legislador infraconstitucional do Município de Novo Hamburgo-RS deixar de proteger legalmente os bens inventariados e reservar à proteção legal apenas aos bens tombados pelo Município?

A decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, foi a de que o legislador infraconstitucional não poderia ter assim procedido, razão pela qual a Ação Direta de Inconstitucionalidade foi julgada procedente.

De antemão, entende-se que a decisão bem constatou que a retirada do inventário, como um instrumento da legislação municipal para a defesa do patrimônio constituído por imóveis considerados de interesse histórico, cultural e paisagístico, implica enorme prejuízo à tutela dos direitos difusos daí decorrentes, tanto assim que deixaria de proteger mais de quatrocentos imóveis com interesse cultural inventariados.

O que se poderia consignar, apenas a título de uma argumentação de reforço à referida decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, seria a relevância de consignar na decisão que, para além do retrocesso em termos de proteção cultural, a alteração legislativa promovida pelo art. 2º da Lei Complementar Municipal nº 2.150/2010 não trouxe qualquer incremento em termos de satisfação de outro direito fundamental que pudesse assim legitimar-lhe a validade no ordenamento jurídico.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O julgado da ADI nº 70065681405 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul trouxe à tona um princípio relativamente novo para a proteção dos direitos fundamentais, e especialmente paradigmático para a proteção do patrimônio cultural: a cláusula de vedação do retrocesso.

Não há como negar uma evolução normativa do sistema de proteção ao patrimônio cultural brasileiro, desde o primeiro ato legislativo que elevou a cidade de Ouro Preto a um “Monumento Nacional” (Decreto nº 22.928, de 12 de julho de 1933), passando pela criação do SPHAN (Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional) através da Lei nº 378/1937, e os diversos normativos que sucederam o já mencionado Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Lei do Tombamento), tais como a Lei nº 3924, de 26 de junho de 1961 (dispõe sobre monumentos arqueológicos e pré-históricos) e o Decreto nº 3551, de 4 de agosto de 2000 (institui o registro de bens culturais de natureza imaterial).

Embora o tombamento consista no instituto mais difundido na preservação dos bens culturais materiais, desde 1937, outras formas de acautelamento e preservação dos bens culturais devem a ele se somar, dentre os quais os instrumentos dos inventários, conforme prescrito no art. 216, §1º, da Constituição Federal de 1988.

A intenção do Poder Legislativo do Município de Novo Hamburgo de suprimir o mecanismo de inventário que, mesmo sem precisão técnico-jurídica fazia às vezes de ferramenta protetiva no imaginário coletivo, além de ir de encontro ao disposto na própria Lei Orgânica Municipal e das Constituições do Estado e a Federal, afigura-se como uma inválida regressão da proteção do patrimônio cultural

à luz de um princípio constitucional implícito de vedação do retrocesso dos direitos culturais.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. O tombamento como instrumento de proteção ao patrimônio cultural. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.98, p.65-97, jul./dez., 2008.

AYALA, Patryck de Araújo. O princípio da proibição de retrocesso ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – caso city lapa. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 16, vol. 62, abr-jun, 2011, p. 403-419.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70065681405, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 01/12/2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

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

FERRETTI, Alessandro. **Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 2010.

FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo: trajetória da política federal de preservação no Brasil**. Rio de Janeiro, UFRJ/IPHAN, 1997.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio. A evolução histórica da proteção do patrimônio cultural no Brasil. **Athenas**, v. II, n. 1, jan-jul, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. **A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro**. Jus Navigandi, 2008. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/11164/o-inventario-como-instrumento-constitucional-de-protecao-ao-patrimonio-cultural-brasileiro>>. Acesso: em 13 jun. 2016.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei nº 7/1992**. Dispõe sobre a proteção do patrimônio histórico, cultural e natural do município de Novo Hamburgo, disciplina a integração de bens móveis e imóveis, cria incentivos ao tombamento e dá outras providências. Novo Hamburgo, 1992.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei nº 1216/2004**. Institui o Plano Diretor Urbanístico Ambiental - PDUA do município de Novo Hamburgo e dá outras providências. Novo Hamburgo, 2004.

NOVO HAMBURGO (RS). Prefeitura Municipal. **Lei Complementar nº 2.150/2010**. Institui o Plano Diretor Urbanístico Ambiental - PDUA do município de Novo Hamburgo e dá outras providências. Novo Hamburgo, 2010.

OLIVEIRA, Suzana Vielitz de. **Os planos diretores e as ações de preservação de patrimônio edificado em Novo Hamburgo**. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e Urbanismo) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS, 2009. Disponível em:  
<<http://ged.feevale.br/bibvirtual/Dissertacao/DissertacaoSuzanaOliveira.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

OLIVEIRA JR, Vicente de Paulo Augusto; CUNHA FILHO, Francisco Humberto. A participação da comunidade na proteção ao patrimônio cultural: uma análise do decreto-lei nº 25/1937 à luz da Constituição Federal de 1988. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. v. 11, n. 21, p. 215-253, janeiro/junho de 2014.

PEDRO, Jesús Pietro de. *Direitos Culturais. O filho pródigo dos direitos humanos*. **Revista Observatório Itaú Cultural / OIC** – n. 11 (jan./abr. 2011). São Paulo, SP: Itaú Cultural, 2011. Disponível em:  
<[http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio\\_11/46](http://issuu.com/itaucultural/docs/observatorio_11/46)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PONTIER, Jean-Marie; RICCI, Jean-Claude; BOURDON, Jacques. **Droit de la culture**. Paris: Daloz, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Breves considerações sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria ambiental. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**. vol. 35, abr-mai, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise: ensaios sobre as ações no novo processo administrativo**. 2ª ad. Lisboa: Almedina, 2009.

STOCKER JUNIOR, J. L. MANENTI, Leandro. **Novo Hamburgo: O Patrimônio Arquitetônico da "Cidade Industrial"**. In: VI Colóquio Latino Americano sobre a recuperação e preservação do patrimônio industrial, 2012, São Paulo. Anais do VI Colóquio Latinoamericano sobre recuperação e preservação do Patrimônio Industrial. São Paulo: Centro Universitário Belas Artes, 2012. v. 1. Disponível em:  
<[http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI\\_coloquio\\_t1\\_novo\\_hamburgo.pdf](http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/VI_coloquio_t1_novo_hamburgo.pdf)>. Acesso em: 13 jun. 2016.

**Recebido em: 15 de fevereiro de 2017**

**Aceito em: 27 de abril de 2017**

## **LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL NUEVO DERECHO EUROPEO PARA LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO<sup>1</sup>**

*Fernando Esteban de la Rosa<sup>2</sup>*

### **INTRODUCCIÓN: PRINCIPALES NOVEDADES DEL NUEVO DERECHO EUROPEO**

Con la adopción el pasado 21 de mayo de 2013 de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo (en adelante DRAL) y del Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo (en adelante RRL) <sup>3</sup> el legislador europeo ha hecho una importante apuesta a favor del desarrollo y cualificación de los sistemas de resolución de litigios de consumo de los Estados miembros. De ellos se espera que coadyuven a promover la confianza de los consumidores, necesaria para dinamizar e impulsar la contratación de consumo, especialmente la que tiene lugar por medios electrónicos. De paso, se pretende dar una respuesta europea al problema secular de la falta de acceso real a la justicia cuando los litigios son de escasa cuantía. La creación, en virtud del RRL, de una plataforma para la canalización en línea de las reclamaciones de consumo es, sin duda, una de las innovaciones más significativas del nuevo marco regulador europeo. Pero el alcance de las modificaciones propuestas es mayor. Para dar efectividad a esta puesta en línea, la DRAL exige de los Estados que garanticen la disponibilidad para los consumidores de entidades de resolución alternativa de litigios a fin de hacer posible dar cobertura geográfica completa, por esa clase de entidades, a los litigios que quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del Derecho europeo. A su vez, las entidades que ofrezcan esta cobertura se verán sometidas al cumplimiento de determinadas condiciones, y las reglas de procedimiento que apliquen habrán también de respetar determinadas exigencias mínimas de calidad, tal y como se contempla en los artículos 6 a 11 DRAL.

Pero el nuevo marco normativo contiene más elementos: cada Estado debe designar a las autoridades que se ocuparán, en conformidad con el art. 18 DRAL, de recibir las solicitudes de acreditación y de conceder el marchamo europeo a las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo establecidas en el país que cumplan con los requisitos de la DRAL, así como de supervisar el cumplimiento de las condiciones establecidas y, en su caso, de retirar la acreditación concedida una vez verificado que una entidad ha dejado de cumplir con ellas; será preciso adaptar

---

<sup>1</sup> Este estudio ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D del Subprograma de Generación de Conocimiento, Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia DER2014-56742-P, titulado “La adaptación de la legislación española al nuevo Derecho europeo para la resolución alternativa y en línea de litigios de consumo”, del que es investigador principal el Dr. Fernando Esteban de la Rosa.

<sup>2</sup> Profesor Titular del Departamento de Derecho Internacional Privado e Historia del Derecho – Doctor por la Universidad de Granada. Contacto por correo electrónico: [http://www.ugr.es/~festeban/enlaces\\_comercio.htm](http://www.ugr.es/~festeban/enlaces_comercio.htm) - [festeban@ugr.es](mailto:festeban@ugr.es)

<sup>3</sup> DOUE L 165/1 de 18 de junio de 2013.

el régimen de la caducidad y prescripción a fin de que el ejercicio de acciones judiciales no quede impedido, por el transcurso del tiempo, cuando se ha hecho recurso a procedimientos de resolución alternativa con resultado no vinculante (art. 12 DRAL); como una de las innovaciones más significativas, a fin de promover el recurso a las entidades alternativas de resolución de litigios, se establece la obligación de los empresarios de informar a los consumidores acerca de las entidades de resolución alternativa existentes y que puedan conocer de los litigios en su sector de actividad, incluso aunque no estén adheridos a tales entidades RAL o no tengan obligación de participar (art. 13 DRAL); los Estados deben establecer puntos de asistencia especial a los consumidores para canalizar las reclamaciones de carácter transfronterizo (art. 14 DRAL); por último, el Derecho europeo pretende que se promueva lo más posible el conocimiento por los consumidores de la lista de entidades de resolución alternativa de litigios que cuenten con la marca europea (art. 15 DRAL), la cooperación e intercambio de experiencias entre entidades de resolución alternativa (art. 16 DRAL) así como la cooperación entre entidades de resolución alternativa y autoridades nacionales encargadas de la aplicación de las normas europeas de protección de los consumidores (art. 17 DRAL). En la formulación que se hace de ciertos principios formulados, la DRAL toma en consideración de forma estrecha el acervo europeo contenido en las decisiones del TJUE recaídas sobre las temáticas cuya regulación se aborda. El conocimiento de este acervo resulta imprescindible para descubrir los márgenes con que cada Estado contará para la transposición del Derecho europeo.

Los Estados miembros disponían hasta el pasado 9 de julio de 2015 para poner en vigor las medidas legislativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva RAL. Aunque pocos Estados tuvieron su transposición en el tiempo establecido, en la actualidad España se encuentra en el grupo reducido de Estados miembros que todavía no han incorporado a su legislación las medidas necesarias para cumplir con los mandatos de la Directiva RAL. A día de hoy, además, todavía faltan las transposiciones de Croacia, Luxemburgo, Polonia y Rumanía.

La transposición de la Directiva RAL dio comienzo con la Ley 3/2014 de 27 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a través de la cual se modificó el artículo 57.4 de ese texto para dar cumplimiento únicamente a lo dispuesto por el artículo 10 Directiva RAL relativo a la proclamación del principio de libertad como garantía jurídica para el consumidor respecto de un procedimiento ante una entidad RAL. Para la transposición del grueso de las disposiciones de la Directiva RAL el 17 de abril de 2015 fue presentado un Anteproyecto de ley de resolución alternativa de litigios de consumo por el Ministerio de Salud, Servicios Sociales e Igualdad. Este texto fue remitido para ser informado por diferentes órganos del Estado como, entre otros, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social o la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, así como también por otras instituciones interesadas en el funcionamiento de la resolución alternativa de litigios de consumo, como el Consejo de Consumidores y Usuarios así como diversas asociaciones de consumidores. La difícil situación parlamentaria y de bloqueo político que atraviesa España desde diciembre de 2015 ha impedido hasta ahora que prosiga la tramitación de esta ley.

En la mayoría de los sistemas de los Estados miembros, la incorporación de la Directiva ha tenido por finalidad implantar las innovaciones del Derecho europeo

preservando, en mayor o menor medida, los esfuerzos hasta ahora realizados. Esto ha sido posible como consecuencia de los márgenes muy amplios que la Directiva RAL y el Reglamento RLL conceden a los Estados para su desarrollo. Desde esta perspectiva, ambos instrumentos vienen informados por un principio de respeto a la cultura jurídica y tradiciones de los diferentes Estados miembros, limitando las exigencias que contienen a lo indispensable para lograr la integración y el correcto funcionamiento del mercado interior.

Aunque el uso de la Plataforma fue abierto al público el 15 de febrero de 2016, sus funcionalidades se encuentran limitadas en los Estados que, como España, todavía no han llevado a cabo la transposición de la Directiva y que, como consecuencia, no han podido conceder la acreditación a ninguna de sus entidades RAL.

A diferencia de otras directivas, cuyos mandatos pueden ser acogidos de forma más o menos directa por las disposiciones nacionales de transposición,<sup>4</sup> las obligaciones principales que derivan de la DRAL no se prestan a una incorporación tan automática. La DRAL impone a los Estados obligaciones de resultado, y los objetivos que se marcan pueden ser alcanzados a través de distintas clases de medidas. El margen de que disponen los Estados para realizar la transposición de la DRAL se ve incrementado como consecuencia del carácter “de mínimos” de sus mandatos. Esta caracterización abre a los Estados la opción de introducir y mantener medidas que vayan más allá de lo dispuesto por la DRAL (art. 2 apartado 3). De forma adicional, el legislador español es también libre para extender el ámbito de aplicación de la ley de transposición sobre supuestos que no quedan comprendidos en el de la DRAL si es que considera que las mismas soluciones pueden servir para tales supuestos.<sup>5</sup>

La DRAL deja claro que no se ha de impedir a los Estados tener en cuenta sus tradiciones, ideas, costumbres y concepciones jurídicas propias sobre la resolución alternativa de litigios de consumo. No obstante, desde otra perspectiva, la transposición brinda también una muy buena oportunidad para mejorar el sistema y representa, si se quiere, la invitación a una reflexión más profunda, en cada sistema, sobre cuáles son sus principales elementos configuradores, sobre la eficacia que han mostrado hasta ahora y sobre los diversos modos en que el sistema puede ser mejorado. Desde esta perspectiva, entre las claves a valorar para tal reforma se podrán encontrar la conveniencia de promover la existencia de entidades RAL especializadas en las reclamaciones surgidas en un determinado sector, de contemplar, en ciertos supuestos, la adhesión obligatoria de los comerciantes a los procedimientos ante entidades RAL, o de incorporar, en los procedimientos ante entidades RAL, incentivos para reducir el número de reclamaciones, para promover la solución a través del acuerdo entre las partes, y para estimular el cumplimiento voluntario de las decisiones dictadas. En una reforma de este tipo sería conveniente tener en cuenta la opinión de todos los interesados, tanto usuarios (consumidores y

---

<sup>4</sup> Así sucede con la mayoría de las directivas que se han ocupado de establecer los derechos de los consumidores.

<sup>5</sup> Bajo esta óptica es posible entender que queda habilitado el inciso final del art. 2 del anteproyecto de ley de transposición, según el cual “serán consideradas igualmente consumidoras las personas jurídicas y entidades que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.” Lo mismo que no es necesario, para realizar la transposición, que el legislador español excluya del ámbito de aplicación de la ley de transposición, tal y como contempla el art. 2.3 g) del anteproyecto de ley, “las reclamaciones dirigidas a prestadores públicos de enseñanza”.

empresas) como gestores del sistema, que conocen de primera mano su funcionamiento, virtudes y elementos mejorables. Pero también resultará de interés conocer la eficacia mostrada por entidades RAL existentes en otros países europeos.<sup>6</sup>

Para realizar la transposición de la DRAL el legislador español tendrá que elegir entre diferentes opciones legislativas. En este momento prelegislativo, resulta del mayor interés conocer las implicaciones, ventajas e inconvenientes de esas diferentes opciones que se ofrecen para para la transposición de la DRAL, análisis que desborda el propósito de esta contribución. Pero sí nos gustaría, al menos, sacar a la luz algunas de las alternativas disponibles, situarlas dentro del contexto de la promoción más eficaz de la resolución alternativa de litigios de consumo, y establecer las líneas hacia las que resulta posible orientar la reforma del sistema español dentro del contexto del sistema existente.

## 1. EL LEGISLADOR ESPAÑOL ANTE LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRAL

### 1.1 EL SISTEMA EXISTENTE RELATIVO A LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE LITIGIOS DE CONSUMO COMO PUNTO DE PARTIDA

Al elaborar la DRAL el legislador europeo fue consciente de que muchos de los Estados miembros ya habían realizado sus propios esfuerzos por impulsar la resolución alternativa de litigios de consumo. De hecho, las legislaciones estatales no han sido ajenas a las líneas marcadas por la Unión Europea, y cabe advertir una influencia muy importante sobre la legislación de los Estados miembros de las Recomendaciones dictadas en 1998 y 2001. Por esta razón, en muchos casos, tal y como sucede por ejemplo respecto del sistema español, la transposición del nuevo Derecho europeo no habrá de requerir la creación, *ex novo*, de entidades alternativas de resolución de litigios de consumo, sino más bien la adaptación y reconfiguración del sistema para dar satisfacción a las exigencias que dimanen de los nuevos instrumentos. En este sentido, tal y como indica el considerando número 15 de la DRAL, “dicho desarrollo debe basarse en los procedimientos de resolución alternativa existentes en los Estados miembros y en el respeto de sus respectivas tradiciones jurídicas. Las entidades de resolución de litigios, tanto ya existentes como de nueva creación, que funcionen correctamente y cumplan los requisitos de calidad establecidos en la presente Directiva deben considerarse entidades de resolución alternativa en el sentido de la presente Directiva.” Es preciso advertir que el hecho de que ya existan y de que respondan, en mayor o menor medida, a las nuevas exigencias del Derecho europeo ello no exime a estas entidades de resolución alternativa de litigios de la obligación de conseguir su acreditación de entidad RAL conforme con la DRAL de la autoridad estatal que haya sido designada

---

<sup>6</sup> Bajo este punto de vista, resultan de interés las contribuciones sobre algunos sistemas nacionales, europeos y americanos, sobre resolución alternativa de litigios de consumo contenidas en el libro F. Esteban de la Rosa (editor) *La protección del consumidor en dos espacios de integración: Europa y América. Una perspectiva internacional, europea y comparada*, Valencia, Tirant lo Blach, 2015. También véase los informes, muy detallados, contenidas en el libro de Ch. Hodges, I. Benöhr y N. Creutzfeldt-Banda, *Consumer ADR in Europe*, Oxford, Hart, 2012.

para realizar esta función, incluso aunque se trate de entidades de carácter público. La DRAL no contiene ninguna clase de previsión relativa al nivel de separación que ha de existir entre las entidades RAL y las autoridades competentes para llevar a cabo el proceso de evaluación y concesión del marchamo europeo. No obstante, para garantizar el efecto útil del Derecho europeo, resultará deseable que se construya alguna clase de separación entre órganos de evaluación y órganos de prestación del servicio en el caso de que corresponda a un mismo ente administrativo ambas funciones. De lo contrario, cabrá dudar de la capacidad de la autoridad competente para hacer una evaluación independiente de la solicitud de acreditación y, en su caso, para retirar la acreditación recibida por falta de mantenimiento en el cumplimiento de los requisitos de la DRAL.

*Grosso modo*, es posible adelantar que el punto de partida en España de cara a afrontar la transposición de la DRAL es positivo. De entrada esta situación tiene un efecto importante sobre la exigencia financiera que será preciso destinar al cumplimiento de los mandatos de la DRAL, pues no habrá que partir de cero. El sistema español cuenta con numerosas entidades de resolución alternativa de litigios de consumo, con años de experiencia. Las entidades que existen son tanto de naturaleza pública como privada. Entre las públicas el protagonismo corresponde a las juntas arbitrales de consumo, constituidas mediante acuerdo entre el Instituto Nacional de Consumo y las administraciones territoriales. Las juntas arbitrales asumen una competencia general para el conocimiento de la mayoría de las reclamaciones de consumo. Otras entidades tienen en cambio competencias solo para sectores específicos de reclamaciones. Como ejemplos cabe mencionar las Juntas Arbitrales de Transporte, la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones, el Servicio de Reclamaciones del Banco de España, el servicio de reclamaciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y el servicio de reclamaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Como entidades privadas de resolución alternativa de litigios de consumo cabe mencionar a las figuras del defensor del asegurado y del cliente para las reclamaciones relativas a servicios bancarios, así como a la tarea que, en el ámbito de la mediación de consumo, se lleva a cabo por asociaciones de consumidores (por ejemplo, FACUA, OCU, AUC, etc) y por Cámaras de Comercio. Entre las entidades públicas, y aunque su futuro sea incierto, cabe también incluir la labor que vienen desempeñando el conjunto de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMICs) que en muchas ocasiones más que informar desarrollan una verdadera función de mediación, incluso a veces reconocida por leyes autonómicas que se han ocupado de regular la mediación de consumo.

## **1.2 NÚMERO DE ENTIDADES ALTERNATIVAS ACREDITADAS CONFORME A LA DRAL CON QUE DEBERÁ CONTAR EL SISTEMA ESPAÑOL**

Para la DRAL resulta indiferente que los Estados miembros garanticen la cobertura material y territorial completa a que se refiere el art. 5.1 a través de una única entidad o de varias entidades RAL. De acuerdo con esto, el legislador español podría apostar por cumplir con dicha obligación a través de una única entidad RAL. Esto podría suceder simplemente contando con el sistema integrado por el conjunto de las juntas arbitrales de consumo. La competencia general que, por razón de la

materia de los litigios, corresponde a las juntas arbitrales determina que los tipos de litigios que han de ser cubiertos según la DRAL encuentre acomodo y puedan ser presentados siempre ante una entidad RAL territorialmente competente. De este modo, sin adoptar otra clase de medidas, podrían quedar cumplidas las obligaciones que dimanen del Derecho europeo. Si, como parece, el sistema formado por el conjunto de las juntas arbitrales de consumo solicita y recibe la evaluación positiva, para España no será preciso la creación de la entidad de resolución alternativa complementaria a que se refiere el art. 5.3 DRAL, que ha sido concebida por el legislador europeo pensando más bien en aquellos países que únicamente disponen de entidades especializadas para determinada clase de litigios (ad. ex. telecomunicaciones, servicios financieros, etc) y no con competencia general.

Aunque otra cosa parezca desprenderse del art. 2.1 DRAL, la DRAL no obliga a que dejen de operar las entidades RAL que no cumplan con los requisitos del Derecho europeo.<sup>7</sup> Sobre los Estados recae la obligación de garantizar la existencia de una cobertura material y territorial completa, por entidades RAL acordes con la Directiva, de los litigios en los que esté implicado un comerciante establecido en su (art. 5.1 DRAL). Teniendo en cuenta las entidades RAL que existen en este momento en España, sería perfectamente conforme con la DRAL que una sola, o algunas de ellas, accedieran a la acreditación, manteniéndose el resto como entidades no acreditadas. Nada opone el Derecho europeo a esta coexistencia formal entre una y otra clase de entidades. No obstante, cabe augurar que, que por no disponer del marchamo europeo, las entidades no acreditadas estarán condenadas a su paulatina desaparición, pero no como consecuencia de una prohibición que provenga del Derecho europeo.

Sin embargo, una transposición de este tipo no se compadecería ni con el respeto a la tradición de variedad de entidades RAL existente en España, ni tampoco con la oportunidad que brinda el Derecho europeo de poner también a disposición de los consumidores entidades RAL especializadas para cierta clase de litigios, y también acordes con el Derecho europeo. La mayor parte de los profesionales que se ocupan de la gestión de entidades RAL en la actualidad entienden que la especialización es un elemento que aporta mayor calidad a la actividad de esta clase de entidades, genera, a la larga, mayor satisfacción en los usuarios de esta clase de servicios, y guarda estrecha relación con una mejor promoción de la justicia. A pesar, por tanto, de que con la existencia en España de una única entidad RAL sería posible dar cumplimiento “formal” a las obligaciones que derivan del Derecho europeo, como medida de política legislativa estatal orientada a la mejor satisfacción de los consumidores sería deseable que desde el poder público se promoviera la acreditación como entidades RAL con arreglo a la DRAL de la mayoría de las entidades que existen en la actualidad. Tratándose en muchos casos de entidades RAL de Derecho público que dependen de alguna administración (ad.ex. Oficina de Telecomunicaciones, Juntas Arbitrales, etc.), será conveniente que la ley de transposición prevea esta situación encomendando a las diferentes administraciones responsables del funcionamiento de esta clase de entidades la labor de promover la evaluación y obtención de la correspondiente acreditación.

---

<sup>7</sup> Así se desprende además del art. 20.1 DRAL leído a *sensu contrario*.

### **1.3 CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LAS ENTIDADES RAL CON QUE DEBERÁ CONTAR EL SISTEMA ESPAÑOL**

La DRAL tampoco realiza ninguna opción respecto del tipo de entidades, públicas o privadas, a través de las cuales cada Estado habrá de garantizar la cobertura a que se refiere el art. 5.1. En la actualidad, aunque el sistema español cuenta también con ejemplos de entidades privadas de resolución alternativa de litigios (ad. ex. asociaciones de consumidores, cámaras de comercio, defensor del cliente) es sabido que el grueso recae sobre entidades de Derecho público. Ante una configuración de este tipo, es lógico pensar que el legislador español se podrá decantar, al realizar la transposición de la DRAL, por seguir encomendando a esta clase de entidades la provisión de los servicios de resolución alternativa de litigios de consumo.

La cuestión en torno a si se asigna a entidades públicas o privadas la prestación del servicio de resolución alternativa de litigios de consumo se encuentra situada en un plano de concepciones políticas de orden más general y es algo en lo que puede tener influencia la tradición o modelo seguido por cada país. Desde esta perspectiva, garantizar la cobertura de entidades RAL a través de entidades de carácter público a los litigios incluidos en el ámbito de aplicación de la DRAL resulta consistente con la tradición que existe en España. Con entidades públicas, por otra parte, se facilita el cumplimiento de algunos de los requisitos que impone la DRAL. Cuando la entidad es pública, la independencia de la entidad RAL queda garantizada a través del tipo de financiación recibida. Del mismo modo, al tratarse de entidades públicas es posible reducir, incluso hasta la gratuidad tal y como sucede con el sistema español de arbitraje de consumo en la actualidad, el coste del servicio para el consumidor, lo que permite cumplir con lo dispuesto en el art. 8 c) DRAL. Por otra parte, cabe detectar cierto sentir general, entre los profesionales de la gestión de esta clase de entidades, en torno a la idea de que no es deseable la existencia de un nivel alto de competencia en este sector de servicios, pues esa clase de nivel podría poner en riesgo el funcionamiento correcto de tales entidades. En cualquier caso, lo que no parece de recibo, y aquí el sentir de los profesionales es unánime, es en permitir que los servicios de reclamación sean ofrecidos de forma gratuita para las empresas, asumiendo el conjunto de la población, a través de impuestos, el coste del funcionamiento de las entidades públicas de resolución alternativa de litigios. Medidas como la que se está proponiendo por el gobierno de Cataluña, de cobrar a las empresas que acrediten un número importante de litigios, deben ser bien saludadas.

Desde otra perspectiva, la DRAL pretende incorporar a las entidades RAL unos elementos de calidad en el servicio ofrecido que con seguridad determinarán una mayor exigencia de financiación, algo en lo que la empresa privada podría prestar ayuda. Ante ello, la transposición proporciona al legislador español la oportunidad de plantearse el grado de acceso que ha de tener la iniciativa privada en la provisión de esta de servicios. Para tomar esta decisión puede ser de interés advertir no solo que en otros países de la Unión Europea ya operan entidades privadas de manera general, sino también que las entidades que reciban su acreditación en otros Estados miembros de la Unión Europea podrán entrar a conocer, sin problema, de litigios de consumo que afecten a consumidores que

tengan su residencia en España. La iniciativa privada, por lo demás, podría ayudar a que las TICs sirvieran, del mejor modo posible, a la resolución de los litigios.

#### **1.4 ACOGIDA POR EL SISTEMA ESPAÑOL DE LAS ENTIDADES DE RESOLUCIÓN FINANCIADAS POR LOS EMPRESARIOS OBJETO DE LA RECLAMACIÓN**

La DRAL excluye de su ámbito de aplicación a las entidades RAL financiadas por la empresa contra la que se ha presentado la reclamación. No obstante, debido especialmente a la presión de la delegación francesa, la redacción final de la DRAL contempla que los Estados miembros pueden autorizar los procedimientos ante esta clase de entidades RAL como procedimientos sometidos a la DRAL. En tal caso, tal y como previene el art. 2.2 a) DRAL, el legislador tendrá que prestar especial atención a la necesidad de exigir el cumplimiento de garantías adicionales de independencia, aquellas a que se refiere el art. 6.3 DRAL. Si bien en España no existe una tradición general respecto de este tipo de mediación, sí que cabe detectar alguna figura, como la del defensor del cliente, cuya fisonomía responde a esa caracterización. Para que esta figura pueda seguir funcionando en el futuro como entidad RAL será preciso, para cumplir con el mandato de la DRAL, que el legislador español, en la norma de transposición de la Directiva, lleve a cabo las siguiente dos actuaciones. Por una parte, deberá autorizar expresamente a esta clase de procedimientos. Por otra, deberá incorporar a su legislación las garantías adicionales de independencia a que se refiere el art. 6.3 DRAL. La figura del defensor del cliente y del asegurado han revelado hasta ahora un funcionamiento muy satisfactorio, por lo que parece prudente que el legislador español, en la ley de transposición, habilite el marco normativo necesario para que, al menos esta figura, pueda optar a la acreditación europea.

Más allá de esto, una cuestión diferente es la relativa a si debería crearse un cauce legal para fomentar el desarrollo de esta clase de entidades RAL, lo que indudablemente favorecería que fueran las propias empresas las que se ocuparan de financiar el coste de estos servicios, lo que puede ser considerado como positivo. Frente al riesgo de poner en entredicho el respeto al principio de independencia, las previsiones que contempla el art. 6.3 DRAL creemos que son lo suficientemente rigurosas para conseguir que quede garantizado. Si a ello se le suma la posibilidad que existe de limitar a actividades de mediación las funciones de esta clase de entidades, no tendría por qué existir excesivo recelo a la hora de promover la creación de esta clase de entidades de resolución.

#### **1.5 VARIACIÓN ENTRE LOS ESTÁNDARES DE CALIDAD A CUMPLIR POR LAS DIFERENTES ENTIDADES RAL QUE OBTENGAN SU ACREDITACIÓN EN ESPAÑA**

Tal y como indica el art. 2.3 DRAL, esta “establece requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa”. No obstante “a fin de asegurar un mayor nivel de protección de los consumidores, los Estados miembros podrán mantener o introducir normas que vayan más allá de lo dispuesto en la presente Directiva.” Este componente abierto de los mandatos de la

DRAL en nuestra opinión puede ser legítimamente manejado por el legislador estatal de dos modos diferentes: de acuerdo con una primera alternativa de regulación, el legislador español puede decidir, directamente, elevar el nivel de protección de los consumidores exigido por nuestro país en relación con el contemplado por la DRAL. De esta manera, resulta compatible con la DRAL una previsión nacional que establezca, para todas las entidades RAL, la necesidad de cumplir con un requisito, adicional a los impuestos por el Derecho europeo.

Por poner solo un ejemplo, cuando el artículo 7 DRAL establece la información que, como mínimo, ha de hacer pública una entidad RAL, en ningún momento se hace alusión a la publicación de las decisiones dictadas, singularmente cuando estas son vinculantes. Sin embargo, el conocimiento de las soluciones que han sido dadas a casos similares resulta positivo para la generación de expectativas de solución, tanto en consumidores como empresarios, y es un elemento con vocación para reducir el nivel de litigiosidad. De este modo, el requisito relativo a garantizar la publicación de las decisiones es un factor que, sin perjuicio de la legislación de protección de datos, favorece la posición del consumidor.

Con arreglo a una segunda opción de técnica legislativa, el legislador puede considerar a los requisitos contemplados por la DRAL, dentro de su ley de transposición, como condiciones mínimas a cumplir por las entidades RAL, habilitando al mismo tiempo la opción de que puedan establecer, en sus reglamentos de procedimiento, elementos aptos para incrementar el nivel de protección mediante el cumplimiento de requisitos adicionales, como sería en este caso la publicación de las decisiones. Esta opción legislativa nos parece más conveniente, pues hace posible que, en cada momento, los reglamentos que regulan los procedimientos ante entidades RAL puedan ser adaptados a las últimas y nuevas necesidades que se descubran y que supongan una mejora de la posición del consumidor, sin necesidad de tener que contar con una reforma legislativa *ad hoc* para cada caso. Para la implantación de esta segunda opción legislativa únicamente sería necesario establecer en la ley que los requisitos legales se configuran como requisitos mínimos a cumplir por las entidades RAL para obtener la acreditación europea, siendo posible que los reglamentos de procedimiento incorporen requisitos adicionales siempre que a través de ellos se logre una mejor satisfacción de los intereses de los consumidores.

## **1.6 LA TRANSPOSICIÓN DE LA DRAL: UNA OPORTUNIDAD PARA DAR IMPULSO Y DESARROLLO JURÍDICO A LA MEDIACIÓN DE CONSUMO**

El Derecho europeo no manifiesta preferencia por ninguno de los métodos de solución que pueden aplicar las entidades de resolución alternativa de litigios (art. 2.4 DRAL). En esta situación, el legislador español podrá optar por permitir que las entidades RAL que reciban su acreditación en España puedan dictar decisiones vinculantes para ambas partes, tal y como ocurre con el arbitraje de consumo en la actualidad, por limitar el carácter vinculante de la decisión a una de las partes (tal y como ocurre con las decisiones del defensor del cliente o de la Oficina de Atención al Usuario de Telecomunicaciones), o por facilitar el entendimiento entre las partes a través de la conciliación o la mediación. Al mismo tiempo, se deberá decidir si estos diferentes métodos quedan disponibles para toda clase de entidades. Esto parece que

no será así, pues conservando la tradición existente, todo apunta a que el legislador español se decantará por permitir el arbitraje de consumo llevado a cabo por entidades institucionales de carácter público, tal y como viene sucediendo hasta ahora. A las entidades privadas que puedan acceder a la provisión de esta clase de servicios no se les permitirá en cambio el acceso a este método de solución.

En un sistema, como el español, en el que la eficacia de la actividad desempeñada por las juntas arbitrales de consumo ha quedado contrastada, sin duda existen razones fundadas para no apartarse de ese patrón, incluso aunque las entidades privadas que existan, o puedan llegar a existir, dan cumplida respuesta a los requisitos aplicables a todas las entidades RAL que accedan a la acreditación europea. No obstante, el momento actual de transposición de la DRAL proporciona al legislador español la oportunidad de dotar a la mediación de consumo de un régimen más claro y que contribuya a lograr una resolución más ágil y flexible de los casos, incorporando a tales procedimientos, sobre todo, las cautelas que recoge la DRAL en su art. 9. Si bien es cierto que los logros del arbitraje de consumo en el sistema español han sido importantes, la visión de los sistemas de resolución alternativa de litigios existentes en el Derecho comparado, especialmente en los Estados miembros de la Unión Europea, permite observar una tendencia clara hacia la promoción de los cauces de diálogo y de acuerdo, entre las partes del litigio, para poner punto y final a la reclamación. Si el sistema español de entidades RAL va a seguir basado, fundamentalmente, en las juntas arbitrales de consumo, el legislador debería aprovechar la transposición de la DRAL para hacer un desarrollo de la mediación previa que tiene lugar antes del arbitraje.

## **1.7 LA ADHESIÓN OBLIGATORIA DE LAS EMPRESAS A LAS ENTIDADES RAL**

La DRAL tampoco realiza ninguna clase de opción en lo que respecta a si las empresas han de adherirse de forma voluntaria a la hora de participar en un procedimiento ante una entidad RAL o si, por el contrario, están obligadas a participar. La DRAL se muestra ajena a esta clase de decisión, que se deja en manos del Derecho europeo sectorial y de criterios de política legislativa propiamente estatales. Las implicaciones de establecer la adhesión obligatoria de las empresas a procedimientos ante entidades RAL son importantes, pues en este caso queda limitado el “refugio” que para una empresa puede suponer el tener que esperar a ser demandada antes órganos jurisdiccionales. Sin duda alguna ello produce una alteración de las reglas del juego. No obstante, una sensibilización social importante frente a determinado tipo de casos (ad. ex. como los relacionados con la compra de preferentes o acciones por parte de consumidores con escasos conocimientos financieros) puede ser un elemento determinante para que el Parlamento coja el testigo y modifique la regla general del acuerdo necesario para participar en un procedimiento ante una entidad RAL. En cualquier caso, en caso de que el legislador español opte por establecer la participación obligatoria de las empresas de un concreto sector ante una determinada entidad RAL, lo idóneo sería que dicha obligación fuera establecida por ley. Para favorecer el conocimiento de esta obligación, sería conveniente que tal clase de previsión fuera contenida en la ley española de transposición de la DRAL.

## **1.8 INCIDENCIA DEL FACTOR TERRITORIAL SOBRE LA TRANSPOSICIÓN ESPAÑOLA DE LA DRAL**

Por último, respecto del elemento territorial, en la medida en que la DRAL es de aplicación tanto a los supuestos de arbitraje como a aquellos en los que la solución no es vinculante para el consumidor (ad. ex. mediación y conciliación de consumo), cabrá apreciar la existencia de cierta concurrencia de competencias legislativas del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre materias que están reguladas por la DRAL. Ello es así pues muchas comunidades autónomas han asumido competencias en materia de mediación de consumo. A la hora de realizar la transposición el legislador tendrá que sopesar las posibles disfuncionalidades que puede acarrear la co-existencia de regulaciones distintas, con la posibilidad de dar legitimación a una legislación del Estado a través de un título competencial.<sup>8</sup> En esta misma perspectiva territorial, el legislador deberá decidir entre la oportunidad de contar con autoridades competentes en cada comunidad autónoma para evaluar las solicitudes de evaluación como entidad RAL con arreglo a la DRAL, de optar por la existencia de una única autoridad competente a nivel estatal, o finalmente de disponer de una autoridad competente con competencia general y de varias para que se ocupen de la evaluación y seguimiento de las entidades RAL existentes en un concreto sector de reclamaciones de consumo. Una y otra clase de entidades resulta compatible con la letra del art. 18.1 DRAL, si bien cabe entender que la previsión de la DRAL estaba más bien pensada para una división de este segundo tipo.

## **2. UN DIAGNÓSTICO PRELIMINAR**

La aprobación de la legislación española de transposición de la DRAL y el Reglamento RLL se encuentra a la espera de que sea resuelta la situación de bloqueo político que está experimentando España desde diciembre de 2015, y que continúa a día de hoy en septiembre de 2016. Aunque, a falta de un Gobierno en plenas funciones el parlamento podría presentar una proposición de ley al Congreso, no hay visos de que esta vía de iniciativa legislativa vaya a ser utilizada por un parlamento tan dividido como el actual.

La DRAL ofrece al sistema español la oportunidad de realizar una revisión del conjunto del sistema de resolución alternativa de litigios de consumo, no solo promoviendo la solución ágil sino también favoreciendo la evitación de los litigios a través de la recopilación de información y fomentando la información del consumidor. La DRAL deja un margen amplio a los Estados miembros para la adaptación de su legislación estatal a las exigencias del Derecho europeo. El nuevo marco europeo tiene en cuenta no solo las tradiciones existentes en cada Estado miembro sino que permite también la incorporación de las mejores prácticas existentes en los Estados miembros. De acuerdo con esto, para la transposición el legislador español debería tener en cuenta la experiencia de los responsables de la

---

<sup>8</sup> Esta se podría encontrar en el principio de especialidad. O también en la competencia del Estado para legislar a fin de armonizar las competencias legislativas de las comunidades autónomas (art. 150.3 CE).

gestión de la resolución alternativa de litigios de consumo, así como de todos los interesados.

España cuenta en la actualidad con un número alto de entidades RAL de carácter público, que se extienden por la mayoría de las administraciones territoriales, tanto a nivel nacional, como regional, provincial y local. Sin embargo, el grado de adecuación de estas entidades con la Directiva RAL varía. Cabe afirmar que este nivel es muy alto respecto de los servicios de resolución ofrecidos por la Oficina de Atención al Usuario de las Telecomunicaciones y también por tres entidades RAL públicas existentes en el ámbito de los servicios financieros. En estos casos cabe apreciar un cumplimiento alto de los principios de independencia, de transparencia y de conocimientos especializados, si bien las carencias se muestran sobre todo en el ámbito del tiempo que suele tardar la emisión de la resolución. En estos casos resulta de especial interés que las entidades RAL mencionadas se ocupan de publicar información importante sobre los litigios ya resueltos y también hacen disponible al público, a través de internet, informes anuales sobre su actividad, que contiene los criterios seguidos por las resoluciones así como los problemas más frecuentes detectados y la solución que han de recibir.

Las juntas arbitrales de consumo se puede considerar que se encuentran en el siguiente escalón en su conformidad con los niveles de calidad que exige el Derecho europeo para las entidades RAL, si bien esta valoración no puede ser realizada de manera general pues las juntas arbitrales, en la práctica, y a pesar de que todas actúan de acuerdo con el acuerdo suscrito con AECOSAN, actúan de manera autónoma en un sistema que, aunque con elementos unificados, se caracteriza por su carácter descentralizado. Cabe destacar que, en la actualidad, los laudos de las juntas arbitrales de consumo no son publicados, a excepción de aquellos que se tramitan a través de Confianza online para las reclamaciones presentadas ante esta entidad RAL relacionadas con el comercio en línea. Además, las juntas arbitrales, ni individualmente ni tampoco AECOSAN de forma colectiva, no hacen pública información sobre su actividad en el sentido exigido por la DRAL. En muchísimos casos, las empresas adheridas a las juntas arbitrales tampoco hacen pública esta adhesión, por lo que en este punto el régimen español se verá sacudido como consecuencia de los deberes de información que establece la DRAL y que recaen sobre los empresarios. Por último, el régimen de las juntas arbitrales sufre en la actualidad cierta dosis de incertidumbre en lo que se refiere a la fase de mediación previa a la de arbitraje, pues las juntas arbitrales siguen criterios dispares en lo que se refiere a las modalidades de esta mediación (que en ocasiones incluyen conversaciones telefónicas informales con la empresa) que, en muchos casos, se encuentran no logran cumplir con todas las exigencias que dimanar del principio de equidad tal y como es proclamado por el artículo 9 de la DRAL (ad. ex. establecimiento de un periodo de reflexión, información al consumidor de la posibilidad de retirarse del procedimiento, etc). Este mismo problema también se detecta en las mediaciones que llevan a cabo las OMICs. Respecto del resto de las entidades RAL públicas tales como el Ministerio de industria, energía y turismo y el ministerio de fomento, o la agencia estatal de seguridad aérea, resulta difícil acceder a información sobre su actividad y sobre su impacto cuantitativo sobre el sistema en su conjunto. La acreditación de estas entidades deberá tener en cuenta especialmente las exigencias del principio de transparencia, algo que hoy en día se echa en falta. En cualquier caso, la legislación estatal debería hacer mención expresa de cuáles serán

las entidades RAL públicas que accederán a la acreditación, a fin de que esta cuestión no quede sometida a una voluntad política cambiante.

Aunque no exista una regulación de la mediación de consumo, en la actualidad esta actividad se lleva a cabo por muchas asociaciones de consumidores, entre ellas principalmente FACUA, OCU o ADICAE. El grado de cumplimiento que hacen estas entidades RAL de los requisitos establecidos por la DRAL a veces es alto (por ejemplo en lo que se refiere a la exigencia de que los mediadores sean abogados o que tengan al menos un diploma de Derecho). El nivel es inferior en lo que se refiere al cumplimiento del principio de transparencia, pues en ocasiones no resulta apenas posible tener acceso a las normas de procedimiento que utilizan, que solo está disponible para los propios mediadores en el caso de FACUA. Por otra parte, los informes disponibles no ofrecen información sobre los problemas recurrentes, aunque esto puede ser reprochado más a las carencias del marco normativo existente que a las propias asociaciones de consumidores.

Por otra parte, en España existen ejemplos de defensores del cliente financiados por las empresas (en el sector de los servicios financieros, pero también específicos tales como el de Telefónica, Endesa o Aguas de Barcelona). La legislación Española deberá clarificar cuál habrá de ser el régimen de estas entidades y si podrán o no acceder a la acreditación teniendo en cuenta que, salvo en Francia, en la mayoría de los Estados miembros la acreditación de estas figuras ha sido excluida. En concreto, la futura legislación deberá pronunciarse sobre el papel que corresponderá a las entidades privadas, especialmente aquellas financiadas por la empresa reclamada. Habrá que tener en cuenta los esfuerzos que estas empresas están haciendo en el ámbito de la resolución alternativa de litigious de consume.

Por otra parte, el legislador español no debe olvidar que falta la transposición de la Directiva de mediación, que no ha sido transpuesta en lo que afecta a la mediación de consumo, lo que genera una laguna importante en el sistema.

Si bien parece claro que en el futuro Sistema el arbitraje de consume está llamado a tener un gran papel, el legislador tendrá que tener en cuenta que será preciso que cada junta arbitral solicite su propia acreditación. Corresponderá a AECOSAN dirigir estas solicitudes y financiar a las juntas arbitrales en lo necesario para permitir su conversión en entidades europeas. El reto de transposición de la DRAL en el sistema español es cómo dar los pasos necesarios contando con la colaboración de todos los interesados. El éxito dependerá de que el legislador sepa mantener lo mejor de la caracterización del Sistema desarrollando al mismo tiempo las innovaciones del Derecho europeo.

**Convidado**



## **ANÁLISE DAS DIRETRIZES DO SUBSISTEMA DE SAÚDE INDÍGENA NO ESTADO DE ALAGOAS, BRASIL.**

### **ANALYSIS OF GUIDELINES OF THE INDIGENOUS HEALTH SUBSYSTEM IN THE STATE OF ALAGOAS, BRAZIL.**

*Jorge Luiz Gonzaga Vieira<sup>1</sup>*  
*Alexsandra Santos Liberal Leite<sup>2</sup>*

**Resumo:** Neste artigo, encontra-se estudado o direito à saúde indígena, por normas pouco analisadas no sistema jurídico brasileiro. Para isto, foi investigada sua construção histórica e foram coletados documentos e registros verbais por trabalho de campo frente aos povos de Alagoas.

**Palavras-chave:** Indígenas; Saúde; Alagoas

**Abstract:** In this article, the right to indigenous health is studied, by norms little analyzed in the Brazilian legal system. For this, its historical construction was investigated and verbal documents and records were collected for field work in contact with Alagoas peoples.

**Keywords:** Indigenous; Health; Alagoas

**Sumário:** Considerações Iniciais 1. A relevância das Conferências sobre saúde indígena. 2. A distribuição e aspectos históricos das etnias indígenas no estado. 3. A relação dos povos indígenas com gestores de saúde. Considerações Finais. Referências.

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

O presente estudo visa à análise dos expressivos processos de conquistas indígenas no tocante às diretrizes do subsistema de saúde indígena no estado de Alagoas a partir da implantação estabelecida através da Lei nº 9.836/99, de 23 de setembro de 1999- estabelece o Subsistema de atenção à Saúde dos povos indígenas no âmbito do Sistema Único de Saúde, SUS.

Os direitos indígenas têm sede constitucional e são de competência federal, sendo assim cabe ao Ministério da Saúde à responsabilidade pela gestão e direção da Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (PNASI). A respeito da assistência à saúde indígena verifica-se a realização de 5 conferências, com o objetivo de discutir e a realidade das comunidades.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Comunicação Social, habilitação em Jornalismo, pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL); formação acadêmica em Filosofia (FJP/RJ) e Teologia (PUC/RJ), e mestrado em Desenvolvimento Local pela Universidade Católica Dom Bosco (UCDB/MS); Dourando Université Stendhal Grenoble 3 (França). Membro do Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e professor do Centro Universitário Cesmac. Tem experiência profissional nas áreas de Comunicação Social, Antropologia, Assessoria Parlamentar e Teoria Política E-mail: jgonzagavieira@gmail.com

<sup>2</sup> Graduanda em Direito Centro Universitário Cesmac. E-mail: alexsandraleite@gmail.com

Paralelo ao estudo histórico do sistema jurídico brasileiro, por leis e portarias que constituem suas normas sobre questões pertinentes à saúde indígena, foi realizada pesquisa de campo. O objetivo foi constatar como se situam os direitos de nações indígenas de Alagoas sobre sua integridade física, respeito a tradições no âmbito da saúde e direito à saúde.

Durante pesquisa de iniciação científica, foram realizadas visitas a aldeias do estado, pelo menos uma vez por mês. Nestes momentos, foram realizadas entrevistas informais, não estruturadas, coletando casos sobre o subsistema de saúde indígena.

## **1. A RELEVÂNCIA DAS CONFERÊNCIAS SOBRE SAÚDE INDÍGENA**

A primeira conferência nacional sobre saúde indígena (CNSPI) foi um marco, a primeira vez em que o Estado reuniu representantes de várias nações indígenas, órgãos públicos e organizações da sociedade civil que atuam em apoio à causa indígena, com o objetivo de discutir uma proposta de Diretrizes relativas à Saúde do Índio. Inicialmente tratou-se que o gerenciamento das ações e serviços de atenção à saúde para as nações indígenas, deverá ser da responsabilidade de um único órgão, criando-se uma agência específica para tal fim, com representação indígena. O objetivo da primeira CNSPI foi garantir a participação das nações indígenas através de seus representantes, na formulação da política, no planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações e dos serviços de saúde, além de assegurar o respeito e o reconhecimento das formas diferenciadas das nações indígenas no cuidado com a saúde.

A segunda conferência realizada em 1993 consolidou o processo político deflagrado na 1ª CNSPI, com a definição dos princípios e diretrizes do Modelo de Atenção Diferenciado para a Saúde do Índio, que determinou a forma de acesso dos cidadãos indígenas ao Sistema Único de Saúde. Nesta conferência destacou-se a necessidade de adequação do SUS as especificidades das sociedades indígenas.

O grande avanço da 3ª Conferência foi à participação ativa das pessoas indígenas, especialmente dos profissionais de saúde. Contribuiu para a expressão desta mudança qualitativa das conferências a existência de equipamentos de tradução simultânea. Na 4ª conferência nacional de proteção à saúde indígena Foi solicitado aos representantes indígenas que apresentassem sua avaliação a respeito da conferência, onde os mesmos enfatizaram a precária situação da saúde indígena no Brasil, mesmo em processo de melhoria.

A 5ª Conferência Nacional de Saúde Indígena teve como tema central “subsistema de atenção à saúde indígena e sus: direito, acesso, diversidade e atenção diferenciada”, com ênfase para Atenção Integral e Diferenciada nas Três Esferas de Governo (gestão, recursos humanos, capacitação, formação e práticas de saúde e medicinas tradicionais indígenas); Controle Social e Gestão Participativa; Etnodesenvolvimento e Segurança Alimentar e Nutricional; e Saneamento e Edificações de Saúde Indígena.

## **2. A DISTRIBUIÇÃO E ASPECTOS HISTÓRICOS DAS ETNIAS INDÍGENAS NO ESTADO**

Em Alagoas é possível identificar a existência de 12 etnias indígenas: Pankararu, Aconã, Geripankó, Kalankó, Karapotó, Kariri-Xokó, Katökinn, Karuazu, Koiupanká, Tingui-Botó, Wassu-Cocal, Xukuru-Kariri, totalizando uma população de aproximadamente 14 mil indígenas distribuídos em 23 aldeias.

Com o sistema definido em nível nacional, os povos indígenas em Alagoas começam a reivindicar pela garantia dos direitos constitucionais desde a década de 1940. Por muito tempo os povos indígenas foram tidos como um objeto de negociações para os portugueses, além de serem utilizados como mão de obra barata e prestadores de serviço militar. Desde o período colonial, os portugueses adotaram uma política indigenista/integracionista que visava à civilização do indígena através da catequese. Tal política tinha como interesse principal a ocupação das terras e a utilização de mão de obra.

A história do Brasil escrita é reduzida a partir do desembarque dos europeus. Com o “descobrimento” os colonizadores negaram a existência de centenas de povos. (...) A concepção etnocêntrica foi consolidada pela Cora Portuguesa, cujos interesses comerciais e religiosos submeteram a diversidade étnica. (VIEIRA, 2007, p. 13).

A primeira Lei com o objetivo de ocupar as terras indígenas foi a Lei de Terra 601, de 18 de setembro de 1850, a mesma tinha como objetivo autorizar a colonização e aldeamento dos índios considerados selvagens, índios que ofereciam qualquer tipo de resistência à catequização, uma vez que através deste processo, tornava-se obrigatório aceitar as crenças e culturas dos portugueses colonizadores. Assim se encontram suas normas:

### **LEI Nº 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850.**

Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das que são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais. bem como por simples título de posse mansa e pacífica; e determina que, medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Art. 12. O Governo reservará das terras devolutas as que julgar necessárias: 1º, para a colonização dos indígenas; 2º, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaisquer outras servidões, e assento de estabelecimentos públicos; 3º, para a construção naval.

([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm))

Os registros históricos retratam as grandes dificuldades sofridas desde o período colonial. Ressaltando-se ainda os diversos entraves e perseguições por parte dos usineiros, fazendeiros e políticos. Estas originadas devido ao território ocupado. A consequência desta disputa territorial resultou em um decreto provincial e imperial. O Ex Sr. Dr. Luis Rômulo Peres Moreno, onde o mesmo decretou a extinção de todos os aldeamentos existentes no território alagoano com a finalidade de tomar posse do território indígena pertencente na antiga província, após a publicação

deste a proteção à vida e dignidade humana dos povos indígenas foram diretamente afetadas.

O Presidente da Província autorizado pelo aviso do Ministério dos Negócios da Agricultura, Comércio e Obras Públicas datado de 17 de junho último, sob o nº3, declara extintos todos aldeamentos de índios existentes nesta mesma Província, ficando incorporadas às terras de domínio público as sesmarias pertencentes aos referidos aldeamentos, na conformidade do aviso citado, e determina que neste sentido se espessam as necessárias comunicações às autoridades competentes, a fim de se tornar efetiva semelhante providencia. Palacio do Governo das Alagoas, Maceió, 03 de julho de 1872. a.a Silvino Elvidio Carneiro Cunha. (A.P.A Diversas autoridades da Província. Correspondência Ativa. Livro 280. Estante 20. 1872)

É possível perceber a importância territorial para os povos indígenas, pois é através desta que os mesmos desenvolvem sua cultura e esta é fator primordial para execução dos direitos e garantias constitucionais. Haja vista que a terra, demarcação territorial, é fonte, considerada a mãe que zela por seus filhos. Com a seguridade do território demarcado os povos podem lutar por seus direitos, principalmente os que dependem desta para ser executado, como saúde e educação.

A terra foi que nem eu falei, nós tem que ter a terra, se nós tem a terra, nós tem a saúde, é medicina que precisa de ter, hoje esse ano nós pra pegar o ritual nosso, comprar os croá, tem que compra fora pra poder fazer o ritual e fica na amba de uns trezentos reais, só uma roupa só, porque nós temos que comprar os croá fora, compra lá a uma pessoa do sem-terra que mora lá nos óio d'gua, se nós tivesse a terra, quer dizer que nós tinha o que é nosso né, nós tinha de onde tirar e os remédio hoje não pode mais plantar os remédios, hoje eu ainda planta uns pezinho de remédio mais fácil, mas hoje você tem que ter a sua terra pra você uma reservinha nem que seja pequena indígena né, porque quando você precisa da medicina você já sabe pra onde vai, até a noite você vai, se precisar você vai, é por isso que eu digo que bastando a terra nós tem tudo, agora se não tiver a terra as coisa fica com um passo mais devagar.( Silva, Antônio José. Pajé Karuazú. Relato fornecido através de pesquisa de campo)

Alguns indígenas relataram a falta de comprometimento dos governos estadual e federal com a saúde indígena e quaisquer garantias constitucionais, principalmente sobre a demarcação territorial.

Esta demarcação é um dos principais pontos abordados pelos povos de Alagoas, pois sem terra não há como ter os demais acessos e se desconstitui o espaço para as práticas simbólicas que garantem a identidade dos integrantes dos povos. Quando há, é sob grande dificuldade para o acesso.

Conforme Altini, Rodrigues, Padilha, Moraes, Liebgott, sobre os sistemas tradicionais de saúde indígena:

Os povos indígenas desde os tempos anteriores à colonização europeia possuem seus sistemas tradicionais de saúde indígena, que articulam os diversos aspectos da sua organização social e da sua cultura, a partir do uso das plantas medicinais, rituais de cura, e práticas diversas de promoção da saúde, sob a 235 responsabilidade de pajés, curadores e parteiras tradicionais. As medicinas tradicionais indígenas obedecem a níveis de causalidade e itinerários

terapêuticos distintos do modelo biomédico ocidental, e procuram restabelecer o equilíbrio entre indivíduo e o mundo. (2013, p 7).

Em 1910 foi instituído o Sistema de Proteção ao Índio (SPI), que tinha por finalidade a proteção e integração dos povos indígenas à sociedade. O órgão possuía vínculo com o Ministério da Agricultura. Neste período a assistência à saúde ainda era realizada de forma desorganizada. Não havendo métodos preventivos ou curativos, e sim, apenas emergenciais.

O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN, a partir de 1918 apenas SPI) foi criado, a 20 de junho de 1910, pelo Decreto nº 8.072, tendo por objetivo prestar assistência a todos os índios do território nacional (<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi>)

Além do processo de reivindicação, os indígenas também denunciam o desrespeito e a omissão das políticas indigenistas e órgãos governamentais em busca da melhoria da qualidade de vida das comunidades. Em vista disso, observa-se uma mudança significativa na legislação com a promulgação da Constituição de 1988, com a garantia dos direitos e a relação com Estado, como constata-se no art. 231, onde expressa que *são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.*

Em 1940 ressurgiu a luta pelas garantias de proteção indígena, porém ainda há um grande fosso entre a realidade indígena e as diretrizes atuais do subsistema de saúde em nível do atendimento curativo, preventivo e quanto ao apoio e valorização do conhecimento da medicina tradicional. Além disso, alguns profissionais de saúde indígena estão em desacordo com as exigências de empregabilidade referente ao subsistema, havendo a terceirização de serviços e apoio de programas governamentais temporários.

Em 1953 o SPI criou mais um plano de saúde, onde os médicos teriam que prestar uma maior assistência aos povos indígenas, visitando os postos pelo menos duas vezes ao mês, ressaltando a manutenção de farmácia nos postos. Porém, esse foi mais um projeto desconsiderado. A saúde indígena continuava muito bem nos planos, nos projetos, na documentação, mas quando se analisava a prática ela se encontrava em total negligência. Durante aquela época um dos grandes problemas abordados em relação à saúde indígena era justamente o fato dos índios se negarem, por não ser propagado o conhecimento dos benefícios medicinais, a serem medicados e atendidos pelos médicos, enfermeiros e dentistas, eles continuavam a procurar os pajés e os curandeiros de suas aldeias, onde muitas vezes suas prescrições contrariavam a ciência médica.

Em 1967 foi criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) decorrente das denúncias contra o SPI, bem como as Equipes Volantes de Saúde (EVS) cujo tipo de ação era prestação de serviços médicos esporádicos, vacinação, supervisão das EVS. Vale salientar que os EVS existiram até a década de 1970.

A realização do atendimento de saúde indígena passou por diferentes órgãos de responsabilização, as diretrizes sofreram modificações e descumprimentos.

A descentralização de poder do Órgão indigenista, a FUNAI, se deu no governo do ex-presidente Fernando Collor, com o Decreto 23/90. Onde boa parte de suas atribuições foram retiradas, redistribuindo pessoal e estrutura física para as secretarias municipais de saúde. Em 1994 houve a revogação do Decreto nº 23/90 e edição do Decreto 1.141, o qual devolveu à FUNAI a responsabilidade no que diz respeito à saúde indígena. A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, é um grande marco neste sentido:

#### CAPÍTULO V

##### Do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei.

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela Lei no 8.142, de 28 de dezembro de 1990, com o qual funcionará em perfeita integração.

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País.

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações.

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado.

§ 1º O Subsistema de que trata o caput deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas.

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações.

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde.

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso.

([http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19836.htm) - grifos nossos)

No governo do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, foi implantado um processo de terceirização na assistência com a flexibilização na forma de contratação dos servidores. A terceirização instaurou uma nova dinâmica nas relações de trabalho, que afetou os direitos dos profissionais e indígenas, precarizando o atendimento e aumentando a ocorrência de acidentes e doenças.

A Convenção 169 Organização Internacional do Trabalho expressa que os sistemas de saúde indígenas devem dar preferência ao emprego ao pessoal das comunidades locais. Todas essas informações são encontradas no artigo 25 da Convenção 169:

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.
2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.
3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.
4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país. (2011, p. 33 e 34).

Em face de omissão do governo federal em realizar e administrar uma política adequada de atenção a saúde indígena, em 1997 a Comissão Intersetorial de Saúde Indígena do Conselho Nacional de Saúde (CISI/CNS), requereu a intervenção do Ministério Público Federal, sendo assim, em audiência realizada em novembro, ficou expresso que a responsabilidade originada na Constituição Federal pela atenção à saúde indígena era do Ministério da Saúde em âmbito federal, e que qualquer ato disposto contrário por instituições vinculadas ao SUS em realizar a prestação da assistência seria ato ilícito.

Sendo assim, em 1999 teve origem a Lei Arouca, Lei nº 9.836/99, de 23 de setembro que estabelece o Subsistema de atenção à Saúde dos povos indígenas no âmbito do Sistema Único de Saúde, SUS. A lei foi escrita pelo Deputado Sérgio Arouca, reconhecido como uma das lideranças da Reforma Sanitária. A lei regulamenta as diretrizes da 2ª CNSI, trazendo a responsabilidade da saúde indígena ao Ministério Público de forma exclusiva.

Considerando que a rede do SUS deverá ser referência para a atenção integral à saúde da população indígena, devendo para isso promover adaptações necessárias na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem às populações indígenas, propiciando a integração e o atendimento necessário em todos os níveis de assistência de maneira que contemplem as especificidades dessas comunidades. ([http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files\\_mf/Pm\\_1088\\_2005.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/Pm_1088_2005.pdf))

Através da Portaria Nº 1.088/GM de 4 de julho de 2005, instituída no governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que dispõe sobre a definição dos valores do incentivo financeiro de atenção básica de saúde aos povos indígenas e sobre a composição e organização das equipes multidisciplinares de atenção à saúde indígena.

### 3. A RELAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS COM GESTORES DE SAÚDE

Apesar da existência de toda legislação de promoção e proteção à saúde indígena, a mesma ainda é desconsiderada por parte de alguns gestores de saúde pública. Principalmente quanto à luta pela melhoria do subsistema. É possível constar que muitos indígenas são acolhidos em cargos elevados em alguns setores dos órgãos e começam a receber salários em que lhes colocam em situação de comodismo.

No decorrer deste procedimento, algumas lideranças, ou parentes destas, começam a depender financeiramente do emprego e passam a silenciar a luta por seus direitos para garantir, mesmo que temporariamente, a situação econômica atual. Isto parte de relato dos próprios indígenas, que discordam com tal acontecimento e constataam através desta a vulnerabilidade social dos povos indígenas de alagoas. Que são tão deficientes e carentes em economia.

A organização das aldeias, política e social, combate este tipo de ato, porém é muito difícil extinguir em sua totalidade. Haja vista que os povos estão fragilizados e desunidos por falta de território suficiente para acolher toda a família ou etnia em um mesmo lugar. Devido a isto, muitos indígenas acabam indo para os municípios vizinhos em busca de melhores condições de vida. E acabam retornando para aldeia com menor frequência e em épocas em que ocorrem os rituais sagrados.

Os polos de saúde indígena em alagoas ainda não cumprem, em sua totalidade, com as exigências legais. Determinados serviços são terceirizados, não executados por profissionais indígenas e dependem de apoio de programas governamentais temporários, que não buscam a solução definitiva do problema e sim momentaneamente. Alguns povos reivindicam essas medidas temporárias e por vezes não aceitam que em seu polo de saúde dependam destes profissionais.

Sobre a terceirização do subsistema de saúde indígena é visto a tramitação do projeto de criação do Instituto Nacional de Saúde Indígena (INSI) este tem como finalidade a terceirização do serviço de saúde indígena, considerado inconstitucional de acordo com o Decreto nº 3.156, o mesmo em seu art. 1 expõe que: “A atenção à saúde indígena é dever da União e será prestada de acordo com a Constituição e com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, objetivando a universalidade, a integralidade e a equanimidade dos serviços de saúde”.

Os indígenas pouco sabem do projeto e afirmam que este está sendo realizado de forma obscura, haja vista que há inexistência de informações necessárias e suficientes para os maiores interessados. Conforme publicado pelo Conselho Indigenista Missionário:

Parecia o tempo dos coronéis a discussão desse instituto aqui’, relata uma Xukuru-Kariri que participou da reunião do Condisi Alagoas, entre os dias 25 e 26 de agosto, na capital Maceió. A apresentação do projeto do INSI, conforme outro indígena presente omitiu diversos pontos e não dirimiu sequer

as dúvidas dos presentes, representantes de 11 povos de Alagoas e um do Sergipe.

O governo vem tratando estas reuniões como parte do processo de consulta aos povos indígenas para a criação do instituto, driblando assim processo que tramita na 18ª Vara do Trabalho de Brasília e exige concurso público para a saúde indígena. O que se apura destes encontros, todavia, é o avesso daquilo que preconiza a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), onde o processo de consulta precisa ser definido junto aos povos de forma prévia e acontecer de maneira informada, com os prós e contras do projeto em questão; livre, sem ser acossado por interesses que não sejam os dos povos afetados. (<http://www.cimi.org.br/site/pt-br/index.php?system=news&action=read&id=7704>)

No ano de 2016 foi possível perceber a intensa luta dos povos indígenas em relação a implantação e discussão da terceirização da saúde indígena. No dia 19 de outubro de 2016 os indígenas da aldeia de Wassu Cocal, município de Joaquim Gomes, realizaram a interdição da BR 101-AI em motivo de protesto, reivindicando a ampliação do território, além de levantar os questionamentos de melhoria em educação e saúde. O povo realizou o apontamento de ser contra ao retrocesso do Governo Michel Temer e enfatizaram a militarização a Fundação Nacional do Índio que o mesmo governo trás em posicionamento.

No mesmo mês, dia 27, os indígenas realizaram outro protesto com a finalidade demonstrar posicionamento contrário à Proposta de Emenda Constitucional PEC 241, que limita os gastos públicos. Além disto, também foi pauta da reivindicação a Portaria 1907/16 que retira os poderes da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), que transmite as decisões ao Ministério da Saúde, retirando a autonomia das aldeias em questões pertinentes à saúde indígena.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Conclui-se portando ressaltando as descon siderações legais existentes referente à análise das diretrizes do subsistema de saúde indígena em alagoas, enfatizando em caráter histórico e antropológico à resistência indígena quando a luta pelos direitos e garantias constitucionais. A legislação vigente referente à lei arouca não é vista com eficácia em sua aplicabilidade, trazendo aos povos indígena do estado a mesma insegurança histórica evidenciada.

Além disto, pode-se observar a existência do plano de terceirização já aplicado ao subsistema de saúde indígena, bem como as medidas temporárias existentes. A assistência a saúde indígena, conforme reconhecimento constitucional e a legislação ordinária, deve ser diferenciada e específica, atentando a estruturação dos Polos e a composição das multidisciplinares. O estudo foi direcionado a fim de verificar a obediência dos princípios e garantias, tendo por base os aspectos preventivos e curativos, e a disciplina ridade em respeito à cultura indígena e suas especificidades religiosas.



\_\_\_\_\_. Jusbrasil. **Decreto nº 1.141, de 5 de maio de 1994**. Disponível em: <<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111201/decreto-1141-94>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde – Biblioteca Virtual em Saúde. **Portaria nº 1.088/GM de 4 de julho de 2005**. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1088\\_04\\_07\\_2005.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2005/prt1088_04_07_2005.html)>. Acesso em: 16 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde – Biblioteca Virtual em Saúde. **Portaria nº 479, de 13 de agosto de 2001**. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/fnsa/2001/prt0479\\_13\\_08\\_2001.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/fnsa/2001/prt0479_13_08_2001.html)>. Acesso em: 16 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde – FUNASA. **Boletim Informativo Especial: a FUNASA em ação nos quatro cantos do país**. Dezembro de 2007. Edição nº 5. Disponível em: <[http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files\\_mf/blt\\_acao.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/files_mf/blt_acao.pdf)>. Acesso em: 15 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde – Secretaria de Assistência à Saúde. **Portaria nº 2.656, de 17 de outubro de 2007**. Dispõe sobre as responsabilidades na prestação da atenção à saúde dos povos indígenas, no Ministério da Saúde, e regulamentação do incentivo de Atenção Básica e Especializada aos Povos indígenas. Disponível em: <<http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port20007/GM/GM-2656.htm>>. Acesso em: 16 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal. **Portaria Nº 852, de 30 de Setembro de 1999**. Disponível em: <[http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-detrabalho/saude/docs\\_legislacao/portaria\\_852\\_1999.pdf](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-detrabalho/saude/docs_legislacao/portaria_852_1999.pdf)>. Acesso: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto – Casa Civil. **Decreto Nº 5.051, de 19 de Abril de 2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto – Casa Civil. **Lei 601, de 18 de setembro de 1850**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L0601-1850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto – Casa Civil. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm)>. Acesso em: 25 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. Palácio do Planalto – Casa Civil. **Lei 9.836 de 23 de setembro de 1999**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19836.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19836.html)>. Acesso em: 16 de março de 2016.

\_\_\_\_\_. **PORTAL BRASIL. Governo propõe criação de Instituto de Saúde Indígena.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2014/08/governo-propoe-criacao-deinstituto-de-saude-indigena>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

BROWN, Alfred Reginald Radcliffe-. **Estrutura e Função na Sociedade Primitiva.** Petrópolis: Editora Vozes, 2013.

BRUHL, LucienLévy-. **A Mentalidade Primitiva.** São Paulo: Editora Paulus, 2008.  
CASTRO, Eduardo Viveiros de. **O Papel da Religião no Sistema Social dos Povos Indígenas.** Cuiabá: Editora GTME, 1999.

SANTANA, Renato. Indígenas e servidores denunciam pressões e ameaças da Sesai para conseguir adesões ao INSI. **Conselho Indigenista Missionário.** 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/site/ptbr/index.php?system=news&action=read&id=7704>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

ELIADE, Mircea. **Initiation, rites, sociétés secretes.** Paris: Editora Gallimard, 1959.

FARIAS, Ivan Soares. **Doenças, Drama e Narrativas entre os Índios Jeripankó no sertão de Alagoas.** Maceió: Edufal, 2011.

GENIOLE, Leika Aparecida Ishiyama; KODJAOGLANIAM, Vera Lúcia;

VIEIRA, Cristiano Costa Argemon (Org.). **A saúde da família indígena.** Campo Grande: Ed. UFMS Fiocruz Unidade Cerrado Pantanal, 2011.

GOODY, Jack. **O mito, o ritual e o oral.** Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

GRUZINSKI, Serge. **O Pensamento Mestiço.** São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2001.

JUNIOR. Aldemir Barros da Silva. **Terra e Trabalho: Indígenas na Província Das Alagoas.** Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br/ihb/SNH2011/TextoAldemirBSJ.pdf>>. Acesso em: 25 de março de 2016.

LACERDA, Rosane Freire. **Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988.** Brasília: CIMI - Conselho Indigenista Missionário, 2008.

\_\_\_\_\_. **Diferença não é Incapacidade – o mito da tutela indígena.** São Paulo: Editora Baraúna, 2009.

LAPLANTINE, François; TRINDADE, Liana. **O que é Imaginário?** São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1941. LARAIA, Roque de Barros. **Cultura um Conceito Antropológico.** 11ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **La Pensée Sauvage**. Paris: Plon, 1962. LINDOSO, Dirceu. **O Grande Sertão – Os currais de boi e os índios de corso**. Brasília: Editora Fundação Astrojildo Pereira. 2011.

LIUDVIK, Caio. **Sartre e o Pensamento Mítico – Revelação arquetípica da liberdade em As moscas**. São Paulo: Editora Loyola, 2007.

MINDLIN, Betty; Narradores Indígenas. **Mitos Indígenas**. São Paulo, Editora Ática, 2006.

MONTERO, Paula. **Magia e Pensamento Mágico**. 2ª ed. São Paulo: Editora Ática, 1990.

MOTA, Clarice Novaes da. **Os Filhos de Jurema na Floresta dos Espíritos – ritual e cura entre dois grupos indígenas do Nordeste brasileiro**. Volume IX. Maceió: Edufal, 2007.

OLIVEIRA, Humberto de. **Coletânea de leis, atos e memoriais referentes ao indígena brasileiro**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **A Viagem da Volta – Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2004.

PREZIA, Benedito; HOORNAERT, Eduardo. **Brasil Indígena: 500 anos de resistência**. São Paulo: FTD, 2000.

ROCHA, Everaldo G.P. **O que é Etnocentrismo**. São Paulo: Brasiliense, 2000.

VIEIRA, Jorge Luiz Gonzaga. **Desenvolvimento local na perspectiva Terena de Cachoeirinha, município de Miranda/MS**. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento local) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande. 2004.

**Recebido em: 15 de fevereiro de 2017**

**Aceito em: 27 de abril de 2017**



## **SAÚDE MENTAL NO BRASIL: IMPASSES E HORIZONTES DE UMA POLÍTICA PÚBLICA**

### **MENTAL HEALTH IN BRAZIL: DIFFICULTIES AND POSSIBILITIES OF A PUBLIC POLICY**

*Luciane Gheller Veronese<sup>1</sup>  
Osmar Veronese<sup>2</sup>*

**Resumo:** O objetivo do presente artigo é lançar um olhar crítico sobre o impacto das mudanças implementadas nas políticas de saúde mental no Brasil nos últimos quarenta anos. A partir da Constituição de 1988 e da legislação que a regulamenta, houve uma mudança de paradigma, a qual busca a superação do sistema manicomial e a implantação de centros de atenção psicossocial, priorizando o tratamento ambulatorial. Será que os câmbios legislativos foram acompanhados pela realidade das políticas públicas brasileiras? Quais os entraves mais perceptíveis que o novo modelo enfrenta? Eis as perguntas para as quais se buscam respostas. Como resultado, tem-se que a proposta normativa é avançada, mas ele encontra forte resistência em mudar a cultura organizacional do setor, apegada ao excesso de medicalização e confundindo sintomas com causas do sofrimento psíquico. Em muitos casos, os muros dos hospícios de ontem foram transformados em barreiras de sedação química, em lógica sustentada na cultura do consumo, de vender medicamentos e sedar pacientes, sem se preocupar com os efeitos singulares e sociais dessa prática, dificultando a implementação do projeto público de saúde mental brasileira. A pesquisa é bibliográfica e o caminho metodológico fundamentalmente é analítico

**Palavras-chave:** Constituição; saúde mental; política pública; consumo.

**Abstract:** This paper aims to critically analyze the impact caused by implemented changes in mental health policies in Brazil over the last forty years. From the Federal Constitution of 1988 and its legislation –, in order to overcome the asylum system and to implement psychosocial care centers and prioritize clinic treatment. Could the legislative changes have been accompanied by the reality of Brazilian public policies? What are the most noticeable barriers that the new model faces? Here are the questions for which answers are proposed. As a result, it is normative proposal is advanced, but it finds strong resistance in changing the organizational culture of the sector, attached to the excess of medicalization and confusing symptoms with psychic suffering causes. In many cases, the walls of yesterday's hospices were transformed into barriers of chemical sedation, sustained by the culture of consumption, selling drugs and sedating patients, without worrying about the

---

<sup>1</sup> Doutora em Psicologia Social e Institucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Professora do Curso de Psicologia da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI-RS. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado ao Mestrado/Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. Servidora Pública Estadual/RS. E-mail: veronese@unijui.edu.br.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Valladolid, ES, Professor de Direito Constitucional da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI (Graduação e Mestrado/Doutorado), e do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA), Santo Ângelo/RS. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas”, com registro no CNPQ, vinculado ao Mestrado/Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS., Procurador da República. E-mail: osmarveronese@gmail.com.

singular and social effects of this practice, the reason why it is difficult to implement a public mental health project in Brazil. The research is bibliographical and the methodological method is fundamentally analytical.

**Keywords:** Federal Constitution; mental health; public policy; consumption.

**Sumário.** Considerações iniciais. 1 Os manicômios como política da indiferença e da morte. 2 Os novos paradigmas de saúde mental no contexto da democratização do Brasil. 3 Os Centros de Atenção Psicossocial no Brasil – CAPS. 4 A difícil travessia das instituições totais para uma rede de atenção. 5 Dos muros físicos de contenção à camisa de força química: a lógica do consumo aplicada à saúde mental. Considerações finais. Referências.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há cerca de três décadas que a sociedade brasileira faz um esforço para avançar no processo de redemocratização, superando a ditadura civil/militar, estando na gênese desse esforço a promulgação da Constituição de 1988, que deu suporte à implantação do Sistema Único de Saúde e às proposições sobre a reforma psiquiátrica, apontando horizontes diferenciados daqueles calcados em lógicas higienistas, em instituições fechadas, que redundou em grande parte na criminalização dos portadores de doença mental e reforçou práticas de exclusão e abandono.

O novo modelo proposto, de edificação de um Estado Social e Democrático de Direito, aposta na construção de uma rede de atenção à saúde de base territorial e comunitária. As conquistas históricas, nesse campo, não estão livres de retrocessos com o retorno da violência manicomial, daí a necessidade de manter o debate sobre políticas sanitárias, possibilitando proteções à suspensão da capacidade de pensar.

O estudo propõe pensar algumas intervenções do modelo de tratamento da saúde mental pública no Brasil, em especial nas instituições responsáveis pelo acolhimento e tratamentos de pacientes em sofrimento psíquico, os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS). Objetiva-se, assim, reforçar a crítica à saúde mental implementada no século passado, ressaltar os avanços traduzidos na legislação vertente a partir do momento constituinte e indicar alguns dos principais riscos que o novo modelo enfrenta na era do consumo.

O interesse pela problemática decorre do acompanhamento de trabalhos realizados em distintas instituições públicas, há mais de 20 anos, nas quais se observou a dificuldade da mudança de cultura organizacional proposta para os Centros de Atenção Psicossocial CAPS, mesmo diante das alterações no texto legal acerca dos modelos de assistência e saúde mental, importantes mas não suficientes para operar mudanças nas práticas cotidianas acerca do acolher, cuidar e tratar na instituição. A transposição de culturas, ao mesmo tempo em que gera fatos concretos e arranjos criativos, produz impasses que precisam ser enfrentados. Eis algumas inquietudes apontadas neste ensaio.

## 1 OS MANICÔMIOS COMO POLÍTICA DA INDIFERENÇA E DA MORTE

A atenção dispensada aos considerados doentes mentais, independente do local ou modelo político adotado pelos países do mundo ocidental, traz a marca do sombreamento encobridor do horror, da perversidade e dos maus tratos. O campo da saúde mental historicamente foi predomínio de estigmas relativos ao lugar social destinado aos “loucos” de cada época.

No estudo de Foucault, *História da loucura na idade clássica* (1999), encontram-se a descrição de cenários e interrogações acerca das verdades científicas construídas e referendadas em cada cultura. Em seu texto o autor questiona o campo da medicina psiquiátrica a partir da concepção de que a loucura é construída social e politicamente, além de contestar a internação e o domínio médico como formas únicas de abordá-la. Foi assim que a paisagem imaginária da Renascença viu surgir a Nau dos Loucos,

estranho barco que deslizava ao longo dos calmos rios da Renânia e dos canais flamengos (...) que levavam sua carga insana de uma cidade para outra. Os loucos tinham então uma existência facilmente errante. As cidades escorraçavam-nos de seus muros; deixava-se que corresse pelos campos distantes, quando não eram confiados a grupos de mercadores e peregrinos. (...) encarregavam-se marinheiros de livrar a cidade de um louco que por ela passeava nu (FOUCAULT, 1999, p. 9).

Foucault vê nessa prática a busca de segurança dos cidadãos e a inquietude em relação à loucura no final da Idade Média, que, a partir do século XV, passa a assombrar a imaginação do homem ocidental e a exercer atração e fascínio sobre ele.

Nas práticas brasileiras de tratamento da loucura, em especial, no Rio Grande do Sul, uma das principais referências simbólicas acerca do tratamento de doentes mentais foi o Hospital Psiquiátrico São Pedro, segundo dados disponíveis em seu arquivo institucional,

O Hospital Psiquiátrico São Pedro, nomeado Hospício São Pedro em homenagem ao padroeiro da Província, foi a primeira instituição psiquiátrica de Porto Alegre e da Província de São Pedro. Foi o quinto asilo/hospício de alienados (hospício, do latim "*hospitium*", hospedeiro, local destinado ao acolhimento de doentes pobres e incuráveis/alienado, do latim "*alienus*", estranho; o indivíduo estranho a si mesmo ou à comunidade social), implantado durante o Segundo Reinado no Brasil (1841-1889) - (CHEUICHE, Edson Medeiros, disponível em [www1.saúde.rs.gov.br](http://www1.saúde.rs.gov.br), acesso em 23-12-2016).

O Hospício São Pedro possuía a mesma função de outras instituições totais espalhadas pelo mundo, consoante se pode aferir do escrito em seu arquivo:

A criação do asilo de alienados fez parte do processo de saneamento social da Capital, que deslocou para o subúrbio as instituições que abrigavam as enfermidades, a morte e todos com desvio comportamental na convivência comunitária. O hospício foi utilizado como espaço de observação e de asilamento do insano, possibilitando o seu afastamento das prováveis causas que o levaram à alienação mental. Se o hospício foi o meio na construção do

saber médico alienista, o isolamento foi o método na prática terapêutica da reabilitação mental. A urbe, apolínea e normatizadora, lugar de previsibilidade e regularidade, foi destinada aos corpos sociais judiciosos, que estabeleceram padrões sanitários através dos processos de medicalização/higienização (discurso). Foi nesse meio racional, em busca de organização e funcionamento social, que a loucura foi institucionalizada, silenciada e afastada do centro de civilidade, pretendido como opulento, disciplinado e purificado (prática). (CHEUCHE, Edson Medeiros, disponível em [www1.saúde.rs.gov.br](http://www1.saúde.rs.gov.br), acesso em 23-12-2016).

A prática de regulação social instituída pelo poder público estabelecia o confinamento e a marginalização dos indivíduos considerados inaptos ao convívio comunitário e inclusive penalizava juridicamente quem se recusasse a pactuar com essa concepção:

Quem tiver na sua casa, ou souber que existe na vizinhança alguma pessoa alienada desvalida, é obrigado a dar parte imediatamente, na Villa, ao Presidente da Camara e nos outros lugares do municipio ao Inspector vereador, ou à autoridade policial para providenciar a tal respeito. O contraventor soffrerá a multa de 10\$000 réis.

A história gaúcha do tratamento dos loucos repetiu, de certa forma, a exclusão que aconteceu no cenário europeu e nos grandes centros brasileiros. Os “alienados” eram internados em manicômios e muitas vezes esquecidos, entregues a condições subumanas. A “Nau dos Loucos” também teve sua versão nas cidades do interior, fora da região metropolitana, no que popularmente se chamava “ambulâncioterapia”, uma prática que visava “limpar” as cidades, levando seus doentes mentais para serem internados na Capital, em sanatórios que ficavam à margem da cidade e de lá só retornarem após sua cura, o que gerou para muitos uma exclusão eterna, pois jamais retornaram. Outros ficaram de tal forma estigmatizados que foi inviável a reinserção em suas comunidades.

Em Minas Gerais, o estudo de Daniela Arbex (2013) compara o tratamento dos doentes mentais brasileiros asilados aos crimes ocorridos no holocausto. Em sua obra, discorre sobre o genocídio cometido pelo Estado brasileiro e por funcionários burocratas, além de apontar a convivência da população local que nada fez para impedir que 60.000 pacientes morressem atrás do muro daquele que foi o maior hospício brasileiro, o Colônia, na cidade de Barbacena.

Assustadora a banalidade com que as pessoas eram confinadas, “tratadas”, destituídas de sua condição de cidadania, inclusive do nome próprio, substituído, em muitos casos, por “Ignorado de Tal,” e em outros rebatizados pela equipe, entregues os documentos, os pertences, passavam por rituais de padronização, banho, corte de cabelos e recebiam o camisolão, ou seja, eram violadas em sua condição de sujeitos e cidadãos de distintas formas. A crueldade da máquina e a perversidade do sistema foram denunciadas pelos dados, os quais indicam que 70% dos internados não tinham diagnóstico de doença mental, passavam todo tipo de privação, comiam ratos, bebiam esgoto e urina, morriam de fome, frio, choque elétrico e descaso.

Nos períodos de maior lotação, dezesseis pessoas morriam a cada dia. Morriam de tudo - e também de invisibilidade. Ao morrer, davam lucro. Entre 1969 e 1980, 1853 corpos de pacientes do manicômio foram vendidos

para dezessete faculdades de medicina do país, sem que ninguém questionasse. Quando houve excesso de cadáveres e o mercado encolheu, os corpos foram decompostos em ácido, no pátio do Colônia, na frente dos pacientes para que as ossadas pudessem ser comercializadas. Nada se perdia, exceto a vida (BRUM, 2013, p. 14).

Estarrecedor também o relato acerca da ala infantil e das condições vegetativas das crianças, a violência contra crianças, em sua maioria abandonadas, tinham como horizonte a morte. A indiferença e os maus-tratos que eram dispensados para elas reforçavam as condições de abuso (ARBEX, 2013, p. 88).

Em verdade, morriam duas vezes, quando entravam no estabelecimento, a destituição forçada de toda a história precedente e a invisibilidade significava a morte simbólica, que apenas era “coroadada” com a posterior morte física, pois, conforme afirma Brum, “no inferno não há fim de expediente” (in ARBEX, 2013, p. 14), o difícil era reconhecer algum traço de humanidade em tal sistema.

Os contextos manicomial foram estudados por Goffman, em sua obra *Manicômios, prisões e conventos* (1990), na qual o autor analisa o mundo das “instituições totais”, sejam elas de caráter clínico, prisional ou conventual, através do seu fechamento e da barreira estabelecida entre interior e exterior. No interior das instituições habitam não apenas as equipes dirigentes, mas também os internados, os prisioneiros, os que optam por uma vida solitária. Ao tentar responder como age o indivíduo privado da vida comunitária, sinaliza que o segregado atua de modo semelhante, seja qual for a razão do isolamento, vocação, punição ou doença mental.

A passagem de uma vida exterior para uma de confinamento espacial e social significa a submersão do indivíduo em um processo de mortificação do eu, inicialmente pela institucionalização forçada, com concessões de adaptação às novas regras, com inibição do desenvolvimento pessoal, por limites de espaço, tempo e relações. Os rituais de perda de identidade incluem a substituição das roupas pessoais por uniformes e dos nomes próprios por números. O texto destaca uma forte crítica sobre o mundo do internado, desenvolvida a partir do conceito de instituição total.

Com a abertura democrática brasileira, os questionamentos desse modelo cresceram muito, impulsionados por um discurso de afirmação dos direitos humanos, internacionalmente, no pós-guerra, e internamente, no período pós ditadura civil-militar, dando suporte para o “novo modelo”, uma política antimanicomial. Mas o que se construiu no Brasil então?

## **2 OS NOVOS PARADIGMAS DE SAÚDE MENTAL NO CONTEXTO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO BRASIL**

Após conturbados anos de ditadura civil-militar (1964-1984), em meados da década de 80, o Brasil iniciou uma nova era de sua história. Em especial, a partir de 1988, houve importantes avanços no âmbito da cidadania brasileira: inicialmente a promulgação da Constituição, chamada Cidadã, especialmente pelo amplo acolhimento dos direitos fundamentais e, como decorrência desta, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), além da reformulação dos princípios sanitários, implementando-se o Sistema Único de Saúde (SUS), com clara proposta de superação do modelo de saúde tradicional praticado até então. Esses documentos

traduziram movimentações sociais e foram escritos nessa tecitura compartilhada entre agentes sociais e políticos, durante um tenso momento de transição para a democracia.

O atual modelo sanitário brasileiro tem como marco inicial a VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986 (não por coincidência, ano da instauração da Assembleia Nacional Constituinte que legou a atual Constituição brasileira), da qual surgiu a proposta de ampla reestruturação financeira, organizacional e institucional do setor público de saúde, com três objetivos principais: a) transferir a responsabilidade da prestação da assistência à saúde do governo da União para os governos locais; b) consolidar o financiamento e a provisão de serviços públicos de saúde, orientando-os para a equidade, a universalidade e a integralidade da atenção; e c) facilitar a participação efetiva da comunidade no planejamento e controle do sistema de saúde.

Na Constituição Federal de 1988, a *saúde é um direito de todos e um dever do Estado* (art. 196), a ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e do *acesso universal e igualitário* às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação, tudo organizado num sistema único, regionalizado e hierarquizado, orientado pela descentralização, pelo atendimento integral e pela participação comunitária. Quanto ao setor privado, quando contratado e conveniado, deve funcionar como se fosse um mesmo corpo, como público.

O conteúdo do direito à saúde sempre vai depender do que se entende por saúde e do momento histórico estatal no qual se insere tal direito. Numa concepção individualista, liberal, a saúde corresponde somente à ausência de doenças, vista a partir do resultado (ter ou não a patologia), sem se preocupar com os motivos que deram causa ao surgimento do mal. Em uma perspectiva coletiva, a saúde depende das condições de vida comunitariamente compartilhada. Nesta concepção, a saúde deve ser examinada e tratada levando em conta o contexto social.

A nova compreensão do binômio saúde-doença inspira fortemente a elaboração de pressupostos acerca do cuidar e tratar associados a políticas sociais e econômicas que visem à prevenção, estabelecendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, ressaltando a necessidade de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Regulamentando a Constituição, surge a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 (Lei Orgânica da Saúde) na qual se percebe nitidamente a incorporação da saúde como resultante de uma série de fatores que a condicionam e a determinam, como produto de um determinado contexto.

A saúde-doença, a partir dos marcos assinalados, passa a ser entendida como um processo resultante da forma como as pessoas vivem dentro da sociedade, como constroem seu cotidiano, resultando diretamente do ter ou não ter acesso à renda, ao trabalho, a terra, à educação, ao lazer, ao emprego, à moradia, ou seja, às condições do humano em seu habitat.

Vale ressaltar, ainda, que a dimensão da saúde como algo coletivo, comunitário, ganha força com a edição da Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 (Lei da Participação da Comunidade no SUS - Sistema Único de Saúde), a qual corresponsabiliza o Estado e a população nas decisões envolvendo o sistema de saúde brasileiro.

Percebe-se, assim, uma mudança de eixo ainda em curso em relação à concepção de saúde, da organização da assistência centrada na doença, para a

atenção integral à vida, com prioridade para as ações preventivas. Esse processo demonstra que a saúde não depende somente de aparelhos de última geração tecnológica (embora no atendimento médico e hospitalar eles sejam importante), mas está calcada nos fatores orientados na vida.

A partir da Constituição de 1988, estabeleceu-se, expressamente, o direito fundamental à saúde, sem condicionantes e universal, de acesso de todas as pessoas, independentemente de serem segurados, trabalhadores ou da condição social ostentada. Um importante avanço legal que impõe ao Estado e à sociedade deveres fundamentais, exigindo prestações para o seu atendimento.

Em sintonia com a proposta de construção de um Estado Social, o direito à saúde, como um direito fundamental social, exige a intervenção estatal, visando diminuir a desigualdade, dá potência ao princípio da igualdade, núcleo do modelo de Estado proposto.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um Sistema Único de Saúde (SUS), definido como o *conjunto das ações e dos serviços públicos de saúde (e também das instituições privadas contratadas ou conveniadas)*, que integra uma rede regionalizada e hierarquizada, tendo como diretrizes a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Arelado a essas concepções sanitárias, o Brasil vive um momento de repensar o modelo assistencial na saúde mental, o fazer dos trabalhadores que atuam neste campo e a relação da sociedade com o sujeito em sofrimento psíquico. Esse modelo iniciou a partir de um movimento sociopolítico que, do ponto de vista da gestão de políticas públicas, foi consolidado em uma legislação de saúde mental, iniciado em 1990 e denominado de reforma psiquiátrica brasileira, encontrando nos CAPS, a seguir enfocados, uma das referências de estruturação.

### 3 OS CENTROS DE ATENÇÃO PSICOSSOCIAL NO BRASIL – CAPS

A reestruturação do *modelo sanitário em saúde mental* no Brasil iniciou em 1978 com um movimento social acerca dos direitos dos pacientes psiquiátricos, denunciando a violência asilar e a mercantilização da loucura, produzindo uma crise do modelo hospitalocêntrico. O primeiro CAPS foi criado em 1987, e um dos principais objetivos é acolher e tratar pacientes com sofrimento psíquico em regime ambulatorial.

Entre as principais propostas justificadoras da implementação dos referidos Centros está a de promover a inserção social dos portadores de sofrimento psíquico (não mais chamados de loucos), evitar internações hospitalares e assessorar a rede de atenção básica em saúde mental. Assim, cabe à instituição realizar o acolhimento e tratamento aos usuários do serviço, buscando manter e fortalecer seus vínculos com a comunidade à qual pertence. O trabalho deve ser realizado por equipe interdisciplinar em modalidades chamadas intensivas (atenção diária), semi-intensivas (três vezes por semana), ou não intensiva (mensal). A rotina deve seguir um plano terapêutico singular, revisado sistematicamente de acordo com os objetivos propostos para o tratamento.

Atualmente existem no Brasil 2.241 CAPS distribuídos em todo o território nacional, demonstrando a implementação da política pública projetada, pois entre 1980 e 1988 existiam apenas 6 CAPS ano.

Assim, o surgimento dos CAPS faz parte da proposta de uma nova cultura, orientada por princípios de cidadania, produtora de autonomia, na qual o paciente deve ser o protagonista na trajetória de seu tratamento.

Porém, a reforma do Estado indicada necessita ser construída singularmente, no interior de cada organização, modificando a cultura organizacional predominante nelas. Somente os dispositivos legais são insuficientes para impulsionar novas práxis. A reorganização do processo de trabalho orientada por conceitos como interdisciplinaridade, rede, vínculo etc., parece povoar o discurso das instituições de saúde mental, mas no cenário daquelas de saúde pública ainda se encontram organizações de padrões taylorizados, com ênfase no anonimato, nos quais a gestão é predominantemente centrada nos eixos da disciplina e do controle, ou seja, dos pilares higienistas.

#### 4. A DIFÍCIL TRAVESSIA DAS INSTITUIÇÕES TOTAIS PARA UMA REDE DE ATENÇÃO

A atual política sanitária brasileira foi articulada em contraponto ao funcionamento dos sanatórios e dos modelos de tratamento utilizada por essas instituições que, em sua maioria, praticavam abusos de autoridade e atrocidades clínicas: superficialidade ou rigidez nos diagnósticos, sedação excessiva, ruptura dos laços familiares e comunitários em função da frequência ou do tempo das internações, em alguns casos inclusive superando 30 anos de hospitalização, ausência de planos terapêuticos singularizados ou de clareza acerca da eficácia dos métodos empregados, ou seja, *suspensão da capacidade de pensar* sobre as práticas exercidas.

Assim, na intenção de propor outras bases para o tratamento, novas referências estão sendo refletidas. O lugar preconizado pela família ganhou destaque no cenário contemporâneo da política em saúde mental. Se o modelo anterior primava pelo isolamento, por tratamentos cuja base era sustentada em pressupostos biologicistas, com ênfase em aspectos orgânicos e terapêuticos como camisa de força, choque elétrico ou sedação excessiva, que anulavam o sujeito, atualmente destaca-se a importância dos fatores sociais, em especial a composição familiar (sua constituição e organização), na etiologia do sofrimento e na direção do trabalho com pacientes em sofrimento mental.

Porém, os enfoques oscilam de um extremo a outro: da culpabilização da doença mental pela desordem familiar, “explicações” por vezes carregadas de sentidos preconceituosos, que são orientados pelo modelo idealizado de família patriarcal burguesa e que consideram desajustados outros modelos de família constituídos nesses “novos tempos”, ao apelo familiar como “salvação” aos sofrimentos da alma, um horizonte permeado por soluções dogmáticas, higienistas acerca do bem comum e da prevenção da doença mental.

Esses câmbios implicam a complexidade da conceitualização do que entendemos por família, já que não existe um único modelo idealizado de família. Compreendê-la nas multiplicidades de arranjos de laços possíveis em nosso tempo possibilita quebrar estereótipos indicadores de padrões de normalidade.

Outro componente essencial na construção da política de Estado na atualidade brasileira, é a tecitura da rede em saúde mental, em nível local, regional, nacional ou mesmo global. Rede é uma estrutura aberta, vazada, constituída a partir

de elementos, metaforicamente expressa como nós. A metáfora da rede, articulada pelos seus “nós”, nos faz pensar naquilo que enlaça, produz laço a partir da transferência, mas também fala dos nós enquanto entraves produzidos nos movimentos de resistência que o trabalho convoca, engessando os avanços democráticos.

Essa concepção tem sido um importante articul(a)dor contemporâneo do trabalho nas instituições. A metáfora da rede pensada como estrutura formada pelo entrelaçamento de “nós” resultante discursivo do que foi construído conjuntamente, com a implicação de muitos e de cada um.

Porém, o tecer é um processo complexo, no qual os atravessamentos e interesses políticos de distintos grupos se fazem representar. De acordo com as diretrizes da política de saúde mental, a mudança de *cultura organizacional* deve propiciar a instauração de novos padrões de relacionamento ético entre as instituições, os gestores, os técnicos e os usuários, produzindo mudanças no laço social.

Trabalhar em conjunto é um desafio para quem está em instituições públicas, pois geralmente as ações são pensadas de formas fragmentárias. Articular estratégias coletivas, respeitando a singularidade de cada estabelecimento, implica propor passagens do que é meu para o que é nosso, sem fundir, mas tecendo alternativas para os impasses que interrogam cada um.

E os CAPS foram pensados para funcionarem dentro do sistema de redes, um espaço de encontros e eventuais desencontros, pois o “nós” também produz nós que atravancam caminhos. Esses nós, muitas vezes, são transferidos para o Judiciário, com a judicialização da saúde surgindo como alternativa construída por usuários e serviços, mas, de outro lado, apontando para um grave sintoma da inefetividade do serviço, que necessita ser repensado.

Desse modo, a concepção de rede como uma estrutura esburacada, tecida de fios que denotam fronteiras, limites entre saberes e instituições, estabelecendo conexões de um ao outro, é um potente dispositivo de implementação da política de saúde mental. Além disso, ela pode operar como elemento de questionamento dos processos burocráticos que existem nas instituições e na cultura.

## **5 DOS MUROS FÍSICOS DE CONTENÇÃO À CAMISA DE FORÇA QUÍMICA: A LÓGICA DO CONSUMO APLICADA À SAÚDE MENTAL**

A passagem de uma cultura baseada na contenção física para o controle psiquiátrico está na ordem do dia e a questão da medicação é de fundamental importância para o debate proposto, pois, regidos por uma lógica do consumo (do alívio imediato dos sintomas, da “cura” rápida com o menor custo, “da fila tem que andar”, e em sintonia com a burocracia enquanto política da indiferença), os serviços que atendem pacientes com queixas de sofrimento psíquico geralmente optam pelo binômio consulta médica-prescrição medicamentosa, supostamente mais rápido, mais barato e mais fácil de ser administrado.

O controle químico decorrente da pesada articulação dos interesses das indústrias e laboratórios, com omissão ou adesão de profissionais “especializados”, são marcas do nosso tempo, orientadas pela suspensão da capacidade de pensar e pela obediência cega ao que deve ser feito, burocratizando o laço social. Com isso,

estamos somente medicalizando o sofrimento. A anestesia dos sintomas está de acordo com a lógica do mercado.

Porém, como no dito popular, *o barato sai caro*, o aumento do custo em medicações psicotrópicas a cada ano pode atestar tanto essa lógica, quanto seu fracasso em termos de eficiência. A ênfase na política de consumo de medicações, além de atentar somente no alívio dos sintomas, produz muitos efeitos colaterais, que redundam em novas patologias (e no uso de outras medicações), obesidade, hipertensão, impotência, entre outras, gerando novos custos para o Estado e, principalmente, para a vida dos pacientes.

Por que, afinal, não se contabiliza o custo para o Estado e para a sociedade de tais escolhas? Que tipo de gestão é esta? Segundo Roudinesco,

os procedimentos de avaliação do psiquismo nasceram pós-1970 de uma vontade dos responsáveis pelas políticas de saúde pública de reduzir de forma drástica o custo do tratamento de todas as formas de patologia: em medicina, em psiquiatria, em psicologia e em psicoterapia. Daí a célebre e estarecedora fórmula lançada, do outro lado do Atlântico, pelos fanáticos da avaliação: 'A medicina de qualidade é a medicina mais barata possível' (2005, p. 90).

Para além da denúncia da hipermedicalização dos doentes mentais, faz-se necessário examinar acerca da validade dos argumentos expressos no pensamento que desconsidera o sujeito, mas considera o corpo como uma máquina e o desejo como uma secreção química. A massa de pacientes anônimos é homoganeamente tratada. O imperialismo farmacológico impõe uma ditadura do silêncio acerca da dor: a mesma receita repetida inúmeras vezes, não é preciso escutar, só prescrever a camisa de força química. "Os Copiadores de Receita", como chamava Estamira (2004) os psiquiatras burocratas, simplificam seu trabalho e responsabilidade à administração de modos de controle dos corpos anestesiados.

Com a negação do doente mental, a história do paciente e sua condição de sujeito perdem o valor e a ênfase para o diagnóstico/tratamento se orientar exclusivamente pelos sintomas (que viram doenças). Entra em cena a linguagem dos códigos, descrita nos manuais, os DSM e a CID, que, em suas várias versões, passam a ser os únicos codificadores de uma nova e uniforme concepção do diagnóstico psiquiátrico. Como aponta Roudinesco,

No final do século XIX, na ausência da psicofarmacologia, a internação asilar era vista como o único recurso a tratar a loucura. A longa duração da permanência no hospício tornara-se então, como o é atualmente, a camisa de força química, o único tratamento possível de todas as doenças mentais (2005, p. 33-34).

A abordagem em questão reforça o lugar de desresponsabilização do sujeito e do seu entorno por aquilo que lhe acontece, uma redução das questões humanas às biológicas. Os problemas da vida passam a uma intervenção política que visa à obediência dos corpos pela via da medicalização. Com isso, não se quer dizer que a medicação, pensada no caso a caso, não seja necessária em determinadas situações, mas nossas interrogações vão ao encontro das levantadas por Eliane Brum, acerca do aumento do uso de Ritalina por crianças: "existe um doping legalizado das crianças? Estaria a droga da obediência sendo usada como uma espécie de 'método

pedagógico’ perverso? O que isto significa?” (2013). Ou ainda nas palavras de Julieta Jerusalinsky: “Parece que estamos vivendo a era da palmatória química, em que a utilização de psicofármacos para a infância em grande escala passa a ser uma prática socialmente corrente” (2014).

Alfredo Jerusalinsky em *O livro negro da psicopatologia contemporânea* no texto “Gotinhas e comprimidos para crianças sem histórias – uma psicopatologia pós-moderna para a infância”, escreve:

Na trajetória que estamos descrevendo, foi se apagando esse esforço por ver e escutar um sujeito, com todas as dificuldades que ele tivesse, no que tivesse para dizer, e foi-se substituindo o dado ordenado segundo uma nosografia que apaga o sujeito. (...) É assim que os problemas deixam de ser problemas para serem transtorno. É uma transformação epistemológica importante, e não uma mera transformação terminológica. Um problema é algo para ser decifrado, interpretado, resolvido; um transtorno é algo a ser eliminado, suprimido porque molesta. Os nomes das categorias não são inocentes, e essa transformação corresponde à ordem do discurso ter tomado o homem nesta posição de objeto sacrificial, objeto descartável, não havendo, por isso, nada a lhe ser perguntado: é um número ou um dado a registrar um elemento na conta que pode estar a mais ou a menos (2011, p. 238).

Lógica positivista, efeitos de um pensamento burocrático. Assim, se a ética segue os princípios do pragmatismo e suspende o tempo de reflexão, em função da pressa para fazer o que se supõe que é imediatamente possível e necessário, então o que esperar dos tratamentos de saúde mental oferecidos pelas instituições públicas? O que esperar da era dos *experts* além da substituição dos sobrenomes pelos diagnósticos, da substituição do nome do pai pelo código do manual? Portanto, buscar modos de desmanchar a lógica capitalista que entende tratar como medicar é apostar em saídas fora deste campo. É, enfim, auxiliar na travessia de um velho modelo de enfrentamento de saúde mental (que resiste em se desalojar das práticas brasileiras), para o novo modelo, discursado, legalizado, mas ainda pouco vivido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora quando pensamos ter encontrado as respostas, a realidade vem e muda as perguntas, ainda assim lançamos algumas ideias a título de conclusão deste estudo.

No Brasil, há evidente descompasso entre as promessas legais, o escrito na lei, o discurso das autoridades responsáveis pela implementação das políticas de saúde mental e a prática vivenciada nas instituições responsáveis por implementar essa programa público. Enquanto a lei é avançada (e a Constituição Federal é o paradigma dessa afirmação), o discurso diretivo é avançado, as práticas precisam avançar muito para atingir os objetivos legais. Se a lei é mais avançada que as práticas, não necessitamos de leis novas, mas de práticas novas, que se alinhem as promessas legais que estão bem alinhavadas.

O avanço do programa brasileiro de saúde mental passa, primeiro, por mudar a cultura dos agentes públicos, que necessitam, antes de todos os atores,

conhecer seu papel, o perfil das novas famílias, que, no geral, não são mais as velhas famílias tradicionais, e o papel da sociedade.

Agentes do Estado e a sociedade precisam compreender que, com o excesso de medicalização, estamos anestesiando os sintomas, mas pouco tratando as causas de milhões de brasileiros portadores de sofrimento psíquico, muitos deles fora de qualquer rede de proteção. Os muros dos hospícios de ontem, em muitos casos, foram substituídos pela sedação química, incentivada por uma cultura do consumo, que quanto mais sedar pacientes, mais vende medicamentos, sem se preocupar muito com os efeitos. Talvez por isso, em nosso país, em cada esquina há uma farmácia.

É urgente combater dois males que assombram as instituições públicas de saúde brasileiras: 1) o excesso de burocracia que, muitas vezes, impede tratamentos por falta de carimbos, e 2) o anonimato, que na generalização, com um discurso de igualdade, encobre profundas diferenças e impede uma atenção singularizada a pacientes que necessitam de um olhar particular, de um tratamento pessoal.

Como hipótese a desafiar futuros estudos, temos que os loucos de ontem foram substituídos pelos toxicômanos de hoje, pois constatamos que a imensa maioria dos internados nos leitos psiquiátricos dos hospitais, são dependentes de drogas ilícitas ou lícitas como o álcool.

O Brasil vive sério riscos de retrocessos no campo das políticas públicas. Não há dúvida que, para ganhar essa luta, precisamos de boas ideias e investimentos de recursos públicos. E hoje, em nosso País, vivemos uma grave crise econômica e uma mais grave crise de credibilidade institucional, que fragiliza mais o público como espaço de cidadania, de modo que implementar o escrito na lei já significa um grande avanço.

Nos contextos democráticos, não há verdades absolutas ou espaços para pensamento único, por isso propomos que as Universidades e movimentos sociais fomentem o debate sobre a igualdade na diferença, à luz da teoria dos direitos humanos, envolvendo especialmente os gestores e profissionais dos serviços públicos, com o fim de: - primeiro, entender as diferenças que os sintomas sociais de nossa época produzem, em particular o dos portadores de sofrimento psíquico, e que esses pacientes precisam de atenção singularizada; - segundo, sustentar a travessia de cultura organizacional, dos velhos hospícios para os novos CAPS, mas mantendo a vigilância para que os velhos hospícios de detenção física não sejam transformados em hospícios farmacológicos, produtores de amordaçamento físico e psicológico dos pacientes e não produzam a indiferença de gestores e profissionais que atuam nesse campo.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Infância e história**: destruição da experiência e origem da história. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

ALBERTI, Sonia; FIGUEIREDO, Ana Cristina. **Psicanálise e saúde mental: uma aposta**. Rio de Janeiro: Companhia Freud, 2006.

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro: genocídio: 60 mil mortos no maior hospício do Brasil**. São Paulo: Geração, 2013.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARIÈS, Philippe. **História social da criança e da família**. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1978.

BAUMAN, Zigmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony, SCOTT, Lash. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Magna Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich, BECK-GERMSCHEO, Elisabeth. **El normal caos del amor**. Barcelona: El Roure Editorial S.A, 1998.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm, VERONESE, Osmar. **Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social**. 2ª Edição. Curitiba: Juruá, 2015.

BUTLER, Judith. **Mecanismos psíquicos del poder – teorías sobre la sujeción**. Madrid: Ediciones Cátedra, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Brasília: Constituinte Congressual, 1988.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**. Lei 8069/1990. Brasília: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL, Rio Grande do Sul. **Guia de serviços de saúde mental**: cuidar, sim, excluir, não. Porto Alegre: Secretaria da Saúde, 2002.

BRASIL, Rio Grande do Sul. **Fragments históricos do HPSP**. CHEUCHE, Edson Medeiros, disponível em [www1.saude.rs.gov.br](http://www1.saude.rs.gov.br), acesso em 23-12-2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Caminhos para uma política mental infanto-juvenil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Cadernos HumanizaSUS**. Vol. 5, Saúde Mental. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2015.

BRASIL, VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. **Relatório final**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

BRASIL, IV CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL. **Relatório final**. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRUM, Eliane. O Doping das Crianças. **Época**, 25/02/2013.

CANCLINI, Néstor García. **Culturas híbridas: estratégias para entrar y salir de la modernidad**. Buenos Aires: Paidós, 2001.

\_\_\_\_\_. **Diferentes, desiguales y desconectados. Mapas de la interculturalidad**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2006.

DaMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

\_\_\_\_\_. **O que é o Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 2004.

DUMONT, Louis. **Ensayos sobre el individualismo. Una perspectiva antropológica sobre la ideología moderna**. Madrid: Alianza Editorial, 1987.

ENDO, Tereza Cristina. **A saúde mental à margem do SUS: experiências de vastidão e confinamento nas práticas clínicas** (Tese doutoral). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica, 2013.

ENRIQUEZ, Eugène. *Vida psíquica e organização*. In: **Vida psíquica e organização**. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. Traduzido por José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Perspectiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **O nascimento da clínica**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Universitária, 2004.

\_\_\_\_\_. *A ética do cuidado de si como prática da liberdade*. In: **Ditos & escritos V – ética, sexualidade, política**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na cultura** (1930). Porto Alegre: L&PM POCKET, 2010.

GOFFMANN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1990.

JERUSALINSKY, Alfredo. **O livro negro da psicopatologia contemporânea**. (Org. Silvia Fendrik), São Paulo: Via Lettera, 2011.

JERUSALINSKY, Julieta. A era da palmatória química - responsabilidade social e medicalização da infância. **Jornal o Estado de São Paulo**: São Paulo, 7 ago. 2014.

KEHL, Maria Rita. **Sobre ética e psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

ROUDINESCO, Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **O paciente, o terapeuta e o Estado**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

\_\_\_\_\_. **A parte obscura de nós mesmos: uma história dos perversos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

SENNETT, Richard. **A cultura do novo capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006.

#### **DOCUMENTÁRIO**

**ESTAMIRA**. Direção Marcos Prado. Rio de Janeiro: Europa Filmes, Documentário, 127 min, 2004.

**Recebido em: 12 de abril de 2017**

**Aceito em: 29 de maio de 2017**



## SER ESTUDANTE DE DIREITO NO SÉCULO XXI BEING A STUDENT OF LAW IN THE 21ST CENTURY

*André Rubião*<sup>1</sup>

**Resumo:** Este artigo analisa o estudo do Direito no Brasil numa perspectiva pedagógica e traz uma reflexão, do ponto de vista institucional, sobre o papel do ensino superior na contemporaneidade. Para tanto, expõe-se uma breve genealogia do ensino jurídico no Brasil e no exterior, em comparação com os “modelos de universidade” constituídos ao longo da história, tais como a “multiversity norte-americana”, o “movimento de Córdoba” e os modelos “humboldtiano” e “newmaniano”. Além disso, sob um viés crítico-metodológico, analisa-se o tripé ensino-pesquisa-extensão, traçando-se um balanço e uma projeção indutiva dos principais desafios e oportunidades para os estudantes de Direito no século XXI. Conclui-se que a formação acadêmica jurídica não pode ficar alheia à reflexão sobre a função institucional do ensino superior.

**Palavras-chave:** Ensino jurídico; Pesquisa; Extensão; Universidade; História da educação.

**Abstract:** This article analyzes the study of law in Brazil within a pedagogical perspective and brings a reflection from an institutional point of view on the role of higher education in contemporary times. Therefore, it exposes a brief genealogy of legal education in Brazil and abroad, compared to the "universities models" made throughout history, such as "American multiversity", the "Cordoba movement" and "Humboldtian" and "Newmanian" models. In addition, under a critical-methodological bias, it analyzes the teaching-research-extension tripod, drawing up a balance sheet and an inductive projection of the main challenges and opportunities for law students in the XXI century. The conclusion is that the legal academic education cannot remain oblivious to the reflection on the institutional role of higher education.

**Keywords:** Legal education; Research; Extension; University; Education history.

**Sumário:** 1. Introdução: A escolha diante de um “eterno retorno”; 2. Ser estudante universitário ao longo dos séculos 3. Breve histórico das faculdades de Direito no Brasil 4. O jurista inserido na “sociedade em rede”; 5. Conclusão: A justiça nas veredas do estudante; 6. Referências bibliográficas.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS - A ESCOLHA DIANTE DE UM “ETERNO RETORNO”

As leis são belas, meu querido...

Machado de Assis<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Ciência Política (Universidade Paris 8), mestre em Filosofia do Direito (Universidade Paris 2), professor na Faculdade de Direito Milton Campos. E-mail: andrerubiao@hotmail.com.

<sup>2</sup> ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas; Dom Casmurro*. São Paulo: Abril Cultural, 1982, p. 210.

Essas palavras do agregado José Dias, aconselhando Bentinho a estudar Direito, continuam na ordem do dia. O universo jurídico é fascinante e, muito além da época do romance de Machado de Assis, quando prevalecia a “cultura do bacharelismo”, hoje o mundo do Direito se apresenta aberto a diversas oportunidades.

Vivemos numa “sociedade em rede”, nos diz o sociólogo Manuel Castells, em que a complexidade e a pluralidade são conceitos intransponíveis.<sup>3</sup> Nesse contexto o Direito surge de forma múltipla, fazendo uma releitura e expandindo seus campos de atuação, que vão desde uma vocação para a cultura geral e para a formação do *gentleman* (conforme a tradição inglesa do século XIX), passando pela militância a favor da responsabilidade social (de origem latino-americana), até o dinamismo profissional do jurista contemporâneo, inserido num mundo globalizado (tal como prezam os teóricos da *New Production of Knowledge*).

Esses conceitos e tradições, que veremos mais adiante, revelam a amplitude e a diversidade que envolvem o universo jurídico. Além disso, eles trazem à baila perguntas inevitáveis – Seria o Direito aquilo que eu quero estudar? Onde me encaixar nessa série de possibilidades? –, nas quais os estudantes acabam imergindo.

Mas ao contrário do mundo anglo-saxônico, onde há diversos projetos e publicações destinados à *legal education research*, o conjunto dessa temática é muitas vezes negligenciado pela literatura jurídica no Brasil. Este artigo busca então mostrar a dinâmica que envolve o estudante de Direito no século XXI, numa reflexão ao mesmo tempo pedagógica e institucional: partindo de uma abordagem genealógica do ensino superior (2), passando pela análise crítica do estudo jurídico no Brasil (3), até chegar a uma síntese das oportunidades abertas pelo Direito (4), nosso principal objetivo é trazer uma visão panorâmica do curso, capaz de facilitar a trajetória acadêmica e as escolhas profissionais dos discentes.

Ser estudante, poderia dizer Nietzsche, é um rito de passagem, quando as pessoas precisam encarar a possibilidade de um “eterno retorno”.<sup>4</sup> De que maneira então o Direito pode ser uma escolha de vida?

## 2. SER ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO AO LONGO DOS SÉCULOS

Questionar de forma constante e frequente é a primeira chave para a sabedoria... É por meio da dúvida que somos levados a inquirir; e pelo inquirido nós percebemos a verdade.

Pedro Abelardo<sup>5</sup>

O filme *Em nome de Deus (Stealing Heaven)*, do diretor Clive Donner, narra a história verídica de um “amor proibido” entre Pedro Abelardo (eclesiástico, professor de filosofia, que fizera voto de castidade) e Heloísa de Argenteuil (uma jovem estudante). Para além desse “romance herético”, o filme mostra algumas cenas interessantes de quando Abelardo, rompendo com o conservadorismo da

<sup>3</sup> CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

<sup>4</sup> Nas palavras de Nietzsche: “Esta vida, assim como tu vives agora e como a viveste, terás de vivê-la ainda uma vez e ainda inúmeras vezes: e não haverá nela nada de novo, cada dor e cada prazer e cada pensamento e suspiro e tudo o que há de indivisivelmente pequeno e de grande em tua vida há de te retornar”. NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 208.

<sup>5</sup> ABELARDO, Pedro. *Sic et Non, Prologus*. In: SMALLEY, Beryl. **Studies in Medieval Thought**. The Humbledon Press, 1981. P. 2.

Igreja, decide abandonar o ensino na Catedral de Notre Dame, reunindo um grupo de estudantes ao seu redor, partindo para lecionar numa Igreja menos conservadora do outro lado do rio Sena.

Lá podemos ver esses jovens alunos conhecidos como goliardos<sup>6</sup>, reunidos com o mestre, muitos deles exaltados, contestando os dogmas da Igreja, abrindo-se às ideias racionalistas do novo pensamento escolástico. O filme acaba não mostrando, mas foi poucos meses depois que diversos professores, como Abelardo, buscando maior autonomia com relação à Igreja, se reuniram para fundar uma associação de docentes, que seria o berço da primeira universidade da França.

Era o começo dessa instituição milenar – a universidade –, que teve na participação dos alunos um componente fundamental.<sup>7</sup> Na Itália, o envolvimento estudantil aconteceu de forma ainda mais intensa, já que foi por meio de uma associação de alunos, nesse mesmo contexto de luta pela emancipação do ensino, que surgiu a *Universitas Bononiensis*, primeira universidade da história e maior centro de estudos do Direito na Idade Média.<sup>8</sup>

Como podemos perceber, ser estudante universitário carrega consigo uma genealogia e uma atitude particulares. Tanto na França como na Itália, nesse período que o historiador C. H. Hanskins definiu como o Renascimento do século XII<sup>9</sup>, tinha início uma ruptura paradigmática em direção ao Iluminismo, que encontrou na juventude da época uma atenção especial.

E esse protagonismo não parou por aí. Ao longo da história, há diversos momentos em que os estudantes assumiram um papel preponderante: da *Great Butter Rebellion* (iniciada em Harvard, no século XVIII)<sup>10</sup>, passando pelo *Free Speech Movement* (na Universidade de Berkeley)<sup>11</sup> e por Maio de 1968 (na Universidade de Nanterre)<sup>12</sup>, até a intensa participação da União Nacional dos

<sup>6</sup> Os goliardos eram um grupo de jovens na Idade Média. Eles representavam uma nova *intelligentia* urbana, que contestava a vida ascética (imposta pela Igreja), os privilégios sociais (dos nobres e membros do clero) e as diversas sombras do conhecimento (que dominaram a Idade Média). Segundo o historiador Jacques le Goff, sobretudo devido ao caráter crítico, os goliardos foram os precursores do Humanismo. LE GOFF, Jacques. *Os intelectuais na Idade Média*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006, p. 47-59.

<sup>7</sup> RUBIÃO, André. *História da Universidade*: genealogia para um “modelo participativo”. Coimbra: Almedina, 2013.

<sup>8</sup> VERGER, Jacques. *Les universités au Moyen Age*. Paris: PUF, 1973.

<sup>9</sup> HASKINS, Charles Homer. *The Renaissance of the Twelfth Century*. Cambridge: Harvard University Press, 1933.

<sup>10</sup> A Rebelião da Manteiga é considerada a primeira revolta estudantil na história da universidade americana. Ela se iniciou por conta de uma reclamação a respeito da qualidade da iguaria e acabou com metade dos alunos de Harvard sendo suspensos. Nas próximas décadas, vários outros protestos estudantis se sucederam nas universidades americanas, tendo como argumento central uma insatisfação dos alunos com a governança das instituições. Cf. ALLMENDINGER JR., David F.. *The Dangers of Ante-Bellum Student Life*. *Journal of Social History*, vol. 7, no. 1, Oxford University Press, 1973.

<sup>11</sup> Em 1964, os Estados Unidos viviam uma época conturbada. Três movimentos se destacavam: o *Civil Rights Movement* (na luta pelo direito das minorias); o *Peace Movement* (contra as armas nucleares e a Guerra do Vietnam); e o movimento pela liberação cultural (na esteira da *beat generation*). Em meio a essa efervescência, que gerou uma série de protestos, o Presidente da Universidade de Berkeley, na Califórnia, decidiu proibir todas as manifestações políticas no campus da universidade. Mas se a medida visava acalmar os ânimos dos estudantes, seu efeito acabou sendo o contrário: dali sairia o *Free Speech Movement*, organizado pelos alunos, seguido de uma série de greves, *sit-ins*, marchas, *protest songs* etc., que invadiriam quase todos os *campi* americanos. Cf. SEARLE, John. *The Campus War: A Sympathetic Look at the University in Agony*. New York: World Pub. Co., 1971.

<sup>12</sup> Maio de 68 foi uma revolta contra o autoritarismo. No caso dos protestos de Paris, havia uma tripla rejeição, conhecida pela expressão “3 P”, ou seja, os pais, os professores e os patrões. O movimento, que

Estudantes<sup>13</sup>, no combate ao regime militar brasileiro, a juventude sempre esteve à frente de importantes transformações sociais.

Diante desse vasto universo que atravessa a história da educação, gostaríamos de destacar o movimento de Córdoba, em 1918, na Argentina. Trata-se de um acontecimento importante, que acabou reinventando parte do ensino superior, tanto na América Latina como em outros países ao redor do mundo.

Como mostram Cria e Sanguinetti, a universidade de Córdoba era considerada a mais conservadora das instituições de ensino superior da Argentina.<sup>14</sup> Pouco a pouco um clima de inquietação foi tomando conta dos estudantes, que passaram a fazer manifestações, exigindo uma reforma universitária. Após uma eleição que manteve na reitoria o grupo conservador conhecido como *Corda Frates*, os protestos se intensificaram, chamando a atenção de todo o país. Liderados por Deodoro Roca (advogado egresso da Universidade), o grupo lançou um manifesto conhecido como o Grito de Córdoba e decidiu invadir a Universidade, sendo fortemente reprimido pela polícia. Mas a Argentina estava com os estudantes. Não demorou muito para eles ganharem o apoio de políticos, intelectuais, movimentos sociais e outros alunos, que foram desembarcando nas ruas de Córdoba. Exemplo disso foi o discurso do professor e líder político Alfredo Palacios diante de 10 mil pessoas, exigindo uma mudança radical do ensino superior do país, no sentido de incorporar uma gestão mais democrática, liberdade acadêmica, ensino gratuito e responsabilidade social das universidades.<sup>15</sup> Diante da pressão, o governo decretou intervenção na Universidade, dando início a uma série de reuniões com a presença de representantes do movimento estudantil, até que foram aprovadas diversas mudanças no estatuto da Universidade de Córdoba.

Para Juan Carlos Portantiero, autor do livro mais importante sobre o assunto, Córdoba foi o grande movimento de transformação de iniciativa estudantil na história do Ocidente. Depois da Argentina, as reformas ainda ganharam o continente, estendendo-se por outros países (Peru, Chile, México, Cuba, Uruguai, Venezuela etc.), com o intuito de acabar com a herança colonial, religiosa e oligárquica das universidades latino-americanas, e reivindicar uma pauta de mudanças, que só foram incorporadas por outras instituições espalhadas pelo mundo na segunda metade do século XX.<sup>16</sup>

Por outro lado, talvez a pretensão do movimento tenha sido muito grande. Deodoro Roca, por exemplo, dizia que a transformação da universidade equivalia à transformação social, ou seja, que o objetivo das mudanças nas instituições de

---

começou na Universidade de Nanterre, logo se espalhou por outras universidades da França e ganhou o apoio de trabalhadores e da população, que entrou em violentos confrontos com a polícia. Os protestos fizeram o presidente De Gaulle dissolver a Assembleia Nacional e convocar novas eleições.

<sup>13</sup> Posta na ilegalidade pelo regime militar, a UNE esteve à frente de diversas greves, como aquele para denunciar a morte do estudante Edson Luís Lima Souto, no restaurante Calabouço, no Rio de Janeiro, que mais tarde resultou na famosa Passeata dos 100 mil, um dos principais protestos contra a ditadura no Brasil.

<sup>14</sup> CIRIA, Alberto; SANGUINETTI, Horacio. **Universidad y Estudiantes**. Buenos Aires: Depalma, 1962.

<sup>15</sup> Cf. TUNNERMANN, Carlos. **Sesenta años de la reforma universitaria de Córdoba: 1918-1978**. San José: EDUCA, 1978.

<sup>16</sup> PORTANTIERO, Juan Carlos. **Estudiantes y Política en América Latina: el proceso de la reforma universitaria (1918-1938)**. México: Siglo Veintiuno, 1978.

ensino superior era transformar a sociedade como um todo.<sup>17</sup> Diante desse contexto, num período de intensa disputa política, com o mundo dividido entre capitalismo e socialismo, o grito de Córdoba acabou interrompido pelas ditaduras militares, que encerraram os movimentos de reformas. Como disse o controvertido poeta Leopoldo Lugones, a “hora da espada” tinha chegado.<sup>18</sup>

Mas o espírito de Córdoba sobreviveu. Muito além dessa discussão política, marcada pela polarização que caracterizou o século XX, não há dúvidas de que o movimento deixou um legado importante na história da universidade, em especial no que toca à participação estudantil. Esse protagonismo, cuja genealogia podemos observar desde a Idade Média, pode se refletir hoje em diversas formas na vida do estudante universitário, seja numa escala macro (com demandas por mudanças no cenário nacional, como por exemplo a mobilização estudantil no Chile, em 2011-2012; a Revolução Laranja na Ucrânia em 2004-2005; o *Occupy movement* iniciado nos EUA, em 2011 etc.) seja numa escala micro (envolvendo questões internas à vida acadêmica, como por exemplo a organização dos Diretórios Acadêmicos, que representam os estudantes nas universidades; a participação dos alunos em órgãos deliberativos, como os Conselhos Superiores; a possibilidade de participar de algumas votações etc.).

Essa participação dos estudantes é essencial para a vida acadêmica e para a sociedade. Ela carrega consigo uma voz própria – capaz de lançar um alerta, de sonhar mais alto, de proporcionar mudanças etc. –, lá onde muitas vezes as vozes mais experientes permanecem em silêncio. Como disse o ainda adolescente Pablo Neruda, em 1921, entusiasmado com o grito de Córdoba: “A juventude com sua lâmpada clara / pode iluminar os mais duros destinos, / ainda que na noite crepitem suas chamas / seu lume de ouro fecunda o caminho.”<sup>19</sup> Que os estudantes do século XXI, em especial no campo do Direito, continuem fazendo *jus* a essa tradição.

### 3. BREVE HISTÓRICO DAS FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL

Fora, outrora, diretor-geral do Ministério do Reino, e sempre que dizia “El-rei”, erguia-se um pouco na cadeira. Os seus gestos eram medidos, mesmo a tomar rapé. Nunca usava palavras triviais; não dizia *vomit*, fazia um gesto indicativo e empregava restituir. Dizia sempre “o nosso Garrett, o nosso Herculano”. Citava muito. Era autor.

Eça de Queiroz<sup>20</sup>

O personagem descrito na epígrafe acima, o Conselheiro Acácio, tornou-se conhecido no universo do Direito. A partir dele, Eça de Queiroz dirigia uma crítica aos juristas do século XIX, em especial à maneira de falar, de se vestir e de se

<sup>17</sup> ROCA, Deodoro. ¿Qué es la ‘reforma universitaria’? In: PORTANTIERO, Juan Carlos. **Estudiantes y Política en América Latina: el proceso de la reforma universitaria (1918-1938)**. México: Siglo Veintiuno, 1978.

<sup>18</sup> *Apud*. ROMERO, José Luis. **Breve historia de la Argentina**. Buenos Aires: Tierra Firme, 2005.

<sup>19</sup> Publicado no jornal Claridad, em 8 de outubro de 1921. No original: La juventud con su / lámpara clara puede / alumbrar los más duros / destinos, aunque en la noche crepiten sus / llamas su lumbre de oro / fecunda el camino.

<sup>20</sup> QUEIROZ, Eça de. **O primo Basílio**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 36.

apresentar perante a sociedade. Criou-se até mesmo um termo pejorativo – “acacianismo” –, para denunciar o excesso de pompa que até hoje cerca o mundo do Direito.

Além disso o Conselheiro Acácio é um personagem interessante para ilustrar a história e as transformações na formação e na atuação dos juristas no Brasil. Até o começo do século XIX, Portugal não permitia a criação de faculdades de Direito na colônia. Foi somente a partir da independência, em 1822, que surgiram as primeiras escolas jurídicas em Pernambuco e São Paulo.<sup>21</sup> Na época, como o Brasil ainda estava consolidando suas instituições, era preciso formar os funcionários da administração estatal, inseridos nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além de outros profissionais liberais. É nesse período que surge a “cultura do bacharelismo”, ligada à necessidade de os jovens passarem pelo ensino superior, em especial o Direito, para se tornarem respeitados e alcançarem cargos importantes na sociedade. E é nesse sentido que o Conselheiro Acácio, ainda que inserido na realidade portuguesa, ilustra esse novo “grupo social” que foi se formando no seio da burguesia, destacando-se das massas, criando suas redes de relacionamentos, com o intuito de fazer parte da elite dirigente.<sup>22</sup> Eles eram, conforme o título do livro clássico de Sérgio Adorno, os “aprendizes do Poder”.<sup>23</sup>

É importante destacar esse contexto que envolve o surgimento do estudo jurídico no Brasil, uma vez que a ideia de uma “cultura elitista” continua no imaginário das faculdades de Direito. Se pensarmos na história da universidade, essa tradição de formar uma “elite dirigente” foi sendo formulada na Inglaterra e atingiu seu paroxismo com o chamado “modelo newmaniano”. Em meados do século XIX, o célebre acadêmico de Oxford, John Newman, proferiu diversas palestras sobre sua ideia de como e para que deveriam existir as universidades. Na época, com a Revolução Industrial, uma série de novas técnicas e profissões estavam surgindo, incorporando-se aos currículos e às atividades das universidades. Newman partiu então para o ataque. Na visão dele a universidade era o local para duas coisas: adquirir uma “educação liberal” (ou seja, uma cultura geral, conforme a tradição grega) e formar o *gentleman* (ou seja, o homem público, parte da elite nacional). Nada do utilitarismo ligado às novas profissões emergentes ou de valorizar o universo da Ciência, segundo a vasta tradição do empirismo inglês. Conforme sintetizou Clark Kerr, na visão de Newman era preciso:

elevar o nível intelectual da universidade, cultivar o espírito público, apurar o gosto nacional, contribuir com princípios verdadeiros para o entusiasmo popular (...), facilitar o exercício do poder político e refinar o relacionamento da vida privada.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

<sup>22</sup> No caso do Brasil, numa perspectiva mais sociológica, há uma vasta análise crítica no que toca o envolvimento dessa elite na “cultura do patrimonialismo”. Nesse sentido, num livro que se tornou clássico, Stuart B. Schwartz analisou a criação da Relação da Bahia, mostrando como os juristas portugueses recém chegados não demoravam a se integrar nas redes de interesse espalhadas pelo país. SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979.

<sup>23</sup> ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de janeiro: Paz e Terra, 1988.

<sup>24</sup> KERR, Clark. **Os usos da universidade**. Fortaleza: Edições UFC, 1982, p. 20.

De fato, essa “ideia de universidade”, que no século XX ganhou uma releitura com um livro bombástico de Allan Bloom<sup>25</sup>, ainda paira na cabeça de muitas pessoas. E no caso do Brasil (em outros países também), numa época em que o Direito era o único curso ligado às Humanidades, o ensino jurídico passou a ser o *locus* por excelência para a “cultura do bacharelismo” ou, numa expressão que se tornou famosa, para a construção do mito do “meu filho doutor”.<sup>26</sup>

Ainda que numa menor escala, não há dúvidas de que essa imagem do Direito permanece viva na contemporaneidade. Como atesta o jurista brasileiro e professor em Harvard, Mangabeira Unger, falando de uma realidade internacional:

Nesses países, os alunos procuram as faculdades de direito como porta de entrada para a elite nacional. E lá esperam aprender qual o “deal” na sociedade – os pactos fundamentais do poder – e qual a linguagem em que se descreve e se revê esse “deal”. A quase ausência, fora dos países de fala inglesa, de um ensino universitário genérico e pré-profissional motiva a busca de um outro instrumento para habilitar jovens a entrar nos quadros dirigentes da sociedade. Para isso servem as faculdades de direito.<sup>27</sup>

Mangabeira Unger tem razão. Além disso, no que toca a essa “falta de um ensino universitário genérico e pré-profissional”, a que ele se refere, o Brasil corre um sério risco de ficar para trás. Recentemente a Europa, por meio do Processo de Bolonha, começou a se adequar a esse “modelo norte-americano”, em que os discentes fazem um bacharelado interdisciplinar, de três a quatro anos, optando por disciplinas de diversas áreas, antes de decidir qual profissão gostariam de seguir. Isso evita escolhas precoces, deixando uma margem para o aluno, que pode transitar em várias áreas, ampliando sua formação e sua cultura geral, para depois especializar-se.<sup>28</sup>

No caso do Brasil, em face desse atraso institucional, o Direito acabou se constituindo no porto seguro das Humanas, ou seja, o curso onde muitos estudantes

---

<sup>25</sup> O livro permaneceu várias semanas em primeiro lugar na lista do New York Times dos mais vendidos nos EUA. Nele, Bloom atacava o multiculturalismo e a massificação dos *campi* americanos, defendendo que a universidade deveria ser o local para uma elite dirigente e para o ensino dos cânones da cultura Ocidental. Cf. BLOOM, Allan. **O declínio da cultura ocidental: da crise da universidade à crise da sociedade**. São Paulo: Best Seller, 1989.

<sup>26</sup> CASTELO BRANCO, Uyguaciara Veloso. **A construção do mito do "Meu filho doutor"**. João Pessoa: Fundação Casa de José Américo, 2005.

<sup>27</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. In: Cadernos FGV Direito Rio. Educação e Direito, 1. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2005, p. 19.

<sup>28</sup> No Brasil, houve uma proposta de reforma universitária nesse sentido. A Universidade Nova, de iniciativa de Naomar Almeida Filho, propõe a implementação de um Bacharelado Interdisciplinar (BI), com duração de três anos, onde haveria módulos obrigatórios e módulos optativos, visando a formação dos alunos em grandes áreas do conhecimento: Artes, Humanidades, Ciências, Tecnologias, Saúde. Com esse diploma, os egressos poderiam enfrentar o mundo do trabalho, em suas respectivas áreas, ou prosseguir os estudos, tendo as seguintes opções, variando de dois a cinco ou mais anos: profissionalização (Direito, Medicina, Engenharia etc.); licenciatura (para ensinar nos níveis básicos de educação); e programas de pós-graduação (mestrados e doutorados). Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A Universidade no Século XXI: para uma Universidade Nova**. Coimbra: Almedina, 2009.

desembarcam, ainda indecisos, em busca de uma formação mais genérica, capaz de abrir um leque amplo de escolhas.

Diante dessa realidade, que talvez explique o vasto número de faculdades de Direito no Brasil, e da heterogeneidade dos alunos que buscam essa formação, nos parece importante delinear uma cartografia das possibilidades acadêmicas e profissionais para o estudante de Direito. Por onde anda Têmis, a deusa da Justiça, neste século XXI?

#### 4 O JURISTA INSERIDO NA “SOCIEDADE EM REDE”

*A multiversity não adora um único Deus.*

Clark Kerr<sup>29</sup>

Até o começo do século XX, as universidades mais importantes do mundo estavam na Alemanha. Eram instituições voltadas para a “pesquisa pura”, no sentido de descobrir as teorias ou as regras científicas de cada campo, sem uma preocupação imediata com a aplicabilidade daquele conhecimento. Prova disso é que diversos reitores de universidades americanas – como C. W. Eliot (Harvard) – cruzaram o Atlântico em busca de ideias para modernizar suas instituições. E tão logo o “modelo alemão” chegou à América, o mundo acadêmico ficou entusiasmado. No seu livro clássico, Abraham Flexner (1968), um dos mais importantes intelectuais ligados à educação, não poupou elogios àquela iniciativa, seguro de que em breve os EUA teriam as mais importantes instituições acadêmicas do planeta.

Mas se Flexner estava correto com relação ao futuro das universidades norte-americanas, seu diagnóstico da época estava equivocado. “A história – disse Clark Kerr mais tarde, criticando-o – corre mais rápido do que a pena do observador”. Afinal, enquanto Flexner escrevia o seu livro, a universidade norte-americana, muito além de Berlim, se transformava numa “instituição de tipo inédito”.<sup>30</sup>

Definida por Kerr, a *multiversity* foi um grande sucesso. É verdade que existem críticas<sup>31</sup>, mas não há dúvidas de que esse “modelo norte-americano”, incorporando todas as tendências de universidades da época (pesquisa pura, cultura geral, profissionalização, responsabilidade social, parcerias com outras instituições

<sup>29</sup> KERR, Clark. **Os usos da universidade**, *op. cit.*, p. 113.

<sup>30</sup> KERR, Clark. **Os usos da universidade**, *op. cit.*, p. 19-22.

<sup>31</sup> A principal crítica é de que a *multiversity*, ao longo dos anos, sobrevalorizou a formação profissional dos alunos e as parcerias com empresas voltadas para o lucro, em detrimento da cultura geral, da responsabilidade social, do saber sistêmico, da pesquisa pura, de parcerias com organizações da sociedade civil etc. Na contemporaneidade, esse discurso mais ligado a uma visão de mercado da universidade é associado aos teóricos da *New Production of Knowledge* (ou Modo 2 de produção do conhecimento), em especial ao sociólogo britânico Michael Gibbons, consultor das principais organizações internacionais para o ensino superior. Como ele mesmo afirma, num relatório para o Banco Mundial, “o novo paradigma está trazendo consigo uma nova cultura de responsabilidade como é evidente pela expansão do gerencialismo e do *ethos* do valor do dinheiro através dos sistemas internacionais de educação superior”. GIBBONS, Michael. **Higher Education Relevance in the 21 Century**. Washington: World Bank, 1998, p. 13. Para uma visão geral da tese dos autores ligados a essa corrente, cf. GIBBONS, Michael *et al.* **The New Production of Knowledge**. The Dynamics of Science and Research in Contemporary Societies. London: Sage Publications, 1994 e NOWOTNY, Helga *et al.* **Repenser la science**, Paris: Editions Belin, 2003. Para uma crítica à postura deles em relação à universidade, cf. MONTLIBERT, Christian de. *Savoir à vendre: l'enseignement supérieur et la recherche en danger*. Paris: Raisons d'Agir, 2004.

etc.), se tornou o paradigma institucional do mundo contemporâneo. Tal como o “multiverso”, de William James, a universidade passava a ser um local onde cabiam diversas atividades, intercaladas numa escala contínua e plural, ligando alunos, professores, empresas, governos, ong’s, associações culturais etc., em torno do conhecimento.

No que toca ao Direito, essa análise de Kerr fazia ainda mais sentido. Para além de um conjunto de leis, fechadas e lecionadas na perspectiva de uma “teoria pura”, o universo jurídico passou a se apresentar de forma abrangente, contemplando outras disciplinas, abrindo várias possibilidades no mundo acadêmico e profissional. Assim, da advocacia e dos concursos públicos à gestão empresarial numa economia globalizada, passando pelas organizações da sociedade civil, pelas políticas públicas e pesquisas teórico-empíricas, os discentes devem ficar atento às diversas perspectivas que o curso de Direito lhes oferece. Vejamos uma parte desse “multiverso”.

Para começar, gostaríamos de sublinhar a vocação que o Direito tem para compreender e transformar as instituições sociais. Essa temática parece importante, uma vez que ela é transversal a todos os campos jurídicos, independente do caminho que os estudantes queiram seguir. Mangabeira Unger, falando sobre como deveriam ser as faculdades de Direito no Brasil, defende esse “enfoque institucionalista” por duas razões. A primeira delas é por conta do fenômeno da globalização. Num mundo onde cada vez mais os juristas precisam lidar com problemas transnacionais – envolvendo empresas, governos, indivíduos, associações etc. –, a principal ferramenta que eles têm em mãos, na impossibilidade de dominar todas as legislações, é conhecer como funcionam as instituições sociais. Não que haja uma homogeneidade nesse sentido, diz Mangabeira Unger, mas, sobretudo depois da queda do Muro de Berlim, as formas de organização institucional espalhadas pelo mundo vêm se estreitando, sendo que

ao dominar o repertório, o jurista, ou o advogado prático, consegue traduzir uma linguagem do direito de um país na linguagem do direito de outro país. Consegue distinguir entre diferenças verdadeiras e equivalências funcionais. Consegue, enfim, abrir caminho numa floresta de pormenores e dar forma a um amontoado de acidentes.<sup>32</sup>

De fato, no curso de Direito, o aluno tem a possibilidade de compreender as linhas gerais dessas instituições – a família, as associações da sociedade civil, o Poder Judiciário, o Ministério Público, os parlamentos, os tribunais de contas etc. –, que são as principais formas de organização social, inseridas no mundo jurídico. Além disso, na visão de Mangabeira Unger, há uma segunda razão para se valorizar um “enfoque institucionalista”. Trata-se da necessidade de os profissionais do Direito, sobretudo num país ainda marcado pela corrupção e pela exclusão social, voltarem a ter um protagonismo maior na organização da sociedade. Afinal, diz ele, “a vocação do pensamento jurídico numa democracia, para além das fronteiras da praxe do advogado, é transformar-se numa prática de imaginação institucional, no terra a terra dos problemas imediatos e das possibilidades próximas”.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil*, *op. cit.*, p. 21.

<sup>33</sup> UNGER, Roberto Mangabeira. *Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil*, *op. cit.*, p. 22.

Para exemplificar essa “importância institucional”, vale a pena fazer alusão a um dos trabalhos mais importantes sobre o assunto no Direito. O livro *Acesso á justiça*, de Cappelletti e Garth<sup>34</sup>, tornou-se um clássico, com linguagem acessível para os estudantes. No geral, os autores levantam as seguintes perguntas: O que fazer para que os processos judiciais se tornem mais céleres?; De que forma viabilizar advogados para as pessoas que não têm condições de contratar um?; Como evitar que o Judiciário fique abarrotado de demandas?; É possível modernizar e diminuir os custos do sistema? Ora, como podemos perceber, a grande preocupação de Cappelletti e Garth é refletir sobre maneiras de melhorar ou de consolidar algumas instituições ligadas à Justiça. Dessa forma, se levarmos em conta os profissionais ligados ao Direito – juízes, promotores, delegados de polícia, gestores de políticas públicas, pesquisadores universitários, advogados que prestam consultoria para organizações civis, entidades de classe, grandes empresas etc. – é fácil imaginarmos as diversas questões ligadas à “análise institucional” com que os alunos irão se deparar ao longo de suas carreiras. Enfim, conforme a célebre expressão do cientista político Adam Przeworski, *institutions matters*.<sup>35</sup>

Outro ponto importante nesse “multiverso” do estudo do Direito é a pesquisa. Cada vez mais os estudantes são instigados a analisar e depois escrever sobre um determinado tema. *Grosso modo*, isso é fazer uma pesquisa. Na vida acadêmica, ela pode surgir de diferentes formas: por meio de um artigo (para ser publicado num jornal, revista ou sítio); nos trabalhos de iniciação científica; nos grupos de estudo e pesquisa; nos trabalhos de conclusão de curso; na especialização, no mestrado, no doutorado etc. No meio acadêmico norte-americano, há uma expressão – *publish or perish* (publique ou desapareça) – que ilustra a relevância da pesquisa. Vejamos porque ela é importante para o aluno desde o começo do curso.

O filósofo da USP e ex-ministro da Educação, Renato Janine Ribeiro, tem um artigo interessante sobre pesquisa. Com um título provocador – Não há pior inimigo do conhecimento que a terra firme –, o texto fala da importância de as pessoas se arrisarem e buscarem mais inovação nas pesquisas, colocando nelas seus anseios, suas paixões, lançando-se no tema e na construção do texto, de forma intrínseca, conscientes de que esse processo, consoante com aquilo que os alemães chamam de *Bildung*, faz parte de uma educação e de uma formação diante do mundo.<sup>36</sup> Assim como o Direito é um campo vasto, não é difícil para os alunos encontrarem algo que os motive. Basta eles pensarem nos *posts* que compartilham nas redes sociais. Mas, em vez de emitir uma breve opinião sobre um assunto (por exemplo, o grande problema do Brasil é a corrupção; o governo deveria diminuir a carga tributária; o sistema prisional não reeduca ninguém; a eutanásia deveria ou não deveria ser autorizada), o aluno poderia aprofundar no assunto, procurar dados, entrevistar pessoas, comparar com outros países etc. E é justamente à medida que eles entram na complexidade do tema (com suas contradições, nuances, riscos, oportunidades etc.) e à medida que vão construindo sua narrativa (escolhendo isso em vez daquilo, priorizando uma análise em detrimento de outra) é que eles vão se conhecendo melhor, desenvolvendo sua capacidade crítica, abrindo-

<sup>34</sup> CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

<sup>35</sup> PRZEWORSKI, Adam. *Democracy and Development*: political institutions and well-being in the world, 1950-1990. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

<sup>36</sup> RIBEIRO, Renato Janine. Não há pior inimigo do conhecimento que a terra firme. *Tempo Social. Rev. Sociol. USP*. São Paulo, 11(1), 1999, p. 192.

se para questões que vão muito além do objeto pesquisado. Trata-se de um momento, parafraseando Deleuze e Guattari, em que encontramos “um pouco de ordem para nos proteger do caos”.<sup>37</sup>

Também vale a pena destacar a importância das pesquisas e das publicações no *curriculum vitae* dos discentes. Hoje em dia, com a concorrência no mundo do trabalho, não basta uma simples graduação. Exige-se cada vez mais uma formação complementar, por meio de especialização, mestrado, doutorado etc. Nesse sentido, a participação em projetos de pesquisa e a publicação de artigos são quesitos valorizados, contando pontos nos editais para entrar numa pós-graduação. E mesmo diante de uma seleção de emprego (para trabalhar, por exemplo, num escritório de advocacia) ou de uma promoção no serviço público (um juiz, por exemplo, que queira se tornar desembargador), ter trabalhos publicados é um diferencial que revela a capacidade crítica e a presença no debate público. Isso sem contar a internet, que vem se tornando o principal cartão de visita das pessoas. Aparecer ou existir no Google, por conta de uma publicação, além de trazer visibilidade, abre diversas portas num mundo cada vez mais conectado.

Ainda no “multiverso” do Direito, outro grande tema que podemos destacar é o ensino. A relação entre professores e alunos na sala de aula constitui a essência da educação. Quantos livros e filmes retratam as influências recíprocas e histórias de vida que nos dão a certeza de que não iremos sucumbir ao ensino virtual. Allan Bloom, por exemplo, tem falas geniais – seja nos seus livros ou na voz de Saul Bellow, prêmio Nobel de literatura, que escreveu um romance inspirado nele –, mostrando que quando um aluno procura pessoalmente um professor existe uma “possibilidade” (ou a chance de uma “arte do encontro”), seja por meio de um conselho, de um livro indicado, de um sentimento de empatia, de uma ideia ou uma frase qualquer, que podem transformar ou trazer uma nova direção à vida das pessoas.

Nesse sentido, a participação dos alunos em sala de aula é fundamental, sobretudo no Brasil, onde ainda prevalecem as “aulas expositivas” (em que o professor dá uma palestra). Nos Estados Unidos, além de outros países anglo-saxões (de tradição da *common law*), há muito tempo prevalece o “método socrático” (diálogo entre professores e alunos) ou as “discussões de casos” (o professor apresenta um caso jurídico para ser debatido em sala). Mas não há dúvidas de que as coisas estão se transformando. Ainda nos anos 1950, num texto que se tornou clássico no Direito, San Tiago Dantas já defendia uma mudança do nosso *text system* (modelo de ensino sistemático e expositivo) para o *case system* (modelo com discussões a partir de casos concretos).<sup>38</sup> Isso sem falar em Paulo Freire, cuja célebre prática dialógica e emancipatória da educação, apesar de não ter reverberado muito nas faculdades de Direito na época em que foi formulada, vem ressurgindo nos planos pedagógicos e diretivas nacionais para o ensino jurídico.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 259.

<sup>38</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. A educação jurídica e a crise brasileira. In: **Cadernos FGV Direito Rio**. Educação e Direito, 3. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

<sup>39</sup> FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. Tal como podemos perceber no art. 3º, da resolução 9, do Conselho Nacional de Educação: “O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que

É importante então que os alunos, mesmo diante de aulas mais expositivas, se envolvam com o conteúdo ministrado, por meio de perguntas e questionamentos. Essa participação ajuda na retórica e no poder de convencimento, elementos que sempre fizeram parte do *savoir faire* do Direito. Outras oportunidades, nesse mesmo sentido, são os júris simulados, as competições de debates, as simulações de negócios etc., organizadas pelos professores em sala de aula ou por instituições espalhadas pelo Brasil e pelo mundo.<sup>40</sup> Resumindo, saber falar em público é importante – que o diga Cícero, autor do livro *De Oratore*, considerado por muitos o maior jurista da história – e é através da prática e da experiência que aprendemos essa arte.

Outro componente importante ligado ao ensino, mas que vai muito além dele, é a inserção dos alunos no desenvolvimento das novas tecnologias digitais e da internet. Há um vasto campo, referente à inovação, sendo aberto no universo que perpassa o Direito, como por exemplo as *start ups* que buscam automatizar o trabalho dos advogados, as novas plataformas de pesquisa e comunicação, a governança digital, o processamento de *big data*, a compreensão da arquitetura técnica, dos códigos e das auto-regulações da internet etc. Não há dúvidas de que as faculdades de Direito, ao longo deste século, terão que se adaptar a essa nova realidade, inserindo os alunos e preparando os profissionais do Direito para os desafios e as possibilidades desse novo contexto de aceleração da “era da informação”.<sup>41</sup>

Para terminar nosso “multiverso”, gostaríamos de falar da extensão. Essa palavra é desconhecida da maioria das pessoas, apesar de ser uma das funções da universidade, conforme disposto na Constituição. É importante então que os alunos se informem a respeito das atividades de extensão, uma vez que todas as faculdade no Brasil têm um núcleo ou um departamento para esse fim. Vejamos o que isso significa.

O termo “extensão” surgiu na Inglaterra, durante a Revolução Industrial, quando as universidades se viram obrigadas a responder às demandas sociais, diversificando suas atividades para atender à formação técnica que o novo modo de produção exigia.<sup>42</sup> Criou-se uma *extended university*, ou seja, uma instituição que se abria em direção à sociedade, por meio de pequenos cursos profissionalizantes ou de formação contínua, diferenciando-se do modelo mais fechado e elitista da época. Com o tempo, o conceito acabou se transformando, sobretudo na América Latina, onde continua a ser bastante utilizado, ao contrário do que acontece em outros países ocidentais. Para tanto, o movimento de Córdoba foi fundamental. A partir dele, passou-se a identificar a extensão não somente com cursos oferecidos para a sociedade, mas com uma verdadeira responsabilidade social. A universidade deveria assumir um papel preponderante, desenvolvendo atividades que pudessem trazer uma melhora na vida das pessoas não de forma vertical, como se a instituição apenas transmitisse um saber, mas de maneira dialógica e circular, permitindo uma troca

---

fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania.”

<sup>40</sup> Nesse sentido, o filme **The Great Debaters (O grande desafio)**, 2007, baseado numa história verídica, pode ser inspirador. Ele mostra um grupo de jovens negros de um pequeno college norte-americano ganhando uma competição de debates contra alunos de uma grande universidade.

<sup>41</sup> LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005, p. 7-16.

<sup>42</sup> SOUSA, Ana Luiza. **A história da extensão universitária**. Campinas: Alínea, 2000.

entre a universidade e a sociedade, algo fundamental para o conjunto das atividades produzidas pela instituição.<sup>43</sup>

Como podemos perceber, trata-se de um conceito ambicioso, inserido num vasto debate sobre qual o papel da universidade no tecido social. De forma mais pragmática, tal como é feito na maior parte das faculdades de Direito do Brasil, podemos trazer uma definição *a contrario sensu* da extensão, no sentido de que ela envolve um conjunto de atividades, no meio acadêmico, diferentes daquelas voltadas para o ensino em sala de aula e para a pesquisa, ou seja, congressos e seminários, eventos culturais e desportivos, iniciativas de responsabilidade social, parcerias com outras instituições etc.

O projeto de extensão mais conhecido no universo do Direito, presente em diversas faculdades, é o Núcleo de Assistência Jurídica. Por meio dele é fornecido serviço de advocacia de forma gratuita para pessoas menos favorecidas, sendo que os estudantes podem trabalhar como estagiários. Há várias outras iniciativas interessantes ligadas à responsabilidade social, espalhadas pelo Brasil: núcleos de mediação jurídica, clínicas de direitos humanos, trabalhos com comunidades indígenas e quilombolas, caravanas de justiça, oficinas de cidadania, projetos ligados ao meio ambiente, ao direito previdenciário etc. Essas atividades quase sempre contam com parcerias institucionais – Ministério Público, tribunais de Justiça, secretarias de políticas públicas, organizações não-governamentais etc. – e abrem diversas oportunidades de bolsas e estágios para os estudantes. Participar delas, como defende Miracy Gustin, muito além da aquisição de competências instrumentais, contribui para nosso “processo emancipatório” diante do mundo.<sup>44</sup>

Fora essas atividades mais ligadas à responsabilidade social, os estudantes devem ficar atentos às outras oportunidades inseridas no universo da extensão, que vão das ações culturais (cineclubes, saraus literários, festivais de música, concursos artísticos etc.) às iniciativas acadêmicas e comunicativas (congressos, seminários, rádios e jornais universitários), passando pelos eventos desportivos (treinamentos, campeonatos internos, jogos jurídicos) e por parcerias institucionais (com empresas, escritórios, parlamentos, tribunais, sistemas prisionais etc.).<sup>45</sup> Para o êxito dessas atividades, é fundamental o engajamento dos estudantes, em especial por meio dos diretórios acadêmicos, que muitas vezes organizam os eventos de extensão em conjunto com os professores e membros da administração.

Como podemos perceber, a extensão proporciona uma “universidade viva”, por meio da qual os alunos podem se socializar e engrandecer sua formação,

---

<sup>43</sup> O Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (2000/2001, p. 5), criado em 1987, definiu a extensão da seguinte forma: “o processo educativo, cultural e científico que articula o Ensino e a Pesquisa de forma indissociável e viabiliza a relação transformadora entre a universidade e a sociedade. (...) A Extensão é uma via de mão-dupla, com trânsito assegurado à comunidade acadêmica, que encontrará, na sociedade, a oportunidade de elaboração da praxis de um conhecimento acadêmico. No retorno à Universidade, docentes e discentes trarão um aprendizado que, submetido à reflexão teórica, será acrescido àquele conhecimento. Esse fluxo, que estabelece a troca de saberes sistematizados, acadêmico e popular, terá como consequências a produção do conhecimento resultante do confronto com a realidade brasileira e regional, a democratização do conhecimento acadêmico e a participação efetiva da comunidade na atuação da Universidade.”

<sup>44</sup> GUSTIN, Miracy Barbosa Sousa. A complexidade social e o ensino do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 23, Belo Horizonte, 2000.

<sup>45</sup> Os teóricos ligados à **New Production of Knowledge** acreditam que as parcerias devem constituir a essência do ensino superior. Para Gibbons, o antigo lema “*publish or perish*” se transforma em “*partnership or perish*”. GIBBONS, Michael. **Higher Education Relevance in the 21 Century**, p. 62.

passando por diversas experiências ligadas ao universo acadêmico. E muito além da possibilidade de constituir uma rede de contatos (ou *networking*, como chamam os norte-americanos, que enfatizam muito seu valor), o conjunto dessas atividades contribui para aquilo que Flaubert, numa célebre história de um estudante de Direito que se aventura por Paris, definiu como a “educação sentimental”<sup>46</sup>, algo que é essencial em nossas vidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS - A JUSTIÇA NAS VEREDAS DO ESTUDANTE

O justo que era, aquilo estava certo. Mas, de outros modos – que bem não sei – não estava. (...) Quem sabe direito o que uma pessoa é? Antes sendo: julgamento é sempre defeituoso, porque o que a gente julga é o passado. Eh, bê. Mas, para o escriturado da vida, o julgar não se dispensa; carece?

Guimarães Rosa<sup>47</sup>

As palavras de Riobaldo, durante o julgamento do jagunço Zé Bebelo, mostram a angústia de um ser humano diante da justiça. O que é certo ou errado – pensava ele, após o chefe da tribo autorizar os discursos a favor e contra o acusado –, naquele sertão miserável, onde impera a lei da vida? Essa pergunta, que se repete ao longo da obra de Guimarães Rosa, revela um dos grandes arquétipos do Direito, presente em todas as épocas e em todos os lugares: O que é a justiça? De que maneira alcançá-la?

Trata-se de questões complexas. O jurisconsulto Ulpiano, num dos mais importantes textos do Direito Romano, disse que a Justiça é a “firme vontade de dar a cada um o que é seu”<sup>48</sup>. O sucesso dessa definição, talvez a mais famosa da história do Direito, se dá justamente pelo fato de Ulpiano não entrar no conteúdo material daquilo que ele indica. Afinal, poderíamos perguntar, qual o critério para definir o que pertence às pessoas?

Uma lição que os estudantes devem aprender, desde o início do curso, é que o Direito nunca foi e parece ser cada vez menos uma ciência exata. Mas esse ideal de “dar a cada um o que é seu”, por mais complexo que seja, pode ser encontrado em diversas etapas do “multiverso jurídico”: projetos de extensão (a partir do contato com a realidade social), ensino (por meio de uma prática dialógica), pesquisa (por meio da construção de um saber), exercício da advocacia (com uma postura ética na defesa dos direitos), serviço público (com o aperfeiçoamento das instituições) etc. Isso confirma que a ideia de justiça não pode ser negligenciada.

Nesse sentido, o professor de Princeton Christopher L. Eisgruber, no título de um artigo interessante, faz a seguinte pergunta: *Can Law Schools Teach Values?* Segundo ele, a resposta afirmativa para essa questão, insere-se numa crítica à recorrente anedota que se conta sobre o grande juiz norte-americano O. W. Holmes. A caminho da Suprema Corte, quando um colega lhe disse, “Faça justiça”, Holmes teria dito, “Esse não é o meu trabalho, meu trabalho é praticar o jogo conforme as

<sup>46</sup> FLAUBERT, Gustave. **A educação sentimental**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

<sup>47</sup> ROSA, João Guimarães, **Grande Sertão**: Veredas. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006, p. 245.

<sup>48</sup> JUSTINIANO. **Instituições de Justiniano**. Curitiba: Tribunais do Brasil Ltda, 1979, 1.1.10.2.

suas regras”. Para Eisgruber, é preciso então reforçar a conexão entre Direito e Justiça: esse é um dos valores, diz ele, que as faculdades podem ensinar.<sup>49</sup>

Mas se Eisgruber é pessimista com relação ao papel da universidade na mudança estrutural da sociedade (ele acredita que a importância do ensino desses valores, como justiça, está muito mais ligada à formação ética individual dos alunos para sua atuação profissional), nós gostaríamos de concluir defendendo a tese contrária.

Num livro famoso, Burton J. Bledstein mostrou como a universidade norte-americana foi a principal instituição para formar o espírito de competitividade, mérito, competência, daquilo que ele chamou de “*culture of professionalism*” dos EUA.<sup>50</sup> O que Bledstein está nos dizendo, em comparação com os “modelos de universidade” que vimos anteriormente, é que a *multiversity* norte-americana, em meio às suas diversas atividades, acabou privilegiando a formação dos alunos, preparando-os para um mundo competitivo, e que com isso ela foi responsável por constituir uma parte importante da ética e do *know-how* da economia de mercado nos EUA. Ora, não seria possível imaginar um equilíbrio maior na universidade – valorizando-se, por exemplo, as práticas do tripé ensino-pesquisa-extensão que valorizam a ideia de justiça –, capaz de difundir para a sociedade uma “*cultura da cidadania*”?

Enfim, contra a descrença de Eisgruber, não podemos subestimar o poder institucional da universidade na constituição de uma “consciência coletiva”, tal como demonstra a análise de Bledstein. E muito além das faculdades de Direito, apesar de sobretudo nelas, a valorização dessas práticas envolvendo o “dar a cada um o que é seu”, ao longo da vida acadêmica dos estudantes, contribui para aquilo que Guimarães Rosa, no canto de cisne de Riobaldo, definiu como “travessia”.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do Poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALLMENDINGER JR., David F.. The Dangers of Ante-Bellum Student Life. **Journal of Social History**, vol. 7, no. 1, Oxford University Press, 1973.

ASSIS, Machado de. **Memórias póstumas de Brás Cubas; Dom Casmurro**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

BLEDESTEN, Burton J. **The Culture of Professionalism**. The Middle Class and the Development of Higher Education in America. New York: Norton & Company, 1976.

---

<sup>49</sup> EISGRUBER, Christopher L. Can Law Schools Teach Values? *University of San Francisco Law Review*, v. 36, p. 603-619, Spring 2002, p. 610-611.

<sup>50</sup> BLEDESTEN, Burton J. **The Culture of Professionalism**. The Middle Class and the Development of Higher Education in America. New York: Norton & Company, 1976.

BLOOM, Allan. **O declínio da cultura ocidental**: da crise da universidade à crise da sociedade. São Paulo: Best Seller, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro; Bryant, Garth. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTELO BRANCO, Uguaciara Veloso. **A construção do mito do "Meu filho doutor"**. João Pessoa: Fundação Casa de José Américo, 2005.

CIRIA, Alberto; SANGUINETTI, Horacio. **Universidad y Estudiantes**. Buenos Aires: Depalma, 1962.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O que é a filosofia?** Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

EISGRUBER, Christopher L. Can Law Schools Teach Values? **University of San Francisco Law Review**, v. 36, p. 603-619, Spring 2002.

FLEXNER, Abraham. **Universities**: American, English, German. New York: Oxford University Press, 1968.

FLAUBERT, Gustave. **A educação sentimental**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

FÓRUM DE PRÓ-REITORES DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS BRASILEIRAS. **Plano Nacional de Extensão Universitária**. Brasília: MEC/SESu, 2000/2001.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

GIBBONS, Michael; LIMOGES, Camille; NOWOTNY, Helga; SCHWARTZMAN, Simon; SCOTT, Peter; TROW, Martin. **The New Production of Knowledge**. The Dynamics of Science and Research in Contemporary Societies. London: Sage Publications, 1994.

GIBBONS, Michael. **Higher Education Relevance in the 21 Century**. Washington: World Bank, 1998.

GUSTIN, Miracy Barbosa Sousa. A complexidade social e o ensino do Direito. **Revista da Faculdade de Direito de Minas Gerais**, n. 23, Belo Horizonte, 2000.

HASKINS, Charles Homer. **The Renaissance of the Twelfth Century**. Cambridge: Harvard University Press, 1933.

JUSTINIANO. **Instituições de Justiniano**. Curitiba: Tribunais do Brasil Ltda, 1979.

KERR, Clark. **Os usos da universidade**. Fortaleza: Edições UFC, 1982.

LE GOFF, Jacques. **Os intelectuais na Idade Média**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

LEMOS, Ronaldo. **Direito, tecnologia e cultura**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

MONTLIBERT, Christian de. **Savoir à vendre: l'enseignement supérieur et la recherche en danger**. Paris: Raisons d'Agir, 2004.

NEWMAN, John. A ideia de uma universidade. In: TURNER, Frank (Org.). **Newman e a ideia de uma universidade**. Bauru: Editora da Universidade do Sagrado Coração, 1996.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOWOTNY, Helga; SCOTT, Peter; GIBBONS, Michael. **Repenser la science**. Paris: Editions Belin, 2003.

PORTANTIERO, Juan Carlos. **Estudiantes y Política en América Latina: el proceso de la reforma universitaria (1918-1938)**. México: Siglo Veintiuno, 1978.

PRZEWORSKI, Adam. **Democracy and Development: political institutions and well-being in the world, 1950-1990**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

QUEIROZ, Eça de. **O primo Basílio**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

RIBEIRO, Renato Janine. Não há pior inimigo do conhecimento que a terra firme. **Tempo Social. Rev. Sociol.** USP. São Paulo, 11(1), 1999.

ROCA, Deodoro. ¿Qué es la 'reforma universitaria'? In: PORTANTIERO, Juan Carlos. **Estudiantes y Política en América Latina: el proceso de la reforma universitaria (1918-1938)**. México: Siglo Veintiuno, 1978.

ROSA, João Guimarães, **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2006.

ROMERO, José Luis. **Breve historia de la Argentina**. Buenos Aires: Tierra Firme, 2005.

RUBIÃO, André. **História da Universidade: genealogia para um "modelo participativo"**. Coimbra: Almedina, 2013.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. A educação jurídica e a crise brasileira. In: **Cadernos FGV Direito Rio. Educação e Direito**, 3. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A Universidade no Século XXI: para uma Universidade Nova**. Coimbra: Almedina, 2009.

SEARLE, John. **The Campus War: A Sympathetic Look at the University in Agony**. New York: World Pub. Co., 1971.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. A Suprema Corte da Bahia e seus juízes: 1609-1751. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SMALLEY, Beryl. **Studies in Medieval Thought**. The Humbledon Press, 1981.

SOUSA, Ana Luiza. **A história da extensão universitária**. Campinas: Alínea, 2000.

STUCKEY, Roy *et al.* Melhores práticas para métodos de ensino não-experimentais: diálogo do caso e método socrático, discussão e aula expositiva. In: **Cadernos FGV Direito** Rio. Educação e Direito, 3. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010.

TUNNERMANN, Carlos. **Sesenta años de la reforma universitaria de Córdoba: 1918-1978**. San José: EDUCA, 1978.

UNGER, Roberto Mangabeira. Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil. In: **Cadernos FGV Direito** Rio. Educação e Direito, 1. Rio de Janeiro. Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2005.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo**. São Paulo: Perspectiva, 1982.

VERGER, Jacques. **Les universités au Moyen Age**. Paris: PUF, 1973.

**Recebido em: 23 de janeiro de 2017**

**Aceito em: 30 de março de 2017**

**CAPITALISMO COGNITIVO E RENDA UNIVERSAL:  
DO IGUALITARISMO TRANSCENDENTAL AO DIREITO BIOPOLÍTICO**

***COGNITIVE CAPITALISM AND BASIC INCOME:  
FROM TRANSCENDENTAL EGALITARIANISM TOWARDS BIOPOLITICAL  
RIGHT***

***Murilo Duarte Costa Corrêa<sup>1</sup>***

**Resumo:** Em *A ideia de justiça*, Amartya Sen procura consolidar uma crítica pragmática às teorias contemporâneas da justiça que, a exemplo de John Rawls ou de Ronald Dworkin, se limitam a identificar arranjos institucionais transcendentemente justos. Sen, ao contrário, admite a construção de um critério de justiça supostamente antitranscendental, baseado nas realizações concretas das liberdades e nas vidas que as pessoas podem viver de fato, sem que isso implique aderir à limitada base informacional das teorias utilitaristas. Neste ensaio, argumentamos que o deslocamento crítico produzido por Amartya Sen é insuficiente para entregar-nos um conceito empírico de justiça, ao deixar intocados os contextos concretos aos quais seus principais conceitos irão se aplicar. Essa lacuna permite inferir que o deslocamento crítico proposto pela obra de Sen pode ser considerado um reflexo ideal de transformações reais nas condições materiais de poder, de vida e de produção no *corpus* da teoria contemporânea da justiça. Sob esta condição, este ensaio interroga as políticas brasileiras de distribuição de renda e de renda universal em um novo sentido – como direitos biopolíticos.

**Palavras-chave:** Capitalismo cognitivo. Biopolítica. Renda universal. Teoria da Justiça.

**Abstract:** Amartya Sen, in *An Idea of Justice*, criticizes the contemporary theories of justice claiming that liberal theorists commonly reduce its comprehension to the determination of institutional arrangements considered as just in a transcendental way. Sen, on the contrary, claims for an allegedly antitranscendental way to construct a criterion of justice which would be founded on concrete realizations of liberties and concrete ways of living, nevertheless scaping from the limited informational basis of utilitarian theories. In this essay we advocate that Sen's critics are insufficient to deliver an empirical concept of justice, once the concrete contexts remain not touched by his supposedly empirical idea of justice. We argue that the critical argument of Amartya Sen could be interpreted as an ideal reflex of concrete changes in the material conditions of power, life and labor within the contemporary theory of justice. Under this assumption, this essay interrogates the brazilian politics for basic income in a novel way: as biopolitical rights.

**Keywords:** Cognitive capitalism. Biopolitics. Basic income. Theory of Justice.

---

<sup>1</sup> Professor Adjunto de Teoria Política do Departamento de Direito de Estado e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Doutor (USP) e mestre (UFSC) em Filosofia e Teoria Geral do Direito. E-mail: mdc.correa@gmail.com

**Sumário.** Considerações Iniciais; 1. Igualitarismo liberal e distributividade: o ponto cego das teorias da justiça; 2. Biopoder, capitalismo cognitivo e trabalho biopolítico; 3. Direitos biopolíticos: do bolsa-família à renda universal no Brasil; Considerações finais; Referências.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O coração da tradição liberal igualitária das teorias da justiça contemporâneas poderia resumir-se ao problema da disputa transcendental sobre os critérios de justiça para constituir, reformar ou abolir as instituições sociais. Apesar dos modelos explicativos e das soluções heterogêneas oferecidas ao problema da determinação do critério de justiça, o objeto por excelência de suas versões teóricas continua a ser o mesmo que fora delimitado por John Rawls no início dos anos 1970 em *A theory of justice*: “[...] a estrutura básica da sociedade [...], o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e os deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”.<sup>2</sup> Disso decorrem algumas consequências não-negligenciáveis que condicionam as respostas que as teorias contemporâneas da justiça serão capazes de oferecer. As três principais consequências consistem no caráter ideal, abstrato e descarnado de suas fórmulas<sup>3</sup>, na enunciação de princípios universais e deontológicos de justiça – ainda que eles possam permanecer atentos ao problema das desigualdades ou das diferenças<sup>4</sup> – e, por fim, na preocupação pragmática de concretizar esses princípios ideais em instituições sociais que se ocupariam de reger o problema da distribuição de direitos e vantagens da cooperação social.

Os argumentos de correção moral das teorias deontológicas desafiam as seduções pragmáticas consequencialistas das teorias utilitárias adotando uma forma univocamente transcendental, embora seus resultados teóricos e pretensamente práticos sejam claramente heterogêneos. Isso faz com que os modelos ideais, desenhados a fim de conceber e enunciar princípios de justiça a partir de parâmetros racionais, sejam necessariamente reconduzidos a aspirações institucionais e empíricas. Assim, problemas diretamente ligados ao papel das instituições sociais e

<sup>2</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 08.

<sup>3</sup> Esta é a ambiguidade que percorre a maior parte das concepções de justiça dos teóricos contemporâneos e encontra em Ronald Dworkin, talvez, sua forma mais bem acabada: “[...] nosso projeto [de modelo satisfatório de leilão real] é, neste debate, completamente teórico. Nosso interesse principal está na elaboração de um ideal, e de um dispositivo que expresse esse ideal e examine sua coerência, integridade e atratividade. Portanto, ignoremos as dificuldades práticas [...]” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 90. No mesmo sentido, Roberto Gargarella afirma: “Decerto, Dworkin não pensa no leilão e no esquema de seguros como diretamente traduzíveis para a realidade. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 70-71. O esquema apresentado por ele tende a constituir, simplesmente, um modelo para orientar uma política igualitária”. No mesmo sentido, v. KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy: an introduction**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2002, p. 82.

<sup>4</sup> Tal como se apresenta no princípio da diferença, enunciado pela teoria da justiça de Rawls, e que se encontra subordinado, segundo uma ordem lexicográfica, ao princípio da igual liberdade: “As desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) se possa razoavelmente esperar que se estabeleçam em benefício de todos como (b) estejam vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**..., p. 73.

políticas na distribuição de bens primários de tipo social – como riqueza, oportunidades, direitos – tornam-se o centro de gravidade prático das teorias da justiça.

Abordar a questão distributiva de acordo com critérios racionais de justiça – quer se dê prioridade à liberdade, segundo a versão de Rawls, quer se declare a primazia da igualdade, segundo a versão relativamente ambígua de Dworkin<sup>5</sup> – permite estabelecer o senso comum teórico que dirige as discussões contemporâneas sobre distribuição de renda e renda mínima, ao mesmo tempo em que delinea os limites inerentes a esse tipo de abordagem<sup>6</sup>.

Amartya Sen, desde *Desenvolvimento como liberdade*, parece ter percebido e descrito adequadamente o ponto cego das teorias liberais da justiça, sejam elas de matriz consequencialista ou deontológica. Para Sen, o problema da justiça encontra-se em discutir, construir e eleger um critério que seja capaz de solucionar o problema da prioridade, ao compreender que a defesa de certos princípios de justiça está relacionada com a consideração de bases informacionais mais ou menos excludentes, que orientariam a adoção de critérios de escolha objetiva.<sup>7</sup>

Desse modo, percebe-se que tanto as doutrinas da justiça de matriz utilitarista quanto deontológica possuem pontos fortes e implicam limitações que variam em função da adoção de bases informacionais mais ou menos amplas. Por isso, embora possam ser considerados autores liberais, e a despeito do modo relativamente isomórfico como defendem a primazia de direitos e liberdades como critério de justiça com precedência sobre os demais, as bases informacionais pressupostas pela Teoria da Justiça de Robert Nozick são muito mais limitadas que aquelas presentes na Teoria da Justiça de John Rawls, por exemplo.<sup>8</sup>

Considerar a composição e a extensão das bases informacionais que orientarão a escolha social de um critério de justiça capaz de solucionar o problema da prioridade, permite a Amartya Sen criticar dois pontos capitais às teorias da justiça liberais: em primeiro lugar, dirigindo-se contra o “fetichismo pelos bens

---

<sup>5</sup> Dizemos que sua versão nos parece ambígua porque embora Dworkin considere a primazia da igualdade em relação à liberdade, sua teoria da justiça torna possíveis e legítimas diferenças futuras que, por terem sido constituídas a partir de um fundamento prévio radicalmente igualitário, e por derivar da sorte de opção (*option luck*) operada em um mercado imprevisível, e não da arbitrariedade moral da loteria natural (*brute luck*), são impassíveis de correção equitativa por transferências futuras. Para que este apontamento crítico a um teórico da justiça considerado “igualitário” não soe absurdo, é imprescindível considerar que a primazia que Rawls atribui à liberdade em face da igualdade aparece como um dos pontos capitais do sutil desacordo de sua teoria da justiça em relação à de Rawls. Isso se deve a uma leitura heterodoxa e arguta que Dworkin produz a respeito do conceito rawlsiano de “posição original”, e que lhe permite perceber que, ali, a igualdade é suposta como condição necessária para a escolha racional dos sujeitos ideais em favor da primazia da liberdade sobre a igualdade. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 279-281. Para Dworkin, o conceito de posição original não apenas sugere, mas pressupõe, forçosamente, uma posição igualitária prévia. mas tanto, o modelo do leilão hipotético e da contratação de seguros de Dworkin torna legítimas e possíveis as diferenças futuras, de tal forma que estas não poderão ser compensadas por transferências futuras – como ocorreria se adotássemos o princípio da diferença de Rawls. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls...**, p. 72. Isto faz da teoria de Dworkin uma teoria igualitária por princípio, mas uma teoria liberal (e de mercado) por efeito; nesse preciso sentido, ambígua.

<sup>6</sup> Para uma crítica aos teóricos comunitaristas, que não abordaremos aqui, sugerimos consultar HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **O trabalho de Dioniso**: para a crítica ao Estado pós-Moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: Editora UFJF / Pazulin, 2004, p. 90-111.

<sup>7</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 79.

<sup>8</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...**, p. 80-83 e p. 93.

primários, ou recursos”<sup>9</sup>; em segundo lugar, ao propor uma releitura das relações entre distributividade e liberdade construtiva da necessária conexão entre elas.

Essas duas críticas são mediadas pragmaticamente pela redefinição do conceito de pobreza. Sua acepção melhor estabelecida é aquela ligada à escassez ou privação de renda<sup>10</sup>; todavia, para Sen, ainda que devamos começar por considerar as informações sobre inadequação de renda – uma vez que esta, geralmente, é a responsável pela fome individual e coletiva –, não devemos satisfazer-nos com ela. Embora a distribuição dos bens primários<sup>11</sup> não seja negligenciável, Sen considera que a distribuição de bens não pode estar dissociada das liberdades que tais bens proporcionam, segundo uma relação entre meios e fins.

## 1. IGUALITARISMO LIBERAL E DISTRIBUTIVIDADE: O PONTO CEGO DAS TEORIAS DA JUSTIÇA

A perspectiva de Sen testemunha um deslocamento significativo que permite combater os dois pontos cegos das teorias liberais igualitárias, inserindo preocupações com o bem-estar concreto das pessoas no interior das teorias da justiça, que até então não haviam se preocupado com isso senão como epifenômenos do problema da nua distributividade de recursos. Isso não significa que, para Sen, a distribuição de bens deixe de ser essencial, mas ela passa a ter por centro de gravidade o bem viver, “*como as pessoas conseguem viver de fato* ([...] a liberdade para realmente viver de um modo que se tem razão para valorizar)”<sup>12</sup>.

A preocupação com “o tipo de vida que as pessoas realmente levam” tem a virtude de produzir uma abertura no seio das teorias da justiça, e das formas de escolha social que concretamente as presidem, para considerar diversidades e heterogeneidades dos bens, liberdades e vantagens de que podemos dispor.

Assim, a distribuição de bens circunscreve-se à combinação de funcionamentos (“as várias coisas que uma pessoa pode considerar valioso ter ou fazer”) em conjuntos capacitários (alternativas e diferentes modos de vida), que produzem uma conexão necessária entre critérios de igualdade e de liberdade. Portanto, já não se trata de apreender liberdade e igualdade segundo uma relação de proporção inversa (como o problema rawlsiano da prioridade e sua solução lexicográfica parecem supor), mas de proporção direta. Para Sen, o que dá sentido à prática igualitária da distribuição de bens são as liberdades substantivas, a variabilidade de funcionamentos e de suas combinações em conjuntos capacitários alternativos, capazes de superar, a um só tempo, o fetichismo liberal pelos bens primários e articular as ideias de igualdade, distribuição e liberdade em um sentido univocamente welfarista.

---

<sup>9</sup> SEN, Amartya. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 268.

<sup>10</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 101 e SEN, Amartya. *A ideia de justiça*..., p. 288-292.

<sup>11</sup> Definidos como “meios de uso geral que ajudam qualquer pessoa a promover seus próprios fins”. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 101.

<sup>12</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 102.

Mais do que na distribuição de recursos, a preocupação de Sen centra-se nas taxas de conversão da posse de bens primários em liberdades substantivas<sup>13</sup>, que não podem ser adequadamente avaliadas a não ser que estejam secundadas por considerações práticas e empíricas incidentes sobre os contextos heterogêneos em que o problema do bem-estar se põe. Por isso, Sen permanece cético com relação à existência de uma “estrada régia” para solucionar transcendentemente o problema da prioridade<sup>14</sup> – estratégia com que boa parcela dos teóricos liberais contemporâneos procura responder ao problema da justiça.

O aparente ceticismo que se manifesta em *Desenvolvimento como liberdade*, parece receber contornos mais propositivos em *A ideia de justiça*. Neste livro, Amartya Sen identifica a existência de uma “dicotomia substancial entre dois tipos diferentes de argumentação racional sobre a justiça [...]”<sup>15</sup>. O primeiro origina uma abordagem transcendental, preocupada com a “identificação de arranjos sociais perfeitamente justos”; o segundo concentra-se em uma análise comparativa das diferentes formas de vida que as pessoas podem levar, influenciadas por contextos determinados, como instituições, comportamentos reais e interações sociais. Já não se trata de definir critérios universais de justiça segundo uma abordagem transcendental, mas de remover injustiças e aperfeiçoar mecanismos institucionais que produzem efeitos sobre “a vida que as pessoas são realmente capazes de levar”, focalizando mais as realizações que o institucionalismo transcendental que hoje domina as discussões sobre justiça<sup>16</sup>.

Sua divergência em relação às teorias predominantes se deve ao fato de que tais teorias parecem brindar-se de antemão com aquilo que deveriam engendrar. Na medida em que não se pode identificar um arranjo social dado como perfeitamente justo, as teorias transcendentais pecariam pelo idealismo insuficiente e pela redundância que, em si mesmas, implicariam um argumento em favor da compreensão de que a justiça deve basear-se nas realizações, “na vida que as pessoas podem viver de fato”, o que inclui as liberdades e capacidades de que efetivamente desfrutamos<sup>17</sup>.

O uso contrafactual da discussão pública na determinação de parâmetros de objetividade ética – que não negligencie as emoções, mas as aprecie no interior da razão<sup>18</sup> – pode resultar em um pluralismo de razões divergentes e razoáveis que não indiquem, como em Rawls, um caminho institucional único para solucionar o problema da justiça<sup>19</sup>. Assim como não há conflito entre igualdade e liberdade, mas conexão e dependência pragmática, emoção e razão não precisam estar dissociadas na construção pública de uma ética objetiva. Para Sen, as respostas instintivas e espontâneas, e as reações emocionais desencadeadas por situações que demandem

<sup>13</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...**, p. 104; e GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls...*, p. 73.

<sup>14</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...**, p. 117.

<sup>15</sup> Esta dicotomia é inspirada por duas ideias de justiça encontradas na antiga teoria do direito indiana: *niti* e *nyaya*: “*niti* diz respeito tanto à adequação organizacional quanto à correção moral comportamental, enquanto a última, *nyaya*, diz respeito ao que resulta e ao modo como emerge, em especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar” SEN, Amartya. *A ideia de justiça...*, p. 17. Para uma definição melhor desenvolvida, cf., ainda, *Idem*, p. 50-52.

<sup>16</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 36-40.

<sup>17</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 46-49.

<sup>18</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 69.

<sup>19</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 76.

apreciação ética (e.g., a repugnância instintiva à crueldade), não precisam ser rasuradas por uma razão mais fria e objetiva.

Uma pluralidade de razões viáveis, autenticadas pela discussão pública, sugere meios diversificados de soluções institucionais e aperfeiçoamentos às questões concretas da justiça. Como seu efeito, a própria ideia de justiça é deslocada da consideração dos meios, bens primários e recursos (que já não parecem ser tão importantes em si mesmos) em direção à abordagem do desenvolvimento humano; isto é, os recursos passam a ser valorizados mais em função das realizações e da boa vida que proporcionam às pessoas que em si mesmos. Esse deslocamento avaliativo opera-se em dois sentidos que se confundem com a noção de desenvolvimento humano<sup>20</sup>: a variabilidade dos modos de vida que podemos levar e a efetiva liberdade de escolha entre modos de vida que temos razão para valorizar<sup>21</sup>.

O centro da teoria da justiça passa a ser as liberdades substantivas e os processos não coagidos de escolha nos quais aquelas se exprimem: “[...] a ideia de liberdade [...] diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última análise, o que decidimos escolher”<sup>22</sup>. Às liberdades importa mais a taxa de conversão de bens e recursos em capacidades que uma perspectiva meramente centrada na distribuição de recursos, na medida em que é a desigualdade de capacidades (oportunidades e liberdades, que podem ou não estar ligadas a desigualdades radicadas em bens e recursos) que ocupam o centro da ideia de justiça de Amartya Sen.

A abordagem das capacidades, todavia, não implica adotar o individualismo metodológico; ainda que o suporte último das escolhas dos modos de vida que se tem razão para valorizar recaia sobre indivíduos, Sen diz ser difícil imaginar “como as pessoas podem pensar, escolher ou agir sem ser influenciadas [...] pela natureza e pelo funcionamento do mundo a seu redor”<sup>23</sup>. Eis o ponto em que se pode compreender quem são os sujeitos da teoria da justiça de Sen: trata-se de indivíduos humanos, com identidades plurais (isto é, não redutíveis à pertença a um grupo ou coletivo), e ao mesmo tempo profundamente sociais, capazes de múltiplas associações e interações<sup>24</sup>.

O deslocamento produzido por Amartya Sen, ao colocar a variação da vida e de seus modos no centro de sua teoria welfarista da justiça, não é apenas teórico, mas possui raízes econômicas. A abordagem do desenvolvimento econômico aponta para “a relevância das vidas humanas na avaliação do desempenho da sociedade”<sup>25</sup> ao mesmo tempo em que diverge das perspectivas tradicionais, baseadas em critérios quantitativos, para concentrar-se nos aspectos das vidas humanas concretas; isto é, os critérios para avaliar as sociedades deixam de ser o Produto Nacional Bruto (PNB) e passam a ser delimitados pelo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH).

Apesar de todas as suas qualidades críticas e propositivas, o ponto cego da teoria da justiça que Amartya Sen propõe em *A ideia de justiça* reside no que deveria

<sup>20</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**, p. 102.

<sup>21</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 261.

<sup>22</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 266.

<sup>23</sup> Sem admitir que a presença de indivíduos que escolhem, pensam e agem implique uma abordagem metodologicamente individualista, Sen admite que “Em última análise, é à valoração individual que temos de recorrer, reconhecendo ao mesmo tempo a profunda interdependência das valorações dos indivíduos que interagem”. SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 279-280.

<sup>24</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 282.

<sup>25</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 259.

constituir sua maior virtude: o deslocamento do transcendentalismo institucional das abordagens liberais para a abordagem, supostamente antitranscendental, das capacidades e das realizações.

O argumento da vida concreta aparece como o limite conceitual que não pode ser ultrapassado nos termos da própria teoria de Sen: ao mesmo tempo em que a vida, a variabilidade e a riqueza de seus modos, sua livre escolha – compreendida como razão final de toda estratégia de distributividade de recursos – aparece como critério de imanentização do problema da justiça, o economista indiano jamais descreve as condições materiais em cujo contexto esses viventes escolhem uma forma de vida que têm razão para valorizar. Ao supor a pluralidade irredutível desses contextos reais, eles são convertidos em noções vagas que apontam para contextos indeterminados.

Não apenas o conceito de vida, em sentido concreto ou material, jamais é definido enquanto tal, como a pluralidade das formas de vida, que impediria logicamente qualquer descrição objetiva do viver, aparece como um suplemento de transcendência no terreno supostamente concreto e pragmático que a teoria da justiça de Sen pretendeu inaugurar. A ideia de vida presente na teoria de Sen é mais abstrata que concreta, e mais transcendental que imanentista, por ser insuficientemente materialista. A “vida concreta dos homens” – suporte supostamente real sobre o qual as comparações e aprimoramentos da justiça operariam pragmaticamente – jamais é definida por referência a qualquer condição material de produção, tampouco aos aspectos concretos das relações sociais que condicionam a subjetividade e as escolhas individuais ou coletivas entre alternativas plurais de vida. É surpreendente perceber que categorias sociológicas ou econômicas que poderiam caracterizar os aspectos concretos em que as vidas e escolhas dos homens se desenrolam – como trabalho, capital, produção, exploração ou sistema econômico – são pouco ou nada recorrentes nas obras de Amartya Sen, na condição de categorias estruturantes de sua filosofia da justiça desejosamente imanentista<sup>26</sup>.

Talvez fosse o caso de perguntar o que preside o deslocamento do transcendental às realizações, que a obra de Sen opera em paralelo com as abordagens do desenvolvimento humano, para além de todas as boas intenções manifestas (criar um sistema razoável de comparações, aprimorar a justiça, solucionar iniquidades tópicas ou locais)? Qual o tecido materialista que passa a supor uma crescente valorização das capacidades e realizações humanas, das liberdades e oportunidades, e que consegue enxergar a variabilidade das formas de vida humana como um índice de riqueza social<sup>27</sup>, a ponto de avaliar as dinâmicas

---

<sup>26</sup> Exemplarmente, em **Desenvolvimento como liberdade**, o termo “capitalismo” tem onze recorrências. Todas elas ora relacionadas ao elogio que Marx teria feito ao capitalismo como “grande evento da história contemporânea” que proporcionou a liberdade de emprego, ora citando a blague de Michal Kalecki sobre o estabelecimento do regime socialista na Polônia (“Sim, abolimos com êxito o capitalismo; agora só falta abolir o feudalismo”), ou, por fim, atrelado a valores éticos internos ao próprio capital. Sen jamais desenvolve um ponto de vista alternativo ou uma crítica extrassistêmica às formas de produção e troca da economia de mercado. Pelo contrário, parece aderir ao seu conjunto de valores que, a seu ver, não apenas não está baseado na ganância e no individualismo, como seu êxito suporia um “sistema de valores complexo e refinado [...], incluindo confiabilidade, confiança e honestidade nos negócios [...]. Todo sistema econômico impõe algumas exigências de ética do comportamento, e o capitalismo não é exceção. E os valores realmente têm uma influência muito abrangente sobre o comportamento dos indivíduos” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 356.

<sup>27</sup> A esse respeito, é instrutivo conferir o relatório de desenvolvimento humano de 2010 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU), cujo título é “A verdadeira riqueza das Nações”.

sociais segundo o desenvolvimento das vidas humanas, ou de produzir um deslocamento das ideologias que presidem as teorias da justiça contemporâneas, recusando o fetichismo dos bens primários e recursos em proveito da abordagem “realista” das capacidades? A hipótese que passamos a investigar procura iluminar o ponto cego da teoria da justiça proposta Amartya Sen, determinando as condições objetivas nas quais as vidas abstratas de Sen têm lugar, operam suas capacidades, escolhas e realizações.

## 2. BIOPODER, CAPITALISMO COGNITIVO E TRABALHO BIOPOLÍTICO

O deslocamento crítico proposto pela obra de Sen não implica qualquer inovação pura no terreno da “ideia de justiça”; pelo contrário, corresponde a um reflexo descarnado e rebatido no *corpus* conceitual da teoria contemporânea da justiça de uma série transformações reais que alteraram profundamente as condições materiais de poder, de vida e de produção<sup>28</sup>. É sintomático, portanto, que apesar de toda a estrutura pretensamente antitranscendental mobilizada por Sen, sua obra jamais arranhe a superfície dos aspectos concretos das vidas humanas ou do *milieu* que as secunda. Se as vidas humanas e as liberdades substantivas aparecem na esfera dos fins aos quais a teoria da justiça se orienta, é na condição de precursores de um empirismo vago.

O que explica que Sen critique o transcendentalismo institucionalista das teorias liberais igualitárias sem conseguir superá-lo integralmente reside precisamente na insuficiência materialista que orienta sua abordagem das capacidades. Para iluminar o ponto cego da teoria da justiça de Sen, é essencial deslocar a abordagem pseudoimmanentista da justiça em direção à descrição das condições materiais de vida que, embora sejam a todo tempo reivindicadas, jamais são esboçadas em *A ideia de justiça*. Tais condições podem ser deduzidas das próprias abstrações que Sen mobiliza – e que funcionam, aqui, como pistas conceituais, embora tortuosas, para as condições materiais de existência supostas pela abordagem das capacidades.

O abandono da abordagem institucionalista transcendental predominante determina um recentramento aparentemente pragmático das preocupações com o

---

Na introdução de Amartya Sen, o economista indiano relata a dificuldade de “substituir um número simples”, como o do Produto Interno Bruto (PIB) “por uma avalanche de tabelas” que constituem o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), inicialmente “concentrado [...] na longevidade, no ensino básico e no rendimento mínimo” (Sen *In: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO* (PNUD). *Relatório de Desenvolvimento Humano 2010*. Edição do 20º aniversário. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Relatório. New York, 2010, iv. Apesar de sua rusticidade, Sen afirma que o IDH cumpriu seu papel: substituir o PIB considerando “elementos que não fossem apenas rendimentos e bens”. Ainda, celebra a flexibilidade estatística e analítica do IDH ao afirmar que “a abordagem do desenvolvimento humano é suficientemente sofisticada para incluir novas preocupações e considerações de perspectivas futuras (incluindo previsões de níveis futuros do IDH) sem tentativas confusas de injectar mais e mais numa só medida agregada.” *Idem*, vii. Essas considerações permitem perceber que, de maneira insidiosa, a abordagem do desenvolvimento humano interioriza metódica e eticamente referenciais da economia global de mercado, como a flexibilidade, a complexidade, a capacidade de difusão imanente e de adaptação a fenômenos aleatórios de grande escala.

<sup>28</sup> De certo modo, lemos Sen à maneira como Marx e Engels leram e criticaram os jovens hegelianos, em **A ideologia alemã**, ou como Negri e Hardt criticaram Rawls (dentre outros) em **O trabalho de Dioniso**.

problema da justiça. Isso faz com que o problema da justiça seja formulado em termos aparentemente mais concretos e menos ideais, consistentes em evitar a retórica vazia do institucionalismo transcendental em proveito da eliminação de arranjos afrontosamente injustos<sup>29</sup>. O novo argumento sobre a justiça poderia ser resumido ao dizer-se: “não se trata de sonhar com instituições perfeitamente justas, mas de obter uma vida menos injusta”.

Sen insiste que a abordagem das capacidades, pressuposta por sua ideia de justiça, “[...] se concentra na vida humana”<sup>30</sup>; que o problema da justiça está, primariamente, ligado à pluralidade heterogênea das capacidades, liberdades, oportunidades, variações de funcionamentos humanos e de realizações. Portanto, o que encontramos no centro da teoria da justiça welfarista de Sen são as dimensões descarnadas da vida e da subjetividade, tecidas em um contexto social, institucional e político supostamente concreto, mas jamais determinado: “[...] a capacidade [...] é orientada para a liberdade e as oportunidades, ou seja, a aptidão real das pessoas para escolher viver diferentes tipos de vida a seu alcance [...]. [...] A questão central [...] é a liberdade de escolher como viver”<sup>31</sup>.

Sua abordagem da vida, das liberdades substantivas, dos conjuntos capacitários, dos funcionamentos e realizações humanas parece encontrar o limite de sua concretude em seu léxico de extração pragmática. Talvez fosse o caso de perguntar o que a vida e suas expressões de liberdade fazem no centro da discussão sobre justiça ou desenvolvimento? Sen jamais se pergunta se, ou como, as recentes transformações do capitalismo, ou das condições materiais de existência e de produção, teriam afetado o *corpus* teórico das filosofias da justiça – embora as pressinta e as desdobre em suas concepções descarnadas de vida, de modos de vida e de subjetividade.

O que faz com que o fetichismo pelos bens primários de tipo social seja interpretado por Sen como uma abordagem insuficiente está ligado à consideração de que recursos não podem ser considerados fins em si mesmos de um ponto de vista axiológico – já modos de vida que se tem razão para valorizar, liberdades substantivas e capacidades, sim. Todavia, desenvolvamos um ponto de vista especialmente negligente para com o conteúdo axiológico da teoria da justiça de Amartya Sen; esqueçamos, por um momento, suas melhores intenções. Chegaremos à conclusão de que, de um ponto de vista puramente material, o que se dissimula sob a abordagem aparentemente humanista das capacidades é uma teoria econômico-política do capital humano.

Sen reconhece que “a ênfase passou [...] de ver a acumulação de capital em termos físicos a vê-la como um processo no qual a qualidade dos seres humanos tem uma participação integral”<sup>32</sup>. Embora insista em diferenciar o capital humano, como conceito oriundo de uma literatura que se concentra na atuação dos seres humanos para aumentar as possibilidades de produção, das capacidades humanas, definidas como uma abordagem que se concentra “no potencial [...] das pessoas para levar a vida que elas têm razão para valorizar [...]”, Sen admite que as duas perspectivas

<sup>29</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 56.

<sup>30</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 267.

<sup>31</sup> SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 271 e p. 272.

<sup>32</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade...**, p. 372.

“não podem deixar de estar relacionadas [...]. Mas o aferidor usado na avaliação encontra-se em realizações diferentes”<sup>33</sup>.

A distinção entre as abordagens se exprimiria pelo fato de que o capital humano enxerga as qualidades pessoais como análogos do capital físico a ser empregado no incremento da produção, enquanto as capacidades humanas “excedem seu papel como capital humano na produção de mercadorias”<sup>34</sup>. Em outras palavras, as capacidades humanas diferenciam-se do capital humano na medida em que se encontram desligadas da produção de mercadorias. Isto não significa que a abordagem das capacidades não se confunda com o capital humano – significa, apenas, que as capacidades são o conjunto maior em que o capital humano está contido, em razão de aquela abordagem implicar considerações mais abrangentes, integradas ao desenvolvimento do bem-estar, que segundo Sen constitui um fim em si mesmo, e não um meio à disposição da acumulação dos recursos produtivos.

Trata-se de uma relação tão estreita quanto ambígua, aquela que se processa entre o conjunto maior (a abordagem das capacidades) e o conjunto menor (a teoria do capital humano). O essencial é que a abordagem das capacidades inclui e prolonga no sentido de considerações mais abrangentes o dado do capital humano. Embora Sen insista que “[...] os seres humanos não são meramente meios de produção, mas também a finalidade de todo o processo”<sup>35</sup>, o que este imperativo quase categórico obscurece é que os homens, e suas capacidades, jamais deixam de ser meios de produção potenciais – e para esta condição universal, uma teoria da justiça que abandonou o debate sobre a estrutura básica da sociedade já não pode oferecer qualquer alternativa de largo espectro, mas apenas ampliações tópicas de liberdades substantivas que tanto implicam o melhor para os indivíduos, que passam a viver vidas que têm razão para valorizar, quanto para o capital contemporâneo que, como veremos, não enxerga no desenvolvimento humano mais do que um incremento na construção de capacidades humanas<sup>36</sup>.

Sob as boas intenções da teoria da justiça de Sen, dois aspectos das condições de existência materiais, universalizados sob as formas globais do capitalismo de mercado contemporâneo, são negligenciados: (1) o primeiro deles refere-se à generalização dos mecanismos de regulação das vidas e das liberdades, aos quais Foucault deu o nome de biopoder; (2) o segundo consiste nas profundas transformações que conduziram ao capitalismo cognitivo e ao trabalho biopolítico. O agenciamento entre formas de exercício do biopoder e os referenciais do capitalismo contemporâneo parece fornecer algumas chaves para compreender as condições materiais que faltam ao antitranscendentalismo descarnado de Sen, e

<sup>33</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., loc. cit.

<sup>34</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 373.

<sup>35</sup> SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**..., p. 375.

<sup>36</sup> CHEAH, Pheng. Second generation rights as biopolitical rights. In: DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor (Eds.). **The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 225.

talvez permita fazer um uso político de elementos de sua teoria da justiça – ponto que pretendemos exemplificar a partir da análise da renda universal, mais adiante.

No primeiro volume de *A história da sexualidade*, Michel Foucault chamou a atenção para o fato de que, a partir do século XVII, a vida se tornava o centro dos cálculos políticos e do poder por meio da adoção de duas formas heterogêneas, porém não-antagônicas: uma anátomo-política do corpo humano, que corresponderá ao poder disciplinar, e uma governamentalidade da vida humana considerada como corpo-espécie, que originará uma biopolítica das populações<sup>37</sup>. Trata-se de um esquema geral de poder que, ao contrário do poder soberano, “se exerce de maneira positiva sobre a vida, busca administrar e aumentar suas forças, para distribuí-las em um campo de valor e utilidade”<sup>38</sup>. Todavia, é entre os séculos XVII e XVIII que os dispositivos disciplinares e os mecanismos de segurança próprios a uma biopolítica das populações se generalizariam socialmente a ponto de se converterem nas “novas técnicas políticas, necessárias para governar as multiplicidades urbanas e ajustá-las à dinâmica de produção e de consumo de uma sociedade industrial e capitalista”<sup>39</sup>.

Nesse contexto, as vidas biológicas dos seres humanos não apenas se tornam o foco privilegiado do exercício do biopoder, mas internalizam os parâmetros de normalização prescritos pelos mecanismos de segurança que agora governam fenômenos de massa, em série e de longa duração, que dizem respeito às populações<sup>40</sup>. Os mecanismos de segurança agem como uma regulação dos fenômenos reais, intervindo a partir de elementos de realidade e conduzindo condutas não de acordo com as injunções do proibido ou do permitido, mas ao intervir para incitar, induzir, desviar ou facilitar um conjunto de ações múltiplas, possíveis e, em certo sentido, “livres”.

Foucault descreveu quatro características dos mecanismos de segurança que atuam sobre a vida das populações. Em primeiro lugar, tais dispositivos são centrífugos, tendem a ampliar e integrar-se sem cessar a novos elementos, organizando ou deixando circuitos cada vez mais amplos se desenvolverem. Isto é, os mecanismos de segurança atuam sobre o real, fazendo do meio e de suas condições seu princípio de adaptação. Ao invés de tentar transformar diretamente o real, moldam-se a ele seguindo os traços efetivos um fenômeno concreto e novo a fim de regulá-lo.

Em segundo lugar, os mecanismos de segurança não regulam excessivamente, mas “ils laissent faire”; supõem um nível indispensável de liberdade de ação relativa cujos efeitos serão tomados como processos necessários, naturais ou inevitáveis. É preciso supor a liberdade, a variabilidade e imprevisibilidade como características constituintes dos fenômenos a serem regulados.

Em terceiro lugar, os mecanismos de segurança dispensam as formas negativas (proibido, obrigatório) dos códigos e das leis, e se mantêm suficientemente distantes dos fenômenos para apreendê-los no ponto em que eles irão se produzir. Portanto, os mecanismos de segurança são realistas do ponto de vista operativo;

---

<sup>37</sup> FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 19. ed. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2009, p. 151.

<sup>38</sup> CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2014, p. 103.

<sup>39</sup> CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault...**, p. 110.

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 55-56 e p. 58-62.

respondem à realidade anulando-a, freando-a, regulando-a. Eis a clara doutrina dos fisiocratas: não cumpre à política levar aos homens um conjunto de regras, mas agir na física, a partir de um jogo da realidade consigo mesma. Em suma, Foucault deduzirá do funcionamento dos mecanismos de segurança a lógica própria ao liberalismo: “fazer de maneira que a realidade se desenvolva e vá, siga o seu caminho, de acordo com as leis, os princípios que são os da realidade mesma”<sup>41</sup>. Eis onde reencontramos uma “ideologia da liberdade” que é mais técnica de governo que ideologia, na medida em que ela aparece como correlato da implantação dos mecanismos de segurança<sup>42</sup>.

Por fim, entre os mecanismos de segurança, a normalização é um efeito interno, não externo, de seus dispositivos. Isto significa que a norma não preexiste aos fenômenos a serem regulados, mas é deduzida *a posteriori* de curvas de normalidade presentes em distribuições diferenciais concretas; não é a norma que fixa o que é o normal, mas as distribuições e as normalidades que permitem fixar a norma e deduzir uma curva de normalidade<sup>43</sup>.

Essa breve caracterização dos mecanismos de segurança e do biopoder parece, por si só, fornecer pistas sobre as condições materiais de existência universais às quais “as vidas que merecem ser vividas”, de Sen, parecem permanecer sujeitas. No entanto, é preciso lembrar que tais dispositivos surgem como tecnologias de poder dispostas a efetuar ajustes na multiplicidade das realidades urbanas, adaptando-as às formas de produção capitalistas. Isso torna necessário considerar as recentes e profundas transformações que afetaram tanto as dinâmicas do sistema econômico quanto a configuração predominante do trabalho, ao lado das condições materiais que definem os mecanismos de segurança.

Nas últimas décadas do século XX, a hegemonia do trabalho industrial foi deslocada pelo trabalho imaterial, “que cria produtos imateriais, como o conhecimento, a informação, a comunicação, uma relação ou uma reação emocional”<sup>44</sup>. Isso implica que o modo de acumulação do capitalismo cognitivo tenha como principal objeto de acumulação “o conhecimento, que se torna a fonte básica de valor, assim como o principal *lôcus* no processo de valoração”<sup>45</sup>. Mesmo as dinâmicas de consumo se alteram, de forma que consumir já não pode mais ser compreendido como comprar e destruir um produto ou serviço – como era para a economia clássica –, mas a manifestação de adesão a um universo de modos de ser construído pelos agenciamentos publicitários de enunciação<sup>46</sup>.

Ao lado do processo de acumulação, Yann Moulier-Boutang afirma que o modo de produção e as formas de exploração do trabalho vivo também se alteram. Embora o trabalho material não desapareça, o modo de produção do capitalismo cognitivo baseia-se no trabalho de cooperação dos cérebros humanos organizados

<sup>41</sup> FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população...**, p. 62-63.

<sup>42</sup> “Um dispositivo de segurança só poderá funcionar bem [...] se lhe for dada certa coisa que é a liberdade, no sentido moderno [que essa palavra] adquire no século XVIII: [...] a possibilidade de movimento, de deslocamento, processo de circulação tanto das pessoas como das coisas” FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População...**, p. 63-64.

<sup>43</sup> FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população...*, p. 82-83.

<sup>44</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 149.

<sup>45</sup> BOUTANG, Yann-Moulier. *Cognitive capitalism*. Translated by Ed Emery. London: Polity Press, 2012, p. 57.

<sup>46</sup> LAZZARATO, Maurizio. *As revoluções do capitalismo*. Tradução de Leonora Corsini. Civilização Brasileira, 2006, p. 100-101.

em rede por meio de computadores. Essa nova configuração da produção capitalista, segundo Hardt e Negri, conceberia o trabalho imaterial sob duas formas essenciais, passíveis de interpenetrar-se, bem como de dar nova forma ao trabalho imaterial. De um lado, o trabalho imaterial configura-se como trabalho primordialmente intelectual ou linguístico; trata-se de produzir “ideias, símbolos, códigos, textos, formas linguísticas, imagens e outros produtos do gênero”. De outro, o trabalho afetivo, intimamente relacionado ao corpo e à mente, é o trabalho que, ainda de acordo com Hardt e Negri, “produz e manipula afetos como a sensação de bem-estar, tranquilidade, satisfação, excitação ou paixão”. Trata-se de produzir afetos, relações, formas de comunicação e cooperação, tecer as relações sociais e produzir formas de vida<sup>47</sup> – isto é, agir no tecido biopolítico da sociedade.

Ainda que o trabalho jamais tenha deixado de ser material, pois mobiliza corpos e mentes, seu produto e sua escala de valores é qualitativamente deslocada para referências imateriais – linguísticas, simbólicas, relacionais, afetivas etc. Por isso, consumir é mais do que comprar e destruir um produto, mas aderir a um universo e ao modo de vida que o constitui.

O capitalismo cognitivo transforma todo trabalho em trabalho biopolítico – trabalho que não apenas cria bens materiais, mas também relações, faz circular signos, engendra mundos e faz nascer afetos, ao mesmo tempo em que os processos do homem, na condição de vivente, são amplamente integrados ao campo da produção. Nesse contexto, Hardt e Negri poderão afirmar que “as distinções tradicionais entre o econômico, o político, o social e o cultural tornam-se cada vez menos claras”<sup>48</sup>; isso se deve ao fato de o trabalho imaterial ter se tornado hegemônico em termos qualitativos, impondo uma tendência a outras formas de trabalho social.

A hegemonia do trabalho imaterial altera as próprias condições de trabalho: a jornada torna-se etérea e indefinida, a divisão entre tempo de trabalho e tempo de lazer não apenas é dissolvida como, em alguns casos, conduzida à coincidência mais total possível – a ponto de o tempo de vida coincidir com o tempo de trabalho: se nunca paramos de trabalhar, embora o espaço disciplinar da fábrica pareça estar em declínio, é porque nos tornamos uma sociedade-fábrica<sup>49</sup>. O trabalho vivo agora se estende pelo curso da totalidade das vidas e das subjetividades<sup>50</sup>. Por isso, às dinâmicas produtivas, como às teorias da justiça que as desdobram axiologicamente sem jamais tocar seu nervo vivo, interessam a vida, a multiplicação das formas de vida, as capacidades e as liberdades substantivas como fontes de produção imaterial.

No esquema cognitivo do capital, já não produzimos apenas quando trabalhamos, mas quando conversamos, amamos, repousamos ou sonhamos; isso implica que a luta de classes deva ser desassociada do trabalho assalariado ou da produção meramente material de mercadorias, pois os assalariados tornam-se cada

<sup>47</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**..., p. 152.

<sup>48</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**..., p. 150-151.

<sup>49</sup> “[...] o aparente declínio da fábrica como local de produção não significa o declínio do regime e da disciplina da fábrica, mas, sim, que essa disciplina não se limita mais a um lugar específico dentro da sociedade, e se insinua em todas as formas de produção social [...]. A sociedade como um todo é agora permeada pelo regime da fábrica, ou seja, pelas regras específicas das relações de produção capitalistas.” HARDT e NEGRI. **O trabalho de Dioniso**..., p. 22. “A lógica de produção capitalista [...] atinge agora todas as formas de produção social”. *Idem*, p. 116.

<sup>50</sup> COCCO, Giuseppe. **Mundobraz**: o devir-Brasil do mundo e o devir-mundo do Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 132-133.

vez mais próximos dos trabalhadores precários (sujeitos a empregos flexíveis, móveis e sem garantias de estabilidade) e os trabalhadores precários – e, no limite, os desempregados – encarnam cada vez mais a condição paradigmática do trabalhador do século XXI.

Negri e Hardt afirmam que, hoje, as condições de existência do capital não se encontram ligadas à abstração do capital coletivo, mas dependem da existência histórica e empírica do operário coletivo, que se organiza em rede e de maneira independente ou autônoma em relação ao comando do capitalista. Isso gera uma alteração fundamental nos esquemas tradicionais da relação entre capital e trabalho, pois o capital já não é, como outrora, o organizador da força de trabalho, mas o elemento que registra e gere a organização autônoma do trabalho vivo, e que se manifesta, sobretudo, como trabalho abstrato, imaterial<sup>51</sup>.

Na medida em que trabalho vivo e trabalho social coincidem sem resíduos, significa não apenas que as condições gerais dos processos vitais passam a ser controladas e modeladas pelo trabalho autônomo, internamente, e pelo capital, externamente, mas na medida em que a produção estende-se por todo o amplo tecido da vida e que o trabalho social se torna predominantemente imaterial, as capacidades humanas passam a coincidir sem resíduos com o capital humano, já que toda capacidade humana, engendrada no tecido biopolítico e comum do trabalho vivo, constitui lócus de produção imaterial. Assim, a vida dos homens já não é apenas um “meio análogo ao capital físico” a ser empregado na produção, mas o próprio tecido biopolítico da produção social, que se constitui e recompõe a cada vez que a vida mesma a excede.

Eis o índice de que a correspondência entre sistemas técnicos de produção em rede e a distribuição da composição social cria uma nova topologia do trabalho que termina por coincidir com as estruturas de exploração do trabalho cognitivo pelo capital<sup>52</sup>. O elemento expropriado pelo capital aproxima-se mais da captura do valor construído pelo trabalho cooperativo e comum do que o produzido pelo trabalho individual ou coletivo.

É o agenciamento entre formas de exercício do biopoder e dinâmicas do capitalismo cognitivo que implica uma nova configuração para o trabalho, que permite fornecer algumas pistas para compreender o repentino interesse da teoria da justiça pelas vidas humanas, seus funcionamentos, capacidades e liberdades. Parafraseando a intuição de Hardt e Negri, segundo a qual “no mesmo momento em que a teoria não vê mais o trabalho, o trabalho tornou-se, em toda parte, a *substância comum*”<sup>53</sup>, arriscaríamos dizer que é porque a teoria de Amartya Sen já não vê os mecanismos de poder sobre a vida e as formas contemporâneas de exploração capitalista que eles se encontram em toda parte, pressupostos inaparentes. Estes não seriam senão os efeitos topológicos, tanto nas configurações do poder quanto da produção ou do trabalho, da subsunção real da sociedade ao capital<sup>54</sup>.

Para evitar o fetichismo pelos bens primários, Sen faz das liberdades substantivas o *télos* de sua teoria da justiça. Porém, se quisermos adotar uma teoria da justiça imanente e materialista, será forçoso reconhecer que, ligadas a mecanismos de segurança que funcionam normalizando as condutas internamente,

<sup>51</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **O trabalho de Dioniso**..., p. 147.

<sup>52</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**..., p. 156.

<sup>53</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **O trabalho de Dioniso**..., p. 24.

<sup>54</sup> A respeito, cf. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **O trabalho de Dioniso**..., p. 32, p. 54-60 e p. 111-119.

as liberdades não são a expressão de qualquer desejo existencial autêntico, pois podem constituir o elemento essencial às operações de regulação e governamentalidade.

É igualmente preciso questionar sobre que conceito de justiça estamos falando quando se mede a taxa de conversão de capacidades humanas – que, no contexto do capitalismo cognitivo e na era do trabalho imaterial, tornam-se o capital humano por excelência, independentemente da produção material de mercadorias –, e quando as liberdades substantivas aferidas nesse contexto podem não ser mais que mera condição para o funcionamento de tecnologias políticas de regulação e governo das condutas dos homens.

O que a repentina preocupação das teorias da justiça com uma suposta dimensão da vida concreta revela é a transcrição conceitual de transformações reais nas condições de existência – o que faz com que a distributividade tenha de ser suportada por novos fundamentos, que já não digam mais respeito à forma transcendental da estrutura básica da sociedade (esta velha questão rawlsiana), mas a realizações tópicas que tornem as injustiças deste mundo um pouco menos insuportáveis<sup>55</sup>. Esse deslocamento não se opera por força de uma “vontade de imanência”, mas porque a estrutura básica da sociedade, outrora transcendental, tornou-se o tecido biopolítico comum e imanente, de cuja vida autônoma a gestão capitalista extrai sua força e riqueza. A *theoria* funciona, em nível conceitual, como um mecanismo de segurança: não se trata de alterar a estrutura básica da sociedade (normalizando-a de fora), mas de captar a espontaneidade de sua variabilidade e riqueza – e de governá-la (de dentro, na imanência de sua própria contingência).

Diante disso, a justiça já não pode mais dizer respeito à discussão, crítica, construção ou reforma transcendental da estrutura básica da sociedade porque, no limite, “justiça” converteu-se no belo nome para as realizações locais que permitem um aperfeiçoamento da gestão e da governança global do tecido biopolítico da sociedade. Não há estrutura básica da sociedade a constituir ou reformar, pois ela possui existência autônoma, corresponde ao solo constituinte dos modos de vida, capacidades e funcionamentos sobre os quais o poder se exerce e dos quais o sistema econômico global extrai valor.

Para esse modelo de governança global e de gestão local baseado na imanência e na criatividade do *corpus* social funcione, é preciso gerir também suas consequências anormais e intoleráveis que penetram a experiência e a vida humanas. Para tanto, não importa qual o significado específico de “uma vida que se tem razão para valorizar”, tampouco importa seu valor concreto – mas seu valor relativo em face dos referentes que esse sistema de governança afiança. Por isso, vida, liberdades substantivas, capacidades, funcionamentos ou escolhas podem ser conceitos erigidos segundo um léxico pragmático, mas desprovidos de conteúdo concreto imediato – pois eles dependem essencialmente das variações e ampliações dos modos de vida e das capacidades que são operadas no tecido biopolítico da sociedade. Por paradoxal que possa parecer, o materialismo insuficiente do

---

<sup>55</sup> Em síntese, o argumento de Sen, a respeito das demandas de uma justiça global – que, no entanto, se omite quanto à definição de qualquer traço descritivo do contexto global concreto –, deixa claro esse deslocamento de perspectiva, que abandona toda proposta de teoria da justiça que tenha por objeto “a estrutura básica da sociedade” na direção de realizações tópicas, locais, pragmáticas: “Quando as pessoas em todo o mundo se mobilizam para obter *mais* justiça global [...] estão se mobilizando [...] pela eliminação de alguns arranjos afrontosamente injustos, para melhorar a justiça global, como Adam Smith, Condorcet ou Marry Wollstonecraft fizeram em sua época”. SEN, Amartya. **A ideia de justiça...**, p. 56.

antitranscendentalismo da ideia de justiça de Sen é o mais claro índice das condições materiais (econômicas e de poder) que seu *corpus* teórico pressupõe obscurecendo.

Porém, ao mesmo tempo em que se obscurecem os enlaces entre mecanismos de segurança, regulação da vida, capitalismo cognitivo e trabalho biopolítico, sua teoria da justiça possui um *upside*: ao recusar o institucionalismo transcendental das teorias liberais igualitárias, Sen deixa aberta uma balança que torna razoável retomar a discussão, a crítica e a construção política da estrutura básica da sociedade e de suas instituições a partir de uma tendência imanentista que, como vimos, não se encontra plenamente desenvolvida em sua obra.

Não se trata de abordar a estrutura básica da sociedade de um ponto de vista transcendental, nem de desprezar como inúteis ou nocivas as realizações típicas que são frutos da governança global e da gestão local do intolerável –, mas de repolitizar radicalmente a ideia de justiça a partir de suas emergências concretas: estimar em cada realização típica que elimina arranjos injustos um novo ponto de conversão sistêmica, uma chave ou um ponto de apoio para divergência política radical. Assim, procedendo politicamente, de segmento em segmento, e segundo as determinações concretas que constroem ou ampliam situacionalmente as liberdades e as possibilidades de vida e de resistência ao intolerável, trata-se de reconstruir biopoliticamente o sentido de justiça.

### 3. DIREITOS BIOPOLÍTICOS: DO BOLSA-FAMÍLIA À RENDA UNIVERSAL NO BRASIL

O fato de a vida coincidir com a produção não é, em si mesmo, razão para celebrar ou deplorar. Giuseppe Cocco afirmou que o advento do trabalho biopolítico “não é imediatamente liberador ou emancipador, mas define o marco de um novo conflito”, encerrando “elementos ambíguos”<sup>56</sup>. Definir a estrutura básica da sociedade de um ponto de vista transcendental perde inteiramente seu sentido se a nova condição servil tem por suporte a criatividade do tecido social biopolítico. Pela mesma razão, definir princípios de justiça que orientariam a criação de instituições sociais pode parecer um discurso vago e deslocado do real, podendo ser substituído, com fartas vantagens, por critérios comparativos que, ao eliminar as desigualdades intoleráveis sob a bela etiqueta do “desenvolvimento humano”, torna possível a extensão e o funcionamento dos mecanismos de gestão e controle que garantem o capitalismo cognitivo contra suas próprias iniquidades e contra as resistências que podem nascer no seio do trabalho vivo. As teorias da justiça, de Rawls a Sen, tornaram-se, de um ponto de vista biopolítico e materialista, repentinamente obsoletas.

As ambiguidades políticas desse processo originam-se tanto das ambivalências dos dispositivos e da nova lógica da acumulação capitalista quanto do próprio tecido biopolítico em que se erigem essas novas tensões, conflitos e consensos básicos. Não por acaso, Negri e Judith Revel não cessaram de insistir sobre uma duplicidade essencial à noção de biopolítica derivada do próprio conceito

---

<sup>56</sup> “Por um lado [...], abre-se o horizonte de uma atividade livre e criativa; por outro, estamos presos em uma nova condição servil. [...] o tornar-se geral do intelecto não é um processo sem ambivalências”. COCCO, Giuseppe. **Mundobraz**: o devir-Brasil do mundo e o devir-mundo do Brasil. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 91-92.

de poder como relação, para Foucault<sup>57</sup>. Sob essa luz, biopolítica tanto poderia significar um conjunto de biopoderes quanto a sede de uma economia geral do vivente produtora de contrapoderes e focos de resistência. Por isso, Negri prefere opor didaticamente a faceta negativa à faceta positiva da biopolítica, nomeando “biopoder” à primeira e “biopolítica” à segunda.

O que essa ambiguidade nos entrega, especialmente enquanto lemos Amartya Sen, como aos demais teóricos da justiça, “fazendo-lhes filhos pelas costas”<sup>58</sup>, é a possibilidade de compreender o traço radicalmente biopolítico que une capitalismo cognitivo e a superação do bolsa-família no sentido da renda universal. Isso faz com que o igualitarismo liberal ou o welfarismo possam ser ressignificados no próprio terreno biopolítico que ora parecem não reconhecer, ora parecem supor de maneira obscura. Se seguirmos o gesto antitranscendentalista de Amartya Sen até suas últimas consequências, deduzindo-as do suporte efetivamente materialista – que não pode desprezar considerações sobre as configurações do biopoder, do capitalismo cognitivo e do trabalho biopolítico –, não apenas traremos as teorias da justiça para junto da imanência da vida concreta (o que à primeira vista pode parecer um efeito meramente conceitual), como converteremos a ideia de justiça que, deixando de ser uma solução transcendental, ou um léxico pragmático descarnado, torna-se uma práxis política radical cujo objeto é a gênese de direitos biopolíticos.

Experimentemos algumas das consequências desse *shifting*, procurando compreendê-lo a partir de um campo de experiências privilegiado: o Programa Bolsa-Família, desde a descrição das políticas atualmente existentes, e das leituras e críticas políticas, não por acaso ordinariamente centradas em Amartya Sen e Philippe Van Parijs<sup>59</sup>, até o limiar biopolítico segundo o qual o Bolsa-Família pode ser compreendido no terreno da produção social biopolítica, como um embrião da renda universal<sup>60</sup>.

Lavinias e Cobo afirmam que entre os primeiros e os últimos anos da década de 1990, o Brasil e os demais países da América Latina sofreram transformações significativas com a passagem do paradigma da proteção social, com benefícios em regra dependentes de contribuição, à formulação de programas focalizados de distribuição de renda. Essas transformações estariam ligadas aos objetivos de combate à fome e erradicação da pobreza, ao mesmo tempo em que atendiam a orientação do Banco Mundial e de outros organismos internacionais que passaram a apoiar a transferência de renda seletiva como forma de gestão social do risco<sup>61</sup>, reduzindo falhas de mercado e indicando portas de saída.

Isso faz com que as práticas de controle dos pobres ganhem uma nova roupagem, na medida em que assistência e seguridade social foram dissociadas e que

<sup>57</sup> NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Traducción de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008, p. 39-40; e REVEL, Judith. *Michel Foucault*: conceitos essenciais. Tradução de Carlos Piovezani Filho e Nilton Milanez. São Carlos: Claraluz, 2005, p. 27-28)

<sup>58</sup> DELEUZE, Gilles. Conversações. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008, p. 14.

<sup>59</sup> COCCO, Giuseppe. **Mundobraz...**, p. 101.

<sup>60</sup> COCCO, Giuseppe; NEGRI, Antonio. Bolsa-família é embrião da renda universal. Folha de S. Paulo, São Paulo, 05 jan. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0501200610.htm>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

<sup>61</sup> LAVINAS, Lena; COBO, Barbara. Políticas sociais universais e incondicionais: há chances reais de sua adoção na América Latina? In: Congresso Internacional da Rede Mundial de Renda Básica, 13., 30 jun.-2 jul. 2010, FEA/USP, São Paulo. Mimeo. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br/bien/pt/papers/POLITICASSOCIAISUNIVERSAISEINCONDICIONAIS.pdf>>. Acesso em: 29.10.2015.

as políticas distributivas de renda passam a atuar paralelamente aos sistemas de proteção social institucionais. As condicionalidades impostas – que as autoras reputam “já serem universalmente aceitas”, e expressões de uma “visão paternalista da pobreza”, como acesso obrigatório aos serviços públicos de educação e saúde – tendem a incrementar o acúmulo de capital humano, sem que isso signifique, efetiva ou imediatamente, a saída das famílias pobres de sua condição de pobreza<sup>62</sup>.

Com efeito, o Programa Bolsa-Família é o resultado da integração pelos governos Lula de uma série de programas isolados de enfrentamento à pobreza surgidos nos governos Fernando Henrique Cardoso<sup>63</sup>, os quais foram marcados estruturalmente pela implantação de reformas pró-mercado, políticas de estabilização econômica e adoção de medidas fiscais<sup>64</sup>. Ainda assim, na medida em que desde então o Estado aumentava seu impacto distributivo, mesmo de forma hiperfragmentada, seus efeitos funcionam como catalisadores para que a transferência direta de renda torne-se a regra nos anos seguintes<sup>65</sup>.

Será preciso aguardar até o ano de 2003 para que a lógica distributiva que nascia em meados da década de 1990 se consolidasse no Brasil e atingisse um grau de cobertura nacional<sup>66</sup>. Seu desenho consiste em prever transferências de renda diretas, independentes de contribuição, focalizadas na população de mais baixa renda<sup>67</sup>, e condicionado a contrapartidas relacionadas à inserção nos serviços de educação e saúde. Seu principal objetivo, segundo Medeiros, Britto e Soares, seria o alívio da pobreza de curto prazo e o combate à sua transmissão intergeracional por meio da acumulação de capital humano pelos pobres na medida em que estes permanecem como beneficiários do programa enquanto cumpram as condicionalidades, que visam a conferir acesso a serviços públicos e direitos sociais<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> LAVINAS, Lena; COBO, Barbara. **Políticas sociais universais e incondicionais**, p. 05-06.

<sup>63</sup> Refiro-me aos programas que integraram a Rede Brasileira de Proteção Social, que consistiam em um conjunto de iniciativas responsáveis por transferir renda a pessoas ou famílias de baixa renda a fim de protegê-las de circunstâncias de risco ou de vulnerabilidade social, e que incluíam Bolsa-Escola, Bolsa-Alimentação, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil, Programa do Agente Jovem, Bolsa-Qualificação, Benefício Mensal (Idoso), Benefício Mensal (Portadores de Deficiência), Renda Mensal Vitalícia, Bolsa-Renda (Seguro Safra), Auxílio-Gás, Aposentadoria Rural, Abono Salarial, Seguro-Desemprego.

<sup>64</sup> DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. *Tempo social*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 78, Nov. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010320702003000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010320702003000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 29.10.2015; e COCCO, Giuseppe. *Mundobraz*, p. 103.

<sup>65</sup> DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC..., p. 89 e 92.

<sup>66</sup> MONNERAT, Giselle Lavinias et al. Do direito incondicional à condicionalidade do direito: as contrapartidas do Programa Bolsa Família. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1455, Dec. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232007000600008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232007000600008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 29.10.2015.

<sup>67</sup> Atualmente, o Programa está focalizado em famílias em situação de pobreza e extrema pobreza, com renda *per capita* de até R\$ 154 mensais. Fonte: <<http://bolsafamilia.datasus.gov.br/w3c/bfa.asp>>. Acesso em: 29.10.2015.

<sup>68</sup> MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Programas focalizados de transferência de renda: contribuições para o debate. Texto para discussão n. 1283. IPEA, Julho, 2007, p. 18-19. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1283.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1283.pdf)>. Acesso em: 29.10.2015.

Apesar de todas as virtudes e dos resultados indiscutivelmente relevantes alcançados pelo Programa Bolsa-Família<sup>69</sup>, diversos analistas avaliam que três são os seus pontos sensíveis, que podem constituir entraves sistêmicos à sua conversão em um programa de renda básica universal.

Em primeiro lugar, está o fato de que o Bolsa-Família é um programa de redistribuição de renda. Nessas condições, não é estruturado para constituir um direito social permanente<sup>70</sup>, uma vez que o programa se encontra fundado na situação de transitoriedade do beneficiário<sup>71</sup>. Trata-se de fornecer condições para superar a pobreza, impedindo sua transmissão intergeracional. Por isso, parece adequado afirmar que, uma vez que a questão fundamental do combate à pobreza está lastreada no modelo econômico, não no alcance da política social, isso deveria indicar que o combate à pobreza e à miséria não aparece como um fim social em si mesmo, mas como uma política econômica<sup>72</sup>. Assim, a transferência direta de renda pode surgir como um *favor rei* e não como um direito.

Em segundo lugar está sua configuração focalista que, por si só, serve-se de argumentos morais e financistas para sustentar a inviabilidade da universalização da renda mínima como direito social. O limite do Programa Bolsa-Família está no direcionamento, que impede que a transferência de renda possa ser pensada como um direito biopolítico. Aliado às condicionalidades, programas focalistas podem converter facilmente o *welfare* em *workfare*, sem assegurar direitos.

Em 1994, Carlos Alberto Ramos chamava a atenção para o fato de que a segmentação da sociedade brasileira pela via do trabalho, cindido entre os universos da formalidade e da informalidade, tem por efeito a subtração de direitos sociais<sup>73</sup>. Embora se possa descrever uma componente de incondicionalidade relativa no Programa Bolsa-Família – consistente em seu benefício ser direcionado indistintamente à população extremamente pobre –, ele não deixa de ser um programa sistemicamente focalista<sup>74</sup>.

Isso se confirma pelo terceiro ponto sensível do desenho institucional do Bolsa-Família: seus efeitos estão alinhados ao perfil do trabalho formal, supondo o pleno emprego como realidade econômica<sup>75</sup>. É comum deparar-se com críticas a programas focalizados de transferência direta de renda que os acusem de criar dependência, premiar a ociosidade, servir de meio de vida mais cômodo que o trabalho, favorecer a perpetuação da pobreza etc., exigindo uma “porta de saída” –

<sup>69</sup> Ver, por exemplo, o estudo de Ricardo Paes de Barros e outros, de 2006, analisado por Giuseppe Cocco, demonstrando que, isoladamente, o crescimento econômico não reduz a desigualdade social e que, em 2004, com a implantação do Programa Bolsa-Família, a renda média dos pobres aumentava proporcionalmente mais que a renda dos ricos. COCCO, Giuseppe. **Mundobraz...**, p. 104 e ss..

<sup>70</sup> LAVINAS, Lena; COBO, Barbara. **Políticas sociais universais e incondicionais...**, p. 14.

<sup>71</sup> MARQUES, Rosa Maria. Políticas de transferência de renda no Brasil e na Argentina. **Revista de Economia Política**, vol. 33, no 2 (131), p. 308-309, abril-junho/2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rep/v33n2/a06v33n2.pdf>> Acesso em: 29.10.2015.

<sup>72</sup> SPOSATI, Aldaiza. Tendências latino-americanas da política social pública no século 21. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 110, June 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141449802011000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141449802011000100012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29.10. 2015.

<sup>73</sup> RAMOS, Carlos Alberto. **O programa de garantia da renda mínima**. Texto para discussão n. 357. IPEA, Novembro, 1994, p. 15. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0357.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0357.pdf)>. Acesso em: 29.10.2015.

<sup>74</sup> MARQUES, Rosa Maria. **Políticas de transferência de renda...**, p. 312.

<sup>75</sup> SPOSATI, Aldaiza. **Tendências latino-americanas da política social pública no século 21...**, p. 110.

geralmente, o trabalho formal mal remunerado – que permita aos beneficiários gerarem sua própria (baixa) renda. Trata-se de crítica ao assistencialismo, como figura que repugna às direitas, por ameaçar a ética do trabalho e o espírito do capitalismo, como às esquerdas, pelo fato de as transferências de renda não afetarem o “consenso básico”<sup>76</sup>.

No entanto, considerando as condições materiais de existência no contexto do capitalismo cognitivo e do trabalho biopolítico, ambas as críticas partem do enganoso pressuposto de que: (1) a divisão entre tempo produtivo e tempo improdutivo ainda é real, clara e precisa; (2) o fim de toda política social deveria ser integrar seus beneficiários a uma (ilusória) realidade de pleno emprego formal de tipo keynesiano, supondo, também ilusoriamente, que a empregabilidade formal possa ser sinônimo de saída da pobreza<sup>77</sup>. São precisamente estas ilusões que são desfeitas pela consideração das novas condições de produção biopolítica, que fazem de toda a extensão do tempo de vida um tempo de trabalho produtivo, autônomo e comum<sup>78</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É a generalidade da produção biopolítica que gera a demanda programática por um salário social e uma renda mínima para todos, segundo Hardt e Negri<sup>79</sup>, e que surge não como uma medida de justiça transcendental ou comparativa, mas radicalmente imanente: na medida em que todos se tornaram operários da fábrica social, que todos tramam o tecido biopolítico que o capital cognitivo explora, e que se produz em comum, a distribuição da riqueza comum, sob a forma de salário social, renda mínima universal ou renda cidadã aflora negligenciando todas as divisões tradicionais do trabalho social<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> COCCO, Giuseppe. **Mundobraz...**, p. 96-101.

<sup>77</sup> LAVINAS, Lena; COBO, Barbara. **Políticas sociais universais e incondicionais...** p. 05.

<sup>78</sup> Hardt e Negri afirmarão isto claramente em *Império*: “No contexto biopolítico do Império [...], a produção de capital converge progressivamente com a produção e reprodução da própria vida social [...]. O trabalho [...] produz e reproduz a vida social, e durante o processo é explorado pelo capital. [...] À medida que o trabalho se move fora dos muros da fábrica, torna-se cada vez mais difícil manter a ficção de qualquer medida do dia de trabalho e, portanto, separar o tempo de produção do tempo de reprodução, ou o tempo de trabalho do tempo de lazer. Não há relógios de ponto a serem acionados no terreno da produção biopolítica; o proletariado produz em toda a sua generalidade, em toda parte, o dia todo”. HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006, p. 426-427.

<sup>79</sup> HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império...**, p. 427.

<sup>80</sup> É também à luz desse contexto que resulta da interação do capitalismo cognitivo, dos mecanismos de biopoder e da potência biopolítica coletiva vampirizada pelo capital que se poderiam ler as recentes iniciativas neoliberais do governo Michel Temer, iniciado em meado de 2016. Seu projeto de governo não consiste apenas no desmonte do precário modelo de bem-estar social construído no Brasil dos últimos decênios; tampouco constituiu um conjunto de “retrocessos”, como apraz a setores da esquerda tradicional. É preciso ser literal quanto às intenções manifestas no documento “Ponte para o futuro”. Esse projeto esboça claramente a tendência de adaptar o modelo de Estado vigente no Brasil às formas emergentes do capitalismo cognitivo. A reforma do Ensino Médio – tornando seu currículo mais fragmentado, mais especializado e objeto de uma “decisão pessoal” (já codificada) de jovens estudantes a serem “preparados para o mercado de trabalho”, já constitui um claro indício. A reforma da previdência proposta pelo governo Temer, como também a trabalhista, não produz um ataque frontal a direitos garantidos, ou como efeito de um deslocamento ideológico puro. Como vimos, o neoliberalismo é menos uma ideologia que um conjunto de mecanismos de governamentalidade com função adaptativa e reguladora. O que o governo Temer representa é o aprofundamento da mesma razão neoliberal de

Portanto, a ideia de uma renda universal como “renda paga por uma comunidade política a todos os seus membros individualmente, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho”<sup>81</sup> não parecerá uma medida extraordinária a quem considerar o contexto do trabalho biopolítico na era do capitalismo cognitivo.

No Brasil, a Lei Federal n. 10.835/2004 instituiu a renda básica de cidadania, por obra de um projeto de lei de autoria do então Senador Eduardo Suplicy que tramitava no Congresso Nacional havia decênios. Lavinias destaca sua absoluta singularidade no contexto internacional, na medida em que a lei – até o presente, inefetiva – cria a renda básica de cidadania como um direito civil e incondicional de todos os que vivam legalmente no país<sup>82</sup>. Nesse caso, trata-se de um indicativo importante de que, no Brasil, a questão da distribuição de renda, do ponto de vista materialista e das instituições do Estado, esboça uma tendência política susceptível de aprofundamento e radicalização: abandonar o transcendentalismo e os empirismos débeis para constituir um direito biopolítico universal, superador da lógica focalista, das condicionalidades e da ética keynesiana que igualava *welfare* e *workfare*. Aqui, a fragilidade dos direitos contidos em uma lei tão inefetiva quanto programática, aparece como uma realização capital: como um pequeno segmento de real que, tornando-se objeto de lutas políticas mais intensas por sua efetividade universal, deve ser aprofundado como vetor de políticas sociais e direitos biopolíticos do comum.

Não se trata de rir dos pseudoimanentismos que secundam a ideia de justiça ou de rechaçar os institucionalismos transcendentais todos de uma vez. Trata-se de reconhecer e expor seus limites, percebendo que, no contexto do capitalismo cognitivo e do trabalho biopolítico comum, essas distinções friáveis perdem seu sentido e determinam a obsolescência de modos de ação política exclusivamente baseados nas versões contemporâneas das teorias da justiça. Não celebrar nem

---

governo que caracterizou as gestões Lula e Dilma: a do desenvolvimentismo econômico e do capital humano. O que o governo Temer propõe é a radicalização dessa razão governamental, com consequências previsivelmente nefastas. O fato de ela afrontar direitos sociais não decore a ideologia, mas da adaptação das estruturas jurídicas às condições materiais de existência em comum; isto é, da adaptação do modelo de Estado brasileiro às dinâmicas fluidas e à exploração imanente do trabalho social vivo, indiferente ao registro formal, que caracterizam a subsunção real do trabalho vivo pelo capitalismo cognitivo. É um engano imaginar que perderemos o direito de passar à inatividade remunerada por força de reformas constitucionais porque, de antemão, já perdemos a possibilidade real de passar à inatividade por força das novas dinâmicas do capitalismo global. Portanto, ao lado do discurso de conservação dos direitos sociais e previdenciários – sem dúvida, importante, mas meramente reativo –, é urgente desenvolver uma linha de ataque político positiva que exija a imediata e plena efetividade da lei que instituiu a renda básica de cidadania. Se a nova configuração do trabalho e do capital, em consórcio com as homologações submissas do Estado, tornar-se impossível o direito à inatividade remunerada – porque tempo de trabalho e tempo de vida coincidem absolutamente nesse contexto –, o mínimo que se deve exigir em contrapartida é um patamar de renda universal mínima capaz de sustentar a vida, e a dimensão imaterial da vida em comum, que o capital vampiriza. Isso não implica qualquer solidariedade com o capital, mas reconhecer a renda universal como condição para constituir um novo terreno de luta biopolítica coletiva.

<sup>81</sup> VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 179, Dec. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142000000300017&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142000000300017&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29.10.2015.

<sup>82</sup> LAVINIAS, Lena. Exceptionality and paradox in Brazil: from minimum income programs to basic income. Paper presented in the BIEN Conference. Barcelona, September, 2004, p. 02. Disponível em: <<http://www.basicincome.org/bien/pdf/2004Lavinias.pdf>>. Acesso em: 29.10.2015.

deplorar as realizações que, mesmo alinhadas à governança global e à gestão local do intolerável, com suas infinitas limitações, regulações e controles, constituem pequenos segmentos de real com os quais a multidão poderá repolitizar a questão da justiça de um ponto de vista efetivamente materialista.

É urgente converter as teorias da justiça na práxis comum de uma biopolítica segmentar. Assim, no seio do tecido social que ela constitui, a multidão poderá compor e ampliar os seus direitos biopolíticos de realização em realização, de segmento em segmento, pacientemente, até operar transformações mais profundas que já não permitam reconhecer as velhas estruturas básicas da sociedade. Quando as teorias da justiça tiverem, enfim, se voltado integralmente à imanência genuína de suas próprias aspirações, o único critério do justo, então, passará a ser político: a imanência de uma vida pela qual vale a pena resistir, criar e lutar na carne e no pó do terreno biopolítico.

## REFERÊNCIAS

BOUTANG, Yann-Moulier. **Cognitive capitalism**. Translated by Ed Emery. London: Polity Press, 2012.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Tradução de Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica, 2014.

CHEAH, Pheng. Second generation rights as biopolitical rights. In: DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor (Eds.). **The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 215-232.

COCCO, Giuseppe; NEGRI, Antonio. Bolsa-família é embrião da renda universal. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05 jan. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0501200610.htm>>. Acesso em: 29 de outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. **Mundobraz: o devir-Brasil do mundo e o devir-mundo do Brasil**. Rio de Janeiro: Record, 2009.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 2008.

DOUZINAS, Costas; GEARTY, Conor (Eds.). **The meanings of rights: the philosophy and social theory of human rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DRAIBE, Sônia. A política social no período FHC e o sistema de proteção social. **Tempo social**, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 63-101, Nov. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010320702003000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010320702003000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 29.10.2015.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. 3. ed. Tradução de Luis Carlos de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber. 19. ed. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Graal, 2009.

\_\_\_\_\_. **Segurança, Território, População**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_; NEGRI, Antonio. **Trabalho imaterial**: formas de vida e produção de subjetividade. Tradução de Mônica Jesus. Rio de Janeiro: DP & A Editora, 2001.

HARDT, Michael; \_\_\_\_\_. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Multidão**: guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **O trabalho de Dioniso**: para a crítica ao Estado pós-Moderno. Tradução de Marcello Lino. Juiz de Fora: Editora UFJF / Pazulin, 2004.

KYMLICKA, Will. **Contemporary political philosophy**: an introduction. 2. ed. New York: Oxford University Press, 2002.

LAVINAS, Lena. Exceptionality and paradox in Brazil: from minimum income programs to basic income. Paper presented in the BIEN Conference. Barcelona, September, 2004. Disponível em: <<http://www.basicincome.org/bien/pdf/2004Lavinas.pdf>>. Acesso em: 29.10.2015.

\_\_\_\_\_; COBO, Barbara. Políticas sociais universais e incondicionais: há chances reais de sua adoção na América Latina? In: **Congresso Internacional da Rede Mundial de Renda Básica**, 13., 30 jun.-2 jul. 2010, FEA/USP, São Paulo. Mimeo. Disponível em: <<http://www.sinteseeventos.com.br/bien/pt/papers/POLITICASSOCIAISUNIVERSAISEINCONDICIONAIS.pdf>>. Acesso em: 29.10.2015.

LAZZARATO, Maurizio. **As revoluções do capitalismo**. Tradução de Leonora Corsini. Civilização Brasileira, 2006.

MARQUES, Rosa Maria. Políticas de transferência de renda no Brasil e na Argentina. **Revista de Economia Política**, vol. 33, no 2 (131), pp. 298-314, abril-junho/2013. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rep/v33n2/a06v33n2.pdf>> Acesso em 29.10.2015.

MEDEIROS, Marcelo; BRITTO, Tatiana; SOARES, Fábio. Programas focalizados de transferência de renda: contribuições para o debate. Texto para discussão n. 1283. IPEA, Julho, 2007 Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1283.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1283.pdf)>. Acesso em: 29.10.2015.

MONNERAT, Giselle Lavinias et al . Do direito incondicional à condicionalidade do direito: as contrapartidas do Programa Bolsa Família. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1453-1462, Dec. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141381232007000600008&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232007000600008&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 29.10.2015.

NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana**: una nueva gramática de la política. Traducción de Susana Lauro. Barcelona: Paidós, 2008.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano 2010**. Edição do 20º aniversário. A verdadeira riqueza das nações: vias para o desenvolvimento humano. Relatório. New York, 2010.

RAMOS, Carlos Alberto. O programa de garantia da renda mínima. Texto para discussão n. 357. IPEA, Novembro, 1994 Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0357.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0357.pdf)>. Acesso em: 29.10.2015.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REVEL, Judith. **Michel Foucault**: conceitos essenciais. Tradução de Carlos Piovezani Filho e Nilton Milanez. São Carlos: Claraluz, 2005.

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

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SPOSATI, Aldaiza. Tendências latino-americanas da política social pública no século 21. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 104-115, June 2011. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S141449802011000100012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141449802011000100012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29.10. 2015.

VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI?. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, p. 179-210, Dec. 2000. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010340142000000300017&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142000000300017&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29.10.2015.

**Recebido em: 24 de março de 2016**  
**Aceito em: 30 de abril de 2017**



## **FAMÍLIA LÍQUIDA E SUA REINVENÇÃO SOB O MOLDE DO AFETO: ENCONTROS E DESENCONTROS**

### ***NET FAMILY AND ITS REINVENTION UNDER THE AFFECT MOLD: MEETINGS AND DISENGUES***

*Dóris Ghilardi<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo tem como proposta discutir as transformações da família e seu delineamento atual, moldado a partir do afeto. As reflexões são parte da tese de doutorado da autora e surgiram em decorrência de várias inquietações acerca da utilização constante do afeto como um valor apto a reger e a reconstruir as relações e os paradigmas existentes no direito de família. A sustentação do discurso embora legítima também é frágil, o que auxilia na compreensão e percepção de forças externas que legitimam discursos em nome da felicidade, mas que esconde pretensões econômicas. O objetivo é trazer um pouco de luz para o arenoso campo do afeto, permitindo a verificação de que as relações familiares se pautam em vários interesses e sofrem diversas influências. Aliado a isso constroi-se um conceito de família, com base na metáfora da liquidez, capaz de albergar formatos plurais, realçando a sua importância para a estrutura da sociedade, bem como para a estruturação do próprio sujeito.

**Palavras-chave.** Família. Afeto. Economia

**Abstract:** This article aims to discuss the transformations of the family and its current design, molded from affection. The reflections are part of the doctoral thesis of the author and arose as a result of several concerns about the constant use of affection as a value apt to govern and to reconstruct the relations and paradigms existing in the family law. The support of discourse, while legitimate, is also fragile, which assists in the understanding and perception of external forces that legitimize discourses in the name of happiness, but which hides economic pretensions. The goal is to bring a little light into the sandy field of affection, allowing the verification that family relationships are rooted in various interests and undergo various influences. Allied to this is built a family concept, based on the liquidity metaphor, able to accommodate plural formats, highlighting its importance for the structure of society, as well as for the structuring of the subject itself.

**Keywords:** Family. Affection. Economy

**Sumário:** Considerações Iniciais; 1. A travessia da família no tempo; 2. Família Líquida; 3. O papel do afeto; Considerações Finais; Referências

---

<sup>1</sup> Professora Adjunta da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora pela Universidade do Vale do Itajaí. Pesquisadora. Endereço eletrônico: dorisghilardi@gmail.com

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É inegável o fato de que a Família possui uma importância ímpar na estrutura da sociedade, eis que detentora da tarefa fundamental de servir de núcleo estruturante do sujeito.

A perda de fundamentos vinculados à religião judaico-cristã estremecem alguns dos consensos mais duradouros da história, como a monogamia e o patriarcalismo causando a irrupção de cenários até então desconhecidos ou camuflados. Há um abandono da concepção unitária, casamentária, hierárquica e patrimonial que perdeu durante longos séculos e que faz revelar de que a família transcende a própria história e se reinventa com a exigência de novas técnicas de regulação.

Só é preciso atenção à circularidade dos acontecimentos a fim de observar e avaliar as suas recentes transformações, caracterizadas pela pluralidade, pela igualdade de seus membros, pela democracia e afetividade, agora anunciados como os seus novos pilares, a fim de não se tornar apenas um discurso retórico ou um discurso manipulado pelos ditames mercadológicos vigentes.

Nessa linha, a problemática do artigo gira em torno do discurso vigente no Direito de Família, que se pauta no afeto – valor estruturante – a fim de discutir se ele é, de fato, a motivação primordial ou se sofre influências de outros setores, como a economia de mercado vigente. O Direito de Família vive um momento paradigmático, de verdadeira metamorfose, que requer atenção especial, para evitar ser instrumentalizado por estratégias econômicas. Desafiando a lógica mercantilista, a família busca incessantemente exercer seu papel principal: o de servir como fonte instituidora da personalidade dos sujeitos, auxiliando-os a reencontrar a sua subjetividade, consoante com a dignidade, a solidariedade, o afeto e a felicidade.

Para tanto, inicia-se com as reflexões acerca das transformações da entidade familiar ao longo do tempo, retratando este núcleo que encerra os antagonismos próprios de uma longa jornada, permeada por características diversas e influenciada por ideologias dominantes. Em seguida, parte-se em busca de uma concepção de família, e atenta a todas as dificuldades inerentes ao conceito, a liquidez aparece como a metáfora que mais se aproxima desse desígnio, razão pela qual se propõe um conceito de família líquida. Para encerrar, com olhar atento e até mesmo crítico observa-se o discurso do afeto na família contemporânea. Tudo isso devidamente embasado em revisão bibliográfica.

### 1. A TRAVESSIA DA FAMÍLIA NO TEMPO

Dúvidas não há de que a Família é, desde a sua criação, dominada por forças aparentes e ocultas que a impulsionam a desempenhar papéis e funções ao longo do tempo sempre em conformidade com as peculiaridades do momento e do contexto em que está inserida. Os fundamentos que a identificaram por vários séculos não surgiram gratuitamente e tampouco são obras do acaso, pelo contrário, serviam como mecanismo à articulação do poder e do controle social.

Nessa senda, importa anotar que a estabilidade do laço conjugal, a hierarquia, o patriarcalismo, a consanguinidade e a monogamia são frutos do direito romanístico, instituídos apenas à elite culta e rica, porém, passaram a ser

disseminados pelo cristianismo como um modelo de vida universal, contribuindo significativamente para a consagração desses dogmas, perpetuados de modo notório nas legislações jurídicas do Ocidente<sup>2</sup>.

O direito canônico, por sua vez, “foi decisivo para a montagem do arcabouço e do próprio núcleo da concepção da família e da conjugalidade”<sup>3</sup>. Seus fundamentos deitaram raízes sobre grande parte da nova ordem estatal originada pela revolução burguesa, estendendo-se durante séculos.<sup>4</sup>

Para se ter ideia, a monogamia, embora instituída formalmente pelo concílio tridentino, já tinha suas razões de ser no direito romano que, para Friedrich Engels, tratou-se, em um primeiro momento, de mais um “disfarce religioso” para fazer emergir uma nova concepção de união, a união por pares. A antiga liberdade de intercuro sexual que permitia o relacionamento livre entre homens e mulheres para que fosse substituído por uma união em que a mulher se restringiria a um único homem foi-lhe imposta como uma penitência para que assim conseguisse comprar o seu direito à castidade.

Consistia num verdadeiro “sacrifício de expiação”, desempenhando o papel de resgate, em que a mulher adquiria para si o direito de se entregar a um único homem<sup>5</sup>, o que posteriormente, virou um grande golpe, com a ascendência masculina, derrubando o matriarcado, vigente até então.

Segundo seu ponto de vista, isso teria ocorrido por razões econômicas, já que as riquezas naturais transformaram-se em patrimônio exclusivo das famílias e, à medida em que iam aumentando, davam ao homem uma posição superior à mulher, fazendo surgir a família patriarcal e monogâmica.<sup>6</sup>

Nem é preciso salientar que, com os reforços da Igreja, posteriormente, tutelado pelo Estado, a monogamia perdeu incólume na estruturação da família ocidental até as recentes fissuras.<sup>7</sup>

No Brasil, a herança do cristianismo foi bastante perceptível, em decorrência da tardia proclamação da república, estando toda a documentação atinente aos registros civis, em poder da Igreja Católica, durante toda a fase do Brasil Império.<sup>8</sup>

---

<sup>2</sup> Ver mais detalhes em DIAS, Paula Barata. A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade tardia. *Ágora. Estudos Clássicos em Debate*, Coimbra, 16, 2004, p. 99-133. Disponível em: <<http://www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2014.

<sup>3</sup> SILVA, Marcos Alves. **Da Monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013, p. 68.

<sup>4</sup> “a família, em todas as épocas, influenciadas por poderosa mística, onde o elemento religioso e o elemento moral estão sempre presentes, aparece como base de sustentação da sociedade. A sua forma de se constituir é que tem variado no tempo e no espaço. Assim, se a poligamia foi a tônica dos povos orientais, não é menos exato que os povos do Ocidente tiveram a monogamia como regra.” (NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15 ed. rev e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 47).

<sup>5</sup> ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan. Tradução de Leandro Konder. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. p. 53-56. Título original: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats.

<sup>6</sup> SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 44.

<sup>7</sup> Para falar de Brasil, ainda é recente o discurso sobre a aceitabilidade de uniões simultâneas, ganhando espaço timidamente, na Sociedade e nos Tribunais.

<sup>8</sup> Orlando Gomes ressalta a respeito: “a autoridade do direito canônico em matéria de casamento foi conservada até a lei de 1890, que instituiu o casamento civil. A despeito de rechaçada continuou a exercer, indiretamente, grande influência. A lei civil reproduziu várias regras do direito canônico, e

Foi a família, sob a égide do Código Civil de 1916 (CC/1916), identificada pelo matrimônio, sob a roupagem da família legítima, indissolúvel e patrimonialista<sup>9</sup>, resultado da importação da cultura da Europa ocidental e dos dogmas religiosos, ainda que este modelo ignorasse não ser esta a performance social dos núcleos em maior número existentes, dispensando desprezo a todas as demais entidades.

Durante muito tempo a família imposta não refletia a realidade, não sendo possível, no mundo fático, falar que a pluralidade substituiu a unidade. Ela sempre existiu, apenas não era protegida pelo Direito. Não há, portanto, linearidade nas formas de constituição, mas sim um determinado formato predominante, porque legalmente aceito ao lado de tantos outros marginalizados<sup>10</sup>.

Essa foi a realidade até a CFRB, quando ocorreu verdadeira mudança paradigmática, uma inversão considerável dos valores que serviram como fundamentos de um direito civil constitucionalizado e responsável pela remodelação do Direito de Família.

Foi a partir desta nova tábua axiológica que surgiu a Lei 10.402/2002 dando ensejo ao atual Código Civil Brasileiro. Um novo direito civil se instalou, abandonando a concepção insular do ser-humano e promovendo a releitura de estatutos fundamentais, corrigindo várias discriminações ocorridas no passado, reflexos do abandono das concepções religiosas.<sup>11</sup>

Porém nem tudo estava resolvido. Afirma-se que a família-instrumento teria substituído a família-instituição, uma vez que a sua atual finalidade seria o bem-estar e desenvolvimento de seus integrantes. Que ela existiria para a satisfação de seus membros<sup>12</sup>. Todavia, em que pese falar-se de um deslocamento do centro de proteção, este é um posicionamento sob o ponto de vista da estrutura social e não da estrutura do Estado.

Família para o Estado é instituição estrategicamente importante, tanto que aparece na CRFB/1988 como a base da sociedade, merecendo especial proteção. Não obstante, ao mesmo tempo em que desempenha o papel de socializar o indivíduo, também serve como agente estatal e social, assumindo a tarefa de mediar a aparente liberdade da qual os indivíduos e a própria entidade acreditam deter, assegurando, outrossim, a estrita observância das inevitáveis imposições das forças hegemônicas atuais<sup>13</sup>.

---

algumas instituições eclesiais se transformaram em instituições seculares.” (GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 9).

<sup>10</sup> Segundo a historiadora Maria Beatriz Nizza da Silva, a noção de família era tão complexa, encontrando variantes a depender dos grupos estudados - sociais, raciais ou jurídicos -, que era mais seguro para os historiadores tomar o casamento como ponto de partida para a pesquisa. O que por si só comprova a pluralidade de conformações familiares possíveis já naquela época.” (SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T.A. Queiroz, Editora da Universidade de São Paulo, 1984, pp. 2-4).

<sup>11</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 8/9

<sup>12</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 43.

<sup>13</sup> MACIEL, Carlos Alberto Batista. A modernidade da família moderna. **Revista Nufen**, Pará, ano 01, vol. 1 (abril-agosto), 2009, p. 71

É possível, nesta ordem de ideias, descrever a família sob várias vertentes<sup>14</sup>, porém, não se pode deixar de lado a concepção institucional, segundo a qual família é instituição que modela as relações entre pessoas unidas por vínculos especiais, responsável pelo controle dos comportamentos, contribuindo para a estabilidade.

Permite-se aqui, abrir parênteses, para detalhar o surgimento da família no Ocidente para verificar suas influências. Como instituição jurídica, surgiu juntamente com o aparecimento do Estado e da configuração do direito, ou seja, foi forjada com a criação do Estado Moderno. Apesar das mutações sofridas e papéis desempenhados, foi com a Revolução Francesa, em especial, que os revolucionários fazem da família o pivô da nova sociedade, passando a ser uma das estruturas de base.<sup>15</sup>

Era preciso moldar a família segundo os interesses da classe burguesa, e para tanto, o casamento, juntamente com o pátrio poder – expressão substituída por poder familiar –, estabeleciam os marcos ideais da entidade familiar, de modo a assegurar os ditames capitalistas vigentes.<sup>16</sup> A ideologia dominante em cada momento histórico foi e continua sendo a responsável por delimitar as suas feições.

Com efeito, a doutrina moderna visualizava a família como uma instituição intermediária entre o Estado e o indivíduo, reconhecendo a sua importância enquanto entidade a fomentar as relações sociais sadias, propiciar o desenvolvimento da personalidade de seus componentes. Contudo, não é crível deixar-se convencer de que apenas estas eram suas funções. A família também servia aos interesses estatais e sociais vigentes. A família interage com a sociedade e o Estado e atende suas principais necessidades que vão desde a ordem reprodutiva e de pacificação social até a ordem política e econômica.

No Brasil, em um primeiro momento, a família era uma instituição jurídica eminentemente privada, porém, o Estado restringia a autonomia dos indivíduos limitando seus poderes, o que é facilmente perceptível no CCB/1916. Já com a chegada da CRFB/88, essa realidade foi modificada passando a prevalecer a intervenção mínima do Estado<sup>17</sup>, buscando-se reforçar a função por ela desempenhada, ou seja, o Estado somente intervirá em questões para proteger a família e não em assuntos de interesses pessoais.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Há várias formas de abordagem da família, a depender da área de estudo ou da corrente a que se filia. 1. Para a antropologia, na figura de Lévi-Strauss, a família não é um ente natural, mas sim cultural. (LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUCH, Kathleen; SPIRO, Melford. **A Família: origem e evolução**. Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980, p. 7-45).

<sup>15</sup> ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 40.

<sup>16</sup> “A família, nesta perspectiva, é condição de possibilidade da reprodução do ideário liberal da propriedade”. (ROSA, Alexandre Moraes. **A Loucura de Mário de Sá Carneiro e a nossa Prova (de amor) Jurídica**. ROSA, Alexandre Moraes. Jurisdição do Real X Controle Penal: Direito e Psicanálise via literatura. Petrópolis: Deliberal, 2011. p. 158-159).

<sup>17</sup> “A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.” (PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 182).

<sup>18</sup> José Sebastião de Oliveira, ao falar sobre a inserção da Família na CRFB/88 proclama que “reforçou-se a importância que ela desempenha para o Estado, que só intervirá o mínimo necessário para o pleno desenvolvimento das relações familiares, nunca, todavia, em assuntos de interesse pessoal entre os membros da família.” (OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 88).

Rodrigo da Cunha Pereira destaca justificar-se a intervenção “apenas como função instrumental para constituir meio garantidor de realização pessoal de seus membros.”<sup>19</sup> Já José Sebatião de Oliveira adverte de que o “Estado atual, nos moldes traçados pela Constituição Federal, está estruturado para garantir liberdade e felicidades e jamais poderia atingir este desiderato através de ingerências na família.”<sup>20</sup>

O Código Civil de 2002 (CC/2002) recepcionou a intervenção mínima através do artigo 1513 que prevê ser “defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.”

Por outro lado, Eduardo de Oliveira Leite lembra que o ente público tem interesse na preservação e regulamentação da família, pois disso depende a sua própria existência, porquanto o elo que une o indivíduo à sociedade – via família – repercute na estrutura estatal.<sup>21</sup>

Contudo, em que pese a previsão constitucional de intervenção mínima, a família continua sofrendo interferências desnecessárias do Estado. Pior do que isso, sofre intromissões de outros organismos, mormente os de cunho econômico, que participam da complexa sociedade contemporânea desafiada pelos influxos da globalização, assim como ocorre com várias outras instituições, inclusive o próprio Estado.

O desafio, portanto, é harmonizar “o direito à autonomia e à liberdade de escolha com os interesses de ordem pública, que se consubstancia na atuação do Estado apenas como protetor.” Assim como conciliar referidos interesses com os demais órgãos econômicos, pois é preciso ter ciência de que despatrimonialização não significa a retirada do conteúdo patrimonial do direito, “mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização quantitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir riquezas com maior justiça”.<sup>22</sup>

Com efeito, a família para o Estado é instituição formada pela união de pessoas sob o manto das regras estabelecidas pelo direito como síntese das relações culturais e socioeconômicas vigentes. Condicionada pela história, ela é também articulada com o contexto na qual está inserida, provocando, na maioria das vezes, o descompasso do instituto jurídico com o instituto social, eis que, faticamente, o desenrolar dos acontecimentos é infinitamente mais rápido do que as alterações jurídicas.

Tal qual no passado, a família do século XXI precisa ser recriada. O diagnóstico do mal-estar contemporâneo está a atingir não só a sociedade como também a família. E é salutar a fim de que se possa ter uma noção menos deturpada do instituto e, com isso, viabilizar a busca de alternativas, evitando o acúmulo de decisões patrimonialistas não condizentes com o seu verdadeiro espírito. Mesmo porque, a família, embora primordial para o Estado, é, sobretudo, indispensável para

---

<sup>19</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 183-184.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, José Sebatião. **Fundamentos Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 281.

<sup>21</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito de família face a nova Constituição. **Revista Unimar Jurídica**, Maringá: Imprensa Universitária, 1991. p. 32.

<sup>22</sup> RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

a sedimentação dos laços humanos, para o desenvolvimento psíquico e para realização pessoal de cada um de seus membros.

## 2. FAMÍLIA LÍQUIDA

Na contemporaneidade encontra-se dificuldade na definição de família. Apesar de o Código somente ter previsto o casamento e a união estável, a realidade fática está a exigir a todo momento a abertura conceitual, já que é incontroverso de que a família é permeada por inúmeras contradições e desejos, refletindo da forma mais completa de que nada é perene, exceto a própria mudança.

A família está a se armar e a se reinventar constantemente, buscando conferir novas funções e papéis a seus atores sociais, de modo a sobreviver diante de tantas inconstâncias que permeiam as relações humanas na atualidade<sup>23</sup>.

Durante muito tempo se acreditou ser fundamental definir as categorias jurídicas como se fossem compartimentos estanques, o que trouxe sérios problemas a vários institutos, a família não foi poupada. Todavia, a mesma não pode mais ser trabalhada sob este olhar, o paradigma clássico está suplantado, casamento não é mais sinônimo de família, mas apenas uma das formas de constituí-la.

É nítido que a sua conformação atual é livre<sup>24</sup>. É com base nisso que a pluralidade se faz presente. O Direito tentou no passado instituir um molde, mas não foi suficiente para erradicar outras formações. Por isso, mais importante do que se encontrar uma definição é atentar aos critérios predominantes que caracterizam a realidade presente, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, o afeto e a ética da vínculos.

Independente da definição que se adote, deve-se levar em consideração que a concepção de família atravessa o tempo e o espaço na busca incessante em demarcar o seu território, especialmente, para fins jurídicos.

Além disso, desafia uma formulação pluralizada com vários significados e significantes, buscando abranger os múltiplos arranjos sociais sem se olvidar de que “a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela do próprio sujeito própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem”<sup>25</sup>.

Atento a essa nova conjuntura que promove a valorização da pessoa, Renata Barbosa de Almeida e Walsir Rodrigues Júnior, entretanto, arriscam um conceito salientando que a “família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> PACHÁ, Andreia Maciel. Quando menos interferência é mais justiça. *In Curso Família do Século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos*, 2012, Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

<sup>24</sup> “Vê-se, portanto, a inadmissibilidade de um sistema familiar fechado, eis que, a um só tempo, atenta contra a dignidade humana (assegurada constitucionalmente), a realidade social viva e presente da vida (tornando obsoleta e inócua a norma legal, uma verdadeira *letra morta*) e os avanços da contemporaneidade (que ficariam tolhidos, emoldurados numa ambientação previamente delimitada”. (FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós modernidade: em busca da dignidade perdida. *Revista Persona, Revista Electronica de Derechos Existenciales*, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>. Acesso em 05/01/2014).

<sup>25</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 37, vol 6, Famílias.

<sup>26</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen juris. p. 22.

Complementam que a conformação se dá através de três pilares: afetividade (local em que circula o amor), estabilidade (permanência) e ostensibilidade (público, reconhecido). E concluem, “reuniões pessoais que se sustentem no afeto, que sejam estáveis e, nessa medida, ostensivas, criam recinto favorável à constituição de identidades; são, portanto, família.”<sup>27</sup>

Percebe-se que a maior parte das definições são construídas no mesmo sentido. Nesse viés, Rolf Madaleno, utilizando-se das expressões de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, salienta que a família matrimonial, patriarcal, institucional, vista como entidade de produção e reprodução, cedeu lugar para “uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental”<sup>28</sup>.

É perceptível, nas diversas definições, que a afetividade tem aparecido como elemento, mormente com o fenômeno da pluralidade, que passou a requerer um elo de ligação, permitindo identificar os variados grupos como entidades familiares.

Concorda-se que através do elo afetivo, pode ser reconhecida tanto uma família oriunda do matrimônio, da união estável, de uma relação concubinária, homoafetiva ou poliafetiva, todavia, é preciso chamar a atenção para o fato de que o afeto não é a única função e, nem, o único elemento caracterizador de uma entidade familiar.

Também não se pode desprezar formações em que está ausente o afeto, mas que apresentam todas as demais características exigidas, caso do casamento, se cumprir todas as formalidades legais previstas, ou até mesma da união estável, informal, se formada por relação pública, contínua, duradoura e com objetivo de constituir família.

Compreende-se a importância da presença do afeto, mas a formação familiar pode ter outros objetivos que não o afetivo e, ainda assim, ser tutelada. Chega-se a afirmar de que se o afeto é o valor estrutural do núcleo familiar, somente é possível reconhecer a existência dessa entidade quando tal elemento estiver presente<sup>29</sup>. Ora, se reconhecido o vínculo, existindo ou não o afeto, não há como negar a existência da entidade familiar, pelo menos, não no plano jurídico.

Importa aqui esclarecer, que não se desconhece que a família é composta de várias dimensões, como a biológica, a social e a espiritual, estando permeada e afetada por diferentes áreas de conhecimento, caso da sociologia, da psicologia, da antropologia, da filosofia, entre outras. Nem por isso, o seu conceito comporta a adoção irrestrita de um elemento como o afeto, que, por si só, é insuficiente para definir juridicamente a entidade familiar, já que de seu reconhecimento, decorre a aplicabilidade de vários direitos que lhe são inerentes.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR. Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen juris. p. 23.

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 32.

<sup>29</sup> ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010. p. 137: “Pode-se falar assim que o Estado veio a reconhecer como uma das marcas – talvez a mais importante – da família moderna o afeto (*affectio familiae*), sem o qual ela realmente não existe, mesmo que formalmente persista um vínculo jurídico ligando determinadas pessoas.”

<sup>30</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. A Família da pós modernidade: em busca da dignidade perdida. In: **Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales**, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>. Acesso em 05/01/2014). Concorda-se com o autor quando fala que não se pode compreender a família apenas sob o enfoque jurídico, mas é salutar observar

Ora, não se pode cometer o mesmo equívoco do passado com a fracassada tentativa de impor um molde à família. A presença do afeto é passível de ser colocado como elemento de idealização da entidade familiar, mas não pode sua presença ser imposta, a ponto de descaracterizar os núcleos formados por outros interesses, sob pena de se desvirtuar a espontaneidade dos vínculos, forjando sentimentos.

Marco Túlio Carvalho Rocha lembra que “há realidades afetivas que extrapolam os limites da família e realidades não afetivas que não se incluem no conceito”<sup>31</sup>, a exemplo da união de dois amigos que, por mais afeto que se tenha, não formam uma família jurídica, com direitos e obrigações, da mesma forma, um casamento que não tenha afeto preponderando no relacionamento, não desconstituirá a família.

Ciente, portanto, de que a família não é mais um núcleo unitário, importa inovar e propor um conceito de família, que represente de modo mais fidedigno esse núcleo contemporâneo, de características complexas e volúveis.

Parental ou conjugal, monogâmica ou heterogâmica, real ou virtual, nuclear ou binuclear, desconstituída ou recomposta, monoparental, casamentária ou união estável, biológica ou socioafetiva, os novos diversos arranjos comprovam as profundas mudanças implementadas. A multiplicidade de modelos viáveis que requerem uma nova tutela jurídica adequada à complexidade contemporânea, desafiam a identificação do núcleo familiar levando em consideração todas as suas facetas. O que melhor para identificá-la do que cunhá-la como família líquida?

Zigmunt Bauman, em *Modernidade Líquida*, utiliza-se da metáfora da liquidez para designar o estágio presente. Explica que os líquidos, diferente dos sólidos, não conseguem manter as suas formas definidas, estão incessantemente modificando-as. Não são facilmente refreados, transbordam, esvaem-se. A sua excepcional mobilidade é o que o alia à ideia de leveza, de inconstância, de fluidez. O que importa para os líquidos é o tempo e não o espaço que ocupam, já que a ocupação, na maioria das vezes, é efêmera. E o tempo é sempre presente.

Aduz o autor que a “a situação presente emergiu do derretimento radical dos grilhões e das algemas que, certo ou errado, eram suspeitos de limitar a liberdade individual de escolher e de agir”<sup>32</sup>. Lembra, contudo, que isso não ocorreu para fulminar com os sólidos para sempre, porém, para fazer exsurgir novos moldes, melhorados e desejados, e, portanto, insubstituíveis, tornando o mundo mais previsível.

Os processos de interação, por exemplo, primeiro foram afetados para depois serem construídos novamente, cabendo a cada um reencontrar o seu lugar, através de seu próprio esforço, nos “nichos” pré-fabricados pela nova ordem. Essa tentativa frustrada de racionalidade extrema trouxe graves prejuízos e, agora, o desafio contemporâneo, é mais uma vez, localizar um espaço, sem que se saiba, contudo, quais são os padrões, pois já não são fornecidos de antemão. São mais flexíveis do que um dia se poderia imaginar.

---

que, grande parte da doutrina, está se olvidando de que a família para o Direito cria direitos e obrigações e, por isso, requer uma definição atenta a isso, sob pena de se criar um verdadeiro caos.

<sup>31</sup> ROCHA, Marco Túlio Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 47.

<sup>32</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001, p.11. Título Original: *Liquid Modernity*.

Lembra Zigmunt Bauman que “nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante”<sup>33</sup>. Era preciso então afrouxar os laços, torná-los mais livres.

Como efeito, os sólidos, com seus moldes pré-definidos já não são uma característica. Em seu lugar rupturas, fissuras, a busca do novo, ainda desconhecido. Se a passagem da família de associação religiosa a sacramento e depois à família casamentária já foi sentida, a transformação em família plural, com múltiplos moldes, sem determinação de gênero, nem sequer de número de componentes ou de uniões, desafia o porvir.

O destronamento do patriarcalismo, o abalo da monogamia e o emergir de novos núcleos estremecem estruturas erguidas e mantidas durante séculos. Novas características são festejadas pela doutrina familista brasileira. O afeto finalmente foi alçado ao lugar de destaque, ao centro das relações humanas. Ele é o novo guia, o aproximador e o conformador das uniões. Porém, ao mesmo tempo em que liberta a família do peso das imposições, a fragilidade e a efemeridade das relações são notórias.

Se antes os papéis eram definidos, agora nem se sabe quais são ao certo; se num primeiro momento os filhos eram gerados tão-somente através de relações sexuais tradicionais, agora podem ter por origem as inseminações ou fertilizações artificiais, tanto homólogas quanto heterólogas, não só de pessoas vivas, como também já falecidas, as famosas inseminações e fertilizações *post mortem*<sup>34</sup>, podem, ainda, ser fruto de barrigas solidárias, de adoção ou de relações tradicionais, ou ainda oriundas das parcerias de parentalidade. Neste caso, os pais se conhecem em sítios disponíveis na internet<sup>35</sup>, existentes com a finalidade de proporcionar encontros entre parceiros que desejam ter filhos, mas que não desejam um envolvimento amoroso. Tanto faz se de relacionamentos hetero ou homossexuais, se de um pai e uma mãe, dois pais, duas mães, ou se multiparentais.

Diante desse panorama, pergunta-se o que pode ser mais inconstante do que as uniões baseadas no afeto ou no amor? As uniões não se prendem mais no tempo, duram enquanto os envolvidos acreditam dever durar. Não se têm mais a forma fixa, podem ou não ser exclusivas, entre duas, três ou mais pessoas, vale tudo para ser feliz.

Enquanto a instituição sólida do passado tinha dimensões claras e regras estabelecidas, a família de hoje, não mais aceita rigidez, nem convenções. Ela ocupa o espaço que estiver disponível.<sup>36</sup> Enfrenta uma inédita transitoriedade opositora à família construída sobre o lema “até que a morte os separe”.

As vantagens dessas novas relações são apontadas frequentemente. Deixaram para trás o caráter da impositividade para serem fruto do desejo e da

---

<sup>33</sup> BAUMAN, Zigmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 65.

<sup>34</sup> Ver Resolução do Conselho Federal de Medicina 2013/2013.

<sup>35</sup> Nos Estados Unidos da América já há vários sítios de relacionamentos entre eles o Pollentree.com; Coparents.com; Co-ParentMatch.com; Familybydesign.com; MyAlternativeFamily.com.

<sup>36</sup> Gilles Lipovetsky e Jean Serroy comentam essa transição: “a instituição obrigatória e diretiva de antigamente se metamorfoseou em instituição emocional e flexível, em laço contratual que se pode construir e reconstruir livremente. Tendo perdido todo o caráter de evidência, a família tornou-se “incerta” objeto de hesitação, de deliberação, de decisão individual.”(LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 53).

vontade dos contraentes. As finalidades patrimoniais cederam espaço à finalidade afetiva, a qual deve preponderar em todos os vínculos. O novo cenário reflete a busca do amor através da multiplicação de experiências amorosas.

Tudo certo, não fosse o alerta de que esse estado de fluidez das relações é indispensável aos ditames capitalistas, que visam ao lucro acima de tudo. Ruídos os artefatos que a sustentavam, exsurgiu a liberdade de escolha e de ação necessárias ao bom funcionamento da economia<sup>37</sup>.

Longe de um modelo que dirigia à distância os sujeitos, o novo dispositivo de gozo liberado se distribui em vários mecanismos de controle e incentivo, participando não só das novas formas de relações sociais como também das engrenagens de produção e dos modos de consumo, alertam Christian Lavan e Pierre Dardot.<sup>38</sup> As relações amorosas e os sentimentos em geral são mobilizados em nome da eficácia ou, dito de outra forma, são instrumentalizados por estratégias econômicas. Não seria exatamente um retorno à coisificação, explicam, mas uma nova forma de subjetivação em que, mediante técnicas empresariais, os sujeitos são consumidos eles próprios, pelas empresas, já que vendem seu trabalho e são induzidos e cobrados pelo melhor resultado diariamente. Sem escolha ou qualquer reflexão, encaram os outros como objetos que possuem ou podem possuir, atribuindo aos seus relacionamentos formatos que acreditam poder alcançar o melhor índice de satisfação; por outro lado, influenciados pelas estratégias de marketing, perseguem ávidos em busca do prazer.<sup>39</sup>

Portanto, desafiando uma lógica mercantilista sagaz e pronta para se beneficiar das instituições, a família está na busca incessante de continuar a exercer o seu principal papel: o de servir como fonte instituidora da personalidade dos sujeitos, auxiliando-os a reencontrar a sua subjetividade, consoante com a dignidade, a solidariedade, o afeto e a felicidade.

Diante de tantas constatações, verifica-se que a família da contemporaneidade é, sem dúvidas, complexa, líquida, fluída e volátil, constituída por laços humanos juridicamente reconhecidos ou não, em busca de seu espaço e da realização pessoal de seus componentes, que objetivam um propósito de vida familiar em comum e de forma solidária, preferencialmente unidas pelos vínculos de afeto.

Delineada a família líquida e atento ao discurso de emergência da família afetiva, várias contradições encerradas no afeto despontam, desafiando a ingressar e aprofundar o estudo sobre essa categoria de solo arenoso.

### 3. O PAPEL DO AFETO NO DIREITO DE FAMÍLIA CONTEMPORÂNEO

Para iniciar, já se lança o primeiro questionamento. Em que consiste o afeto?

Logicamente não é uma categoria jurídica, contudo, foi alçado ao centro dos vínculos familiares, e vem sendo, incessantemente, citado e utilizado pelo

<sup>37</sup> Ver MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX**. espírito do tempo 1: neurose. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 10 ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2001. p. 124

<sup>38</sup> LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **La nueva razón del mundo**: ensayo sobre la sociedad neoliberal. Traducción Alfonso Diez. Barcelona, Editorial Gedisa, 2013. p. 367.

<sup>39</sup> LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **La nueva razón del mundo**: ensayo sobre la sociedad neoliberal. Traducción Alfonso Diez. Barcelona, Editorial Gedisa, 2013. pp. 373-376.

Direito de Família, aparecendo como fundamento jurídico dos mais diversos conflitos de interesses surgidos nessa seara.

Sobre seu significado, não há consenso, até mesmo na psicologia assume diferentes concepções a depender da vertente de estudo. Em linhas gerais e de modo bastante simplificado, pode-se dizer que para o campo da psicofisiologia, o afeto aparece como um mundo de sensações cognitivas e comportamentais. Já na linha da sistêmica familiar, é estudado como ciclo vital. E, por último, na área da psicanálise, o afeto está vinculado a um impulso que articula o sentido, gerando um significado, uma representação<sup>40</sup>.

No Dicionário Houaiss recebe variados termos a depender do sentido, se coloquial ou se derivado da psicologia ou na psicanálise. No sentido coloquial: “1. Sentimento, termo de adesão gerado por uma pessoa ou um animal, afeição. 2. Afinidade, ligação espiritual terna (...); 6. Sentimento ou emoção em diferentes graus de complexidade, p. ex.: amizade, amor, ira, paixão.” Já quando fala da psicologia reflete tanto o estado da pessoa, provocado por estímulos externos ou por representações, como também uma descarga emocional, frequentemente acompanhada por uma diminuição de controle comportamental. Já no sentido da psicanálise: “expressão qualitativa da quantidade e energia das pulsões e das suas variações”<sup>41</sup>.

A psicanalista Giselle Groeninga salienta que o “afeto é matéria prima da subjetividade, como também é ele que pavimenta as relações intersubjetivas. É na subjetividade das diferenças, e na intersubjetividade das semelhanças, que se forma a personalidade.”<sup>42</sup>

Utilizando-se desse conhecimento é que o Direito de Família passou a trabalhar com essa categoria e a buscar definições, sendo possível perceber que, por vezes, é tratado como sinônimo de amor,<sup>43</sup> já em outras, defende-se não poder confundi-los. A novidade é aproximá-lo do cuidado<sup>44</sup>. Entre acertos e desacertos, a doutrina segue afirmando a sua relevância.

Giselda Hironaka afirma ser fundamental a presença do afeto no Direito de Família, apesar de reconhecer o seu aspecto positivo e negativo, pois estaria tanto na base da formação familiar (aspecto positivo), quanto na origem e na causa de seus

<sup>40</sup> Para Baruch de Spinoza, Afeto “são as afecções do corpo, pelas quais sua potência de agir é aumentada ou diminuída, estimulada ou refreada, e, ao mesmo tempo, as ideias dessas afecções.” (p. 98) Os indivíduos, portanto, afetam e são afetados o tempo todo, oscilando entre os afetos a depender do tipo de encontro com outros indivíduos ou situações. (SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2013. Título original: *Ethica*). Para Gisele Câmara Groeninga os Afetos são significados de energia psíquica que provém tanto do ser-humano de forma individualizada quanto do mundo exterior. (GROENINGA, Gisele Câmara. **Família**: um caleidoscópio de relações. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 125-142).

<sup>41</sup> HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 102.

<sup>42</sup> GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito de Ter uma Personalidade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.) **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3 ed. Campinas: Millenium, 2010. P. 59-60).

<sup>43</sup> Para Edna Raquel Hogemann “o amor é a substância e a culminância do afeto. Não se desenvolve um sem o outro. O mais puro afeto é o amor. O amor faz do indivíduo um ser-humano. Identifica os entes humanos, uns com os outros”. (HOGEMANN, Edna Raquel Hogemann. A relevância do afeto e da alteridade na garantia dos direitos humanos. In: Instituto Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós Graduação, ANDHEP, 7, 2012, São Paulo. Anais do 7o Congresso da ANDHEP, 2012).

<sup>44</sup> Nesse sentido o voto da Ministra Nancy Andrighi. STJ. REsp n. 1159242-SP, julgado em: 24 de abr. 2012

desenlaces (aspecto negativo). Defende que o afeto perpassa e transpassa todas as ordens e desordens, amores e desamores, a serenidade e o conflito. O afeto de que fala é o afeto que tem embutido o respeito, a dignidade essencial, a pacificação temporal.<sup>45</sup>

No mesmo caminho, salientam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald que o afeto é a tradução do respeito às particularidades de cada ser-humano, como desiderato a se atingir a dignidade.<sup>46</sup> Dessa forma, atrelado aos sentimentos e as emoções, o afeto é responsável pela estruturação psíquica, moral e espiritual que dá sentido a vida.<sup>47</sup>

Pedro Belmiro Welter vai mais longe, e estuda o ser-humano em sua tridimensionalidade, salientando que “a condição humana é um modo de ser-no-mundo-genético, de ser-no-mundo (des)afetivo e de ser-no-mundo-ontológico.”<sup>48</sup> Explica que o humano habita os três mundos ao mesmo tempo, porque é um ser biológico como os demais seres vivos; porque convive e compartilha em família e em sociedade; porque é um ser endógeno, que se relaciona consigo mesmo. Conclui ser o afeto uma das três condições de possibilidade do ser-humano.

Por sua vez, Romualdo Batista dos Santos, defende que a afetividade é uma potencialidade que transborda da individualidade para permear as relações familiares e sociais, sendo ao mesmo tempo “capacidade de afetar e de ser afetado; de agir e de reagir; de atuar sobre os outros e de receber atuações sobre si mesmo; é a capacidade de dar e de receber afetos; de estabelecer trocas afetivas”<sup>49</sup>. Dito de outra forma, a afetividade comporta o conjunto de afetos constituidores do psiquismo; a estrutura permissiva da personalidade; o valor intrínseco aos homens, além do conjunto de relacionamentos que possibilitam a vida social<sup>50</sup>.

Com efeito, entendendo-se o ser-humano em sua complexidade, não apenas as condutas sociais importam, mas também a proteção do sujeito em si. Deixado para trás os sentimentos em razão da racionalidade imposta junto com a Modernidade, o direito que durante longos séculos deixou a esfera do sensível de lado resgatou a preocupação com os direitos da personalidade. A subjetividade passou a ter vez, o sujeito foi liberto para efetuar as suas escolhas.

Nessa linha, estando o afeto intimamente relacionado com o psíquico, sendo responsável pela adequada constituição e desenvolvimento da personalidade do sujeito, interferindo em suas ações e comportamentos, não só pessoais como também relacionais, passou o mesmo a merecer tutela jurisdicional, interessando e moldando o novo Direito de Família.

Todavia, ao mesmo tempo em que o direito passou a se ocupar do afeto, deparou-se com inúmeras situações que desafiavam soluções decorrentes da

---

<sup>45</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – um devaneio acerca da ética no Direito. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.) **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 436

<sup>46</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Jus podivm, 2013, p. 71. Vol 6: Famílias.

<sup>47</sup> Para o psicanalista Graham Music “as constelações afetivas e os processos mentais inconscientes têm um impacto profundo sobre o que somos e a maneira como agimos?”. (MUSIC, Graham. **O Afecto e a Emoção**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87. Título original: Affect and Emotion).

<sup>48</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 52.

<sup>49</sup> SANTOS, Romualdo. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 83.

<sup>50</sup> SANTOS, Romualdo Batista. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 106.

precariedade humana ou até mesmo surgidas em razão dos relacionamentos fluídos e efêmeros ou da complexidade das novas uniões. Em alguns casos remodelando configurações e padrões arraigados secularmente, em confronto com outras ordens como a biológica, a registral ou matrimonial ou simplesmente existindo sozinho e criando novas situações jurídicas.<sup>51</sup>

O desafio estava lançado. O que representaria o afeto para o Direito de Família? A maior parte da doutrina familista brasileira afirma ser um princípio jurídico, outros apenas um valor<sup>52</sup>. Na visão de Paulo Lôbo, constitui um princípio constitucional implícito, que especializa, no âmbito familiar, a dignidade da pessoa humana e da solidariedade<sup>53</sup>, o que é complementado por Romualdo Baptista dos Santos, “o princípio da afetividade conquanto não se ache inscrito expressamente na Constituição, desponta como um novo valor a ser preservado pela ordem constitucional, como forma de realização do próprio Estado”.<sup>54</sup>

Para Rodrigo da Cunha Pereira, o afeto é, além de um valor de extrema relevância para o mundo jurídico, também um princípio balizador, que permeia todo o Direito.<sup>55</sup> No mesmo sentido, Maria Berenice Dias<sup>56</sup>, Rolf Madaleno<sup>57</sup> entre outros.

Já Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior, discordam da presença de natureza normativa, em que pese o reconhecimento de que o afeto emergiu como aspecto capaz de fundamentar as relações familiares. Relembra que os princípios são normas, e, portanto, de caráter cogente, diante do que afirmam não ser a afetividade passível de cobrança, haja vista a característica da espontaneidade que lhe é inerente.<sup>58</sup>

Na mesma toada Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald afastam do afeto o *status* de princípio jurídico exigível, embora reconheçam a sua relevância para o mundo jurídico, bem como o fato de servir como fundamento de soluções concretas às contendas estabelecidas nesse campo de atuação<sup>59</sup>.

É inegável que o afeto está presente nas relações familiares e que justifica inúmeras decisões judiciais que vão desde a definição da guarda do filho até a solução da disputa da definição do vínculo de parentalidade (paternidade biológica *versus* paternidade socioafetiva). Porém, considerá-lo princípio jurídico, seria

<sup>51</sup> Ver mais em CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 205-206.

<sup>52</sup> Para Robert Alexy “princípios são mandatos de otimização” (p. 86); diferencia-os dos valores ressaltando que os princípios encontram-se no âmbito deontológico, ao lado das regras, isto é, no âmbito do dever ser; enquanto os valores estão no âmbito axiológico, do que é bom (ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: centro de estudios políticos e fundamentales, 2002, p. 147).

<sup>53</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

<sup>54</sup> SANTOS, Romualdo Baptista. **A Tutela Jurídica da Afetividade: os laços humanos como valor jurídico na pós-modernidade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135.

<sup>55</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 214-215.

<sup>56</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73-74: “o princípio norteador do direito das famílias é o princípio da afetividade”.

<sup>57</sup> Ver MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 98-99.

<sup>58</sup> ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50

<sup>59</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSELVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, vol. 6, Famílias, p. 72-73: “Não se imagine, entretantes, que o afeto ganharia, no campo do Direito das Famílias, o status de princípio jurídico exigível. É que a afetividade tem característica de *espontaneidade*: quem oferece afeto a outra pessoa, o faz porque tem no coração, e quem não tem não pode ofertar o que não tem.

desvirtuar a sua principal característica, a espontaneidade. Por isso, colocá-lo no campo da axiologia, como algo que é bom e que se almeja, sem torná-lo obrigatório, parece mais adequado. Portanto, não se deve confundir a proteção e a criação de ambientes e situações – em que possa o afeto livremente se desenvolver – com a imposição propriamente dita do afeto, porque isso corresponderia a forjá-lo.

Contudo, a sua judicialização cada vez mais crescente já vem sendo alvo de veementes críticas, embora ainda formem a corrente minoritária. Otávio Luiz Rodrigues Júnior alerta que as divisas entre o amor e o direito devem ser mantidas, pois que esta categoria, em definitivo, não pertence ao mundo jurídico. Afirma: “O “amor” não pode ser o novo “deus” laico. Ele é sublime demais para se conspurcar com o Direito, que só é nobre quando seus realizadores conseguem sê-lo...”<sup>60</sup>

Por derradeiro, o afeto ao mesmo tempo em que é um valor inerente à condição humana, é matéria-prima que nutre as relações, os laços interpessoais. Por isso, desponta como uma nova ética a ser construída, baseada na solidariedade, na fraternidade, na dignidade da pessoa humana. A intenção de servir como fundamento e molde do Direito de Família contemporâneo é condizente com esta percepção, porém, não há como ignorar que a sociedade continua sendo materialista e que as aspirações são guiadas pelos ares da economia neoliberal, capazes de deturpar tudo que se mostre contrário aos seus interesses.

Os séculos se sucedem e com eles os deuses parecem se perpetuar. Sob novas roupagens, sem dúvidas, continuam ocupando o trono. Nos primórdios, fabricou-se os deuses da alma humana e das grandes forças físicas. Posteriormente, foi substituído pelo Deus único, onipresente e onipotente dos cristãos. Com a laicização, surge um novo deus que a todos e a tudo comanda: o deus mercado, por vezes, travestido com outros nomes.

Quando se trata de relações amorosas, por exemplo, a lógica da insaciedade se faz presente e é sustentada pelos ideais da economia implantada, que ao mesmo tempo em que satisfaz aos “donos do mercado”, torna os indivíduos cada vez mais reféns.

Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares sustentam que “o projeto de felicidade humano é autêntico e ao mesmo tempo manipulado pelas relações de poder, com o fim de manter a dominação.”<sup>61</sup>

É inegável a afirmação, diante desta constatação, de que a felicidade faz parte do projeto genuíno de vida de cada um, sendo o principal motor que a todos conduz, mas também é verdade de que este desejo manipulado, corrói e contamina as relações humanas.

Contudo, com propriedade, Eric Fromm pondera que falar de amor e de afeto na cultura ocidental Contemporânea, requer a seguinte indagação: “se a estrutura social da civilização ocidental e o espírito que dela resulta propiciam o desenvolvimento do amor.”<sup>62</sup>

O próprio autor responde que não, justificando que a dimensão do afeto (ativo, sinônimo de amor) foi deslocado na Modernidade por uma política racional e

---

<sup>60</sup> RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. As linhas que dividem amor e Direito nas Constituições. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 de dez. 2012. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>. Acesso em: 06/01/2014.

<sup>61</sup> ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. Diálogos com a Law and Economics. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 91.

<sup>62</sup> FROMM, Erich. *A arte de amar*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 103.

positivista, com pretensão de objetividade e neutralidade, causando um recalçamento do afeto na esfera das ciências humanas e sociais, uma vez que houve uma crescente separação entre coração e mente, entre razão e emoção.

Eduardo Bittar constata ter isso ocorrido em virtude da razão instrumental que emergiu da Modernidade, responsável por reduzir a existência humana a um de seus aspectos, dilacerando-a em sua plenitude, tornando-a unidimensional. A negação dos sentimentos resultou na fetichização da razão, anestesiando a sensibilidade, a sensibilidade estética, as sensações, os afetos.<sup>63</sup> Nem os antigos, nem os modernos desconhecem que o afeto é energia vital do ser-humano e anterior à razão, mas preferiram ignorá-la.<sup>64</sup>

Nessa esteira, percebe-se que, infelizmente, o amor e o afeto não foram poupados pela lógica economicista, que aproveitando-se do racionalismo, fizeram aflorar a faceta negativa, indutora da forma e do modo de que estas atitudes são expressadas. Não há espontaneidade, mas condução do agir e do sentir. Por isso, não é rara a afirmação de que o amor na cultura ocidental se desintegrou, cedendo seu lugar a diversas formas de pseudo-amor, padronizado, estereotipado, mercantilizado.

Infelizmente, como afirma Edgar Morin, o capitalismo domesticou o amor, que subnutrido, passou a receber incentivos de estimulação do desejo, do prazer, do gozo, e assim, ingressou triunfalmente no circuito econômico. Foi tornado fundamento obrigatório da existência humana, imposto, falseado, encontrando seu conteúdo e formato nas necessidades forçadas dos indivíduos.<sup>65</sup>

O amor e o afeto, definitivamente, não são e não deveriam ser tratados como algo pertencente a um segundo plano, ou apenas à esfera privada, ou ainda como uma forma de egoísmo a dois, seguindo padrões pré-constituídos, mas como uma instância constitutiva da existência subjetiva e intersubjetiva dos sujeitos, como desejada ética social, a viabilizar a dignidade da pessoa humana, através da permissão de escolhas livres, pautadas pela solidariedade, pela fraternidade, em respeito a si mesmo e ao próximo.<sup>66</sup>

O paradoxo envolvendo o assunto revela tanto o desejo autêntico de uma ética afetiva, como a evidente manipulação, revelando muitas vezes, mera face de um individualismo exacerbado, que já trouxe e ainda trará incontáveis sofrimentos desnecessários.

Demonstrada, portanto, a subversão do afeto pela política econômica vigente, ocorrida já com o projeto inicial da Modernidade e que se estende até os dias atuais, ganhando novos contornos a depender das fases históricas vivenciadas, distorcendo valores e comportamentos e comprometendo um projeto ético de realidade e interação social, acende à luz vermelha quando o discurso atual coloca-o como ator principal no palco do direito de família.

---

<sup>63</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 403.

<sup>64</sup> BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou complementares? In PEREIRA. Tânia da Silva; OLIVEIRA; Guilherme de. **O Cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: forense, 2008, p. 8.

<sup>65</sup> MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX**. Vol. 1 Neurose. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, pp. 125-132.

<sup>66</sup> Eric Fromm pondera: "...analisar a natureza do amor é descobrir sua ausência geral hoje e criticar as condições sociais responsáveis por essa ausência. Ter fé na possibilidade do amor, como fenômeno social e não apenas excepcional e individual. é uma fé racional baseada na compreensão da natureza verdadeira do homem." (**A arte de amar**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 22)

Sem ter como objetivo neste curto espaço de reflexão, discutir situações particularizadas, a intenção é apenas chamar atenção para o perigo da subversão do afeto. Observa-se, nessa linha de pensamento, que o afeto passou a permear o discurso do Direito de Família brasileiro recentemente e, desde então, é possível perceber que, ao mesmo tempo em que alberga novos direitos (novas entidades familiares, parentalidade socioafetiva), também causa traumas e desgastes emocionais que criam todas as espécies de demandas (indenização por abandono afetivo, por exemplo).

Tudo isso afeta a ligação permanente de direitos e deveres causando um apelo seguido ao Direito, que sofre as consequências da fragilização e volatidade das relações. Novos conflitos e também mais complexos surgem, culminando ao Direito a tarefa de absorver o mal-estar, passando o Poder Judiciário a integrar uma espécie de “exército da salvação” na vã tentativa de eliminar o sentimento de desamparo.

O que causa outro grave problema, posto que todo aquele que experimenta uma insatisfação identifica-se com uma vítima, despertando um sentimento geral de vitimização nas mais absurdas ocorrências da vida cotidiana, transformando o Judiciário na cura de todos os males.<sup>67</sup>

Nesta senda, se é certo que o Judiciário não pode deixar de tutelar os direitos fundamentais, também não pode, a pretexto de promovê-los, ferir ou causar lesão a outros direitos. O afeto definitivamente não pode servir de pano de fundo para a promoção de interesses capitalistas ou econômicos, desrespeitando a subjetividade dos sujeitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar da tendência da personificação do Direito civil, mormente do Direito de Família, o qual teria se despedido das amarras tradicionalistas, abandonando o caráter patrimonialista que caracterizava as relações para assumir-se como instrumento de realização da primazia do ser-humano, pautando-se nos critérios da solidariedade e da afetividade, continua visceralmente absorvida pelos ditames capitalistas, que desrespeitam a autonomia da vontade, em prol da proteção dos bens materiais, deixando a família vulnerável diante da avalanche de desejos e projetos individuais que conduzem os seus componentes na busca desenfreada das satisfações pessoais momentâneas em detrimento do bem-estar da entidade ou de projetos mais sólidos e duradouros.

O discurso em pauta no Direito de Família é o da busca da concretização e reconhecimento do afeto, o qual ao mesmo tempo em que insere novos paradigmas e cimenta laços pessoais, não consegue se desvincular de sua outra face: a economização.

Tome-se por exemplo a filiação socioafetiva que serve para reconhecer os vínculos afetivos, modificando o conceito de parentalidade - que deixa de lado apenas a biologia como fator de reconhecimento de filiação -, também traz consigo o conflito que pode surgir entre filiação biológica, registral e socioafetiva, fazendo uma prevalecer em detrimento da outra ou, em direção oposta, a possibilidade de conjugar-las - teoria da multiparentalidade -, deixando em aberto discussões sobre a

---

<sup>67</sup> DUFOUR. Dani-Robert. **O Divino Mercado**: A revolução cultural liberal. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

responsabilidade alimentar e o direito de herança, institutos patrimonialistas que, na voz de grande parte da doutrina, ainda são tratados sob o viés conservador, de defesa da propriedade privada. Ou seja, ao mesmo tempo em que se reconhece o vínculo, discutem-se os direitos a ele inerentes, revelando o paradoxo que gira em torno do tema.

Porém, está mais do que claro que não é mais possível continuar a negar que a economização do direito de família pode ter efeitos devastadores. É preciso ter consciência da sua influência e implicações. O afeto como novo molde a reconstruir o direito familista pode ser um projeto autêntico, mas não se pode descurar da força inegável do sistema capitalista, voltado para a preservação das premissas de mercado. E, infelizmente, as relações humanas não estão a salvo.

É preciso ficar alerta, não se pode deixar a família ser desvirtuada de suas reais funções, podendo a mesma ser uma importante entidade de resistência aos objetivos da sociedade de mercado. Portanto, ao invés de se negar as prováveis influências, deve-se dela ter ciência para assim se buscar alternativas em prol da construção de um Direito de Família condizente com a legítima busca do bem-estar de todos os seus membros.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Madrid: centro de estudios politicos e fundamentales, 2002

ALMEIDA, Renata Barbosa; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen juris. 2013

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de Família Mínimo: A possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010

BAUMAN, Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. 2001, p.11. Título Original: Liquid Modernity.

BAUMAN, Zigmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O direito na pós modernidade e reflexões frankfurtianas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

BOFF, Leonardo. Justiça e Cuidado: Opostos ou complementares? *In* PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O Cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: forense, 2008

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013,

DIAS, Paula Barata. A influência do Cristianismo no conceito de casamento e de vida privada na Antiguidade tardia. **Ágora**. Estudos Clássicos em Debate, Coimbra,

16, 2004, p. 99-133. Disponível em: <<http://www2.dlc.ua.pt/classicos/casamento.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

DUFOUR, Dani-Robert. **O Divino Mercado: A revolução cultural liberal**. Tradução Procópio Abreu. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado: trabalho relacionado com as investigações de L. H. Morgan**. Tradução de Leandro Konder. 15 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000. Título original: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil à luz do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

FARIAS, Cristiano Chaves. A família da pós modernidade: em busca da dignidade perdida. **Revista Persona, Revista Electronica de Derechos Existenciales**, Argentina, n. 9, set. 2002. Disponível em: <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, vol 6, Famílias.

FROMM, Erich. **A arte de amar**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GROENINGA, Gisele Câmara. **Família: um caleidoscópio de relações**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Anais IV Congresso Brasileiro de Direito de Família**. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2004, p. 125-142).

GROENINGA, Giselle Câmara. Os Direitos da Personalidade e o Direito de Ter uma Personalidade. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antonio Carlos Mathias (Orgs.) **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3 ed. Campinas: Millenium, 2010. P. 59-60).

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Sobre Peixes e Afetos – um devaneio acerca da ética no Direito. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (org.) **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 436

HOGEMANN, Edna Raquel Hogemann. A relevância do afeto e da alteridade na garantia dos direitos humanos. In: Instituto Nacional de Direitos Humanos – Pesquisa e Pós Graduação, ANDHEP, 7, 2012, São Paulo. **Anais do 7º Congresso da ANDHEP**, 2012

LAVAL, Christian; DARDOT, Pierre. **La nueva razón del mundo**: ensayo sobre la sociedad neoliberal. Traducción Alfonso Diez. Barcelona, Editorial Gedisa, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito de família face a nova Constituição. **Revista Unimar Jurídica**, Maringá: Imprensa Universitária, 1991

LÉVI-STRAUSS, Claude; GOUCH, Kathleen; SPIRO, Melford. **A Família**: origem e evolução. Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980

LIPOVETSKY, Gilles; SERROY, Jean. **A cultura-mundo**: resposta a uma sociedade desorientada. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. 4 ed. 2 tir. São Paulo: Saraiva, 2012

MACIEL, Carlos Alberto Batista. A modernidade da família moderna. **Revista Nufen**, Pará, ano 01, vol. 1 (abril-agosto), 2009

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

MORIN, Edgar. **Cultura de Massas no Século XX**. espírito do tempo 1: neurose. Tradução de Maura Ribeiro Sardinha. 10 ed. Rio de Janeiro: forense universitária, 2001

MUSIC, Graham. **O Afecto e a Emoção**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Coimbra: Almedina, 2001, p. 87. Título original: Affect and Emotion)

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. 15 ed. rev e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2009

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos Constitucionais de Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

PACHÁ, Andreia Maciel. Quando menos interferência é mais justiça. *In* **Curso Família do Século XXI**: aspectos jurídicos e psicanalíticos, 2012, Rio de Janeiro. Família do século XXI: aspectos jurídicos e psicanalíticos. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. *In*: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

ROCHA, Marco Túlio Carvalho. **O conceito de família e suas implicações jurídicas**: teoria sociojurídica do direito de família. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. As linhas que dividem amor e Direito nas Constituições. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 27 de dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-27/direito-comparado-linhas-dividem-amor-direito-constituicoes>>

ROSA, Alexandre Morais. **A Loucura de Mário de Sá Carneiro e a nossa Prova (de amor) Jurídica**. ROSA, Alexandre Morais. Jurisdição do Real X Controle Penal: Direito e Psicanálise via literatura. Petrópolis: Deliberal, 2011

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manual Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

ROUDINESCO, Elisabeth. **A Família em Desordem**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2003

SANTOS. Romualdo. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá Editora, 2011

SILVA, Marcos Alves. **Da Monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013

SPINOZA, Baruch. **Ética**. Tradução Tomaz Tadeu. 2 ed. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2013. Título original: *Ethica*)

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: T.A Queiroz, Editora da Universidade de São Paulo, 1984

WELTER. Belmiro Pedro. **Teoria Tridimensional de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

**Recebido em: 14 de março de 2017**

**Aceito em: 26 de maio de 2017**



## **A TUTELA AUTORAL DO SOFTWARE**

### **THE LEGAL PROTECTION OF THE SOFTWARE**

**Henrique dos Santos Andrade<sup>1</sup>**  
**Caio Sperandeo de Macedo<sup>2</sup>**

**Resumo:** Analisar a proteção jurídica do *software*, partindo de um enfoque histórico do direito autoral, bem como compreender o *software* como um conjunto ordenado de instruções técnicas que cresceu em importância e atingiu níveis de complexidade não previstos, gerando diversos problemas não abordados satisfatoriamente pelos dois ramos do direito intelectual: o direito autoral e o direito de propriedade industrial. Defende-se uma proteção normativa que leve em conta as especificidades e variedades de desenvolvimentos atingidos hodiernamente pelos *softwares*, com vistas a sua função social e não apenas ao caráter econômico e individual predominante.

**Palavras-Chave:** direito autoral; proteção autoral; Internet; software.

**Abstract:** Analyze the legal protection of software, from a historical approach until the author's right, as well as understanding the software as an ordered set of technical instructions that grew up in importance and reached levels of unforeseen complexities, creating many problems not addressed satisfactorily by both types of intellectual property rights: author's right and industrial property rights. It defends a normative protection that takes into account the specificities and variety of the software's development achieved in our times, with focus not only in your economic aspect but also in your social function.

**Keywords:** author's right; copyright, Internet. Software

**Sumário:** Considerações Iniciais; 1. Direitos de Autor; 2. Desenvolvimento Histórico dos Direitos autorais; 3. Surgimento da Legislação sobre Direito Autoral; 4. Linguagem de Programação; 5. O Software; 6. A proteção ao Software; 7. O tratamento dado ao Software pela Legislação Brasileira; Considerações Finais; Referências.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito da Sociedade da Informação e especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU – SP, Especialista em Direito Público pela Faculdade Mauricio de Nassau. Especialista em Engenharia de Software pela FAT- Alagoas. E-mail: atalaiense@hotmail.com. Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/7343313387531908>.

<sup>2</sup> Professor permanente da Pós-Graduação do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do curso de Graduação em Direito, ambos do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas- FMU/SP, São Paulo. Membro Efetivo da Comissão Permanente de Meio Ambiente da OABSP, no Grupo de Trabalho de Meio Ambiente Digital. Advogado militante com atuação na área de direito da sociedade da informação, direito educacional, educação superior brasileira, políticas públicas. Possui Doutorado em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP (2014), Brasil, Mestrado em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). E-mail: caio.csm@terra.com.br

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema propicia uma análise histórica, principiológica e normativa do *software*, abordando tanto a legislação nacional quanto os tratados internacionais, as discussões sobre qual proteção melhor se adequa ao *software*, e os fatores que levaram à escolha da proteção autoral hoje utilizada.

Tal discussão alcança grande complexidade dada a grande gama de possibilidades que existe para desenvolvimento desse bem imaterial e das aplicações que surgem a cada dia. Uma vez que capacidade de processamento e armazenamento não são mais problema para a concreção das mais variadas ideias, inclusive pela combinação de soluções existentes, apresenta-se como irrestrito o campo de aplicação do *software*, de forma geral, notadamente na sociedade da informação, com a utilização já bastante disseminada pelo uso das novas tecnologias de informação e da comunicação (NTIC's).

Justifica-se a escolha temática, ainda, em face de seu aspecto vanguardista junto à realidade jurídico-fática brasileira e no contexto da atual sociedade conectada, que interage e se comunica através de redes. Ademais, observou-se durante a análise encetada no trabalho o método indutivo, partindo-se da análise empírica, normativa e doutrinária para o reconhecimento do necessário e específico aprofundamento do estudo sobre o tratamento da proteção desse bem tão valioso.

### 1. DIREITOS DE AUTOR

Para a Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), ou *World Intellectual Property Organization*<sup>3</sup> (WIPO), a propriedade intelectual se refere às criações da mente, sujeita à tutela pelo Direito Autoral ou pelo Direito da Propriedade Industrial.

O Direito Autoral, ou Direito de Autor, “[...] regulamenta os direitos relativos às obras científicas, literárias e artísticas, os direitos conexos, direitos dos produtores de fonogramas, organismos de radiodifusão e direitos dos artistas intérpretes ou executantes”<sup>4</sup>. Ele protege a titularidade do criador sobre a sua obra ou criação, reunindo os direitos de usar e gozar, conforme melhor lhe convier, e garantindo tal direito também aos sucessores<sup>5</sup>.

Há dois grandes sistemas de proteção autoral: o *Copyright* ou Sistema Comercial, originado na Convenção de Genebra de 1952, e o *Droit d'Auteur* ou Sistema Individual ou Sistema Europeu, introduzido pela Convenção de Berna, ao

---

<sup>3</sup> Intellectual property (IP) refers to creations of the mind, such as inventions; literary and artistic works; designs; and symbols, names and images used in commerce”. Site da WIPO - What is Intellectual Property? Disponível em: <<http://www.wipo.int/about-ip/en/index.html#ip>>. Acesso em: 24 jun. 2016.

<sup>4</sup> FERNANDES, Márcia Santana; FERNANDES, Carolina Fernández; GOLDIM, José Roberto. Autoria, Direitos Autorais e Produção Científica: Aspectos éticos e legais. *Regista HCPA*. v. 28-1. p. 26-32. ano 2008. Porto Alegre. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/autoria.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016. p. 26.

<sup>5</sup> CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. História dos Direitos Autorais no Brasil e no Mundo. *Cadernos de Direito*. Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). v. 1, n. 1. ano 2001. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/896/415>>. Acesso em: 07 jul. 2016. p. 209.

qual o Brasil se filia<sup>6</sup>. O *Droit d'Auteur* tem caráter predominantemente subjetivo, para proteger o autor, consagrando mundialmente o direito do autor de forma ampla e definitiva<sup>7</sup>, e tendo como preocupações “[...] a criatividade da obra a ser copiada e os direitos morais do autor da obra”<sup>8</sup>. Sua essência se perfaz pela garantia do direito de propriedade sobre as obras criadas, proteção contra utilização não autorizada e limitações em benefício da sociedade<sup>9</sup>.

Por outro lado, o sistema do *Copyright* foi construído para proteger a obra, e não o autor, quanto às reproduções feitas<sup>10</sup>, tendo, assim, caráter objetivo. A ideia inicial era a regulação do comércio de livros<sup>11</sup>, visando apenas o caráter patrimonial do direito autoral<sup>12</sup>.

O histórico até se chegar ao que existe hoje é bem mais extenso e passa a ser tratado a partir de agora.

## 2. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS DIREITOS DO AUTOR

O ser humano expressa sua capacidade criativa através das mais variadas formas, desde tempos imemoriais<sup>13</sup>. Em termos históricos, considera-se que o Direito Autoral começou no Direito Romano, com a *Lex Fabia de Plarigriis*, Século II d.C., que utilizava a palavra plágio (*plagium, plagiarius*) para o crime de sequestrar um homem livre e torná-lo escravo, praticando comércio pela venda ou apenas usando. Tal palavra começou a ser usada também para obras<sup>14</sup>, sendo punido inicialmente apenas com repúdio da opinião pública<sup>15</sup> e execução pública do plagiário<sup>16</sup>. Ainda no Direito Romano havia o reconhecimento moral do direito do autor ensejando a proteção à sua personalidade intelectual, tendo em vista a *actio injuriarum*, conforme entendimento majoritário. Cavalheiro<sup>17</sup> traduz essa ação como ‘não direito’. Seria a ação contra quem não tinha o direito que exercia. A

<sup>6</sup> PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Autorais.pdf>>. 07 set. 2009. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>7</sup> DEGUCHI, Luís Gustavo Seki. Violações dos Direitos Autorais na Internet. **Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente**, Presidente Prudente, São Paulo. 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/664/680>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>8</sup> PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit. p. 21.

<sup>9</sup> UNESCO, **L'ABCdu droit d'auteur**. UNESCO - Secteur de la culture. Paris, 2010.

<sup>10</sup> PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit.

<sup>11</sup> SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções**. São Paulo, ano 2008. Tese de Dissertação. PUC. Biblioteca Digital da PUC-SP - SAPIENTIA. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2008-06-20T11:13:50Z-5772/Publico/Manuella%20Silva%20dos%20Santos.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2008-06-20T11:13:50Z-5772/Publico/Manuella%20Silva%20dos%20Santos.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>12</sup> ALVES, Jaime Leônidas Miranda; ARAÚJO, Neiva Cristina de. A função social do direito autoral: análise principiológica confrontando as óticas existencialista e patrimonialista. In: **II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI**, ano 2013, São Paulo. Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI, 2013.

<sup>13</sup> MARIOT, Gilberto. **O impacto das novas tecnologias sobre os Direitos Autorais**. 15 jan. 2016. Disponível em: <[http://mbek.com.br/artigos/Novas\\_Tecnologias\\_e\\_DA.pdf](http://mbek.com.br/artigos/Novas_Tecnologias_e_DA.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>14</sup> ALVES; ARAÚJO, op.cit. p. 2.

<sup>15</sup> DEGUCHI, op. cit. p. 12.

<sup>16</sup> BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

<sup>17</sup> CAVALHEIRO, op. cit.

proteção era sobre os aspectos morais da autoria, sem vertente patrimonial<sup>18</sup>. Na Grécia Antiga havia sanção moral, pela desonra pública do plágio<sup>19</sup>.

Com a invenção da imprensa, em 1454, pelo alemão *Johannes Gensfleisch zum Gutenberg*<sup>20</sup>, regulamentou-se o Direito Autoral<sup>21</sup>, nos moldes tradicionais<sup>22</sup>. A nova invenção permitiu a divulgação das obras literárias, que antes eram manuscritas, de forma até então inimaginável<sup>23</sup>. Com a imprensa, grandes quantidades podiam ser reproduzidas, e o controle do direito sobre a obra tornou-se bem mais complicado<sup>24,25</sup>. Surgiram os impressores e os vendedores de livros, que arcavam com os altos preços da edição, mas também surgiram os que apenas copiavam, sem arcar com estes custos<sup>26</sup>.

A facilidade de cópia propiciada pela imprensa criou, para o clero e o governo, o problema da propagação incontrolada de ideias, e estes, então, decidiram criar um sistema de benefícios e favores<sup>27</sup>, dados a certas impressoras, para o controle e distribuição de obras impressas<sup>28</sup>. Estes privilégios “[...] consistiam em monopólios de utilização econômica da obra, conferidos por 10 anos [...]”<sup>29</sup>. Não havia nenhuma atenção para com os autores, que não apareciam nesta discussão sobre privilégios, apenas os comerciantes<sup>30</sup>. Foram constituídos verdadeiros monopólios para livreiros e editores<sup>31</sup>.

Esses privilégios tinham critérios políticos, variando muito, abrangendo um livro ou uma classe, prazos diversos, concedidos a várias autoridades, incluindo religiosas, políticas, etc. Por isso, o sistema tornou-se muito complexo na Inglaterra e na França, o que justifica o fato de serem estes países os berços do *copyright* e do *droit d'auteur*, respectivamente<sup>32</sup>.

Vários decretos reais e ordens foram publicados do final do Século XV ao início do Século XVIII, sendo estes considerados os precursores das leis autorais atuais<sup>33</sup>.

No Renascimento houve uma redescoberta de obras e autores clássicos, como Platão, Heródoto e Tucídides e obras dos dramaturgos e poetas gregos, aumentando a produção cultural, graças à imprensa, mas também aos mecenas, ricos patrocinadores das letras, ciências e artes, e também de artistas e sábios<sup>34</sup>.

Em 1665, na França, o sistema de privilégios gerou um conflito entre as livrarias de Paris e as das províncias, a partir de um decreto que dava às livrarias de

---

<sup>18</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>19</sup> ALVES; ARAÚJO, op.cit.

<sup>20</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>21</sup> DEGUCHI, op. cit.

<sup>22</sup> SANTOS, Manoel J. Pereira dos; GRECO, Marco Aurélio (Coord.); MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito Autoral na Internet**. Direito e Internet - Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. p. 137-162. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>23</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>24</sup> Ibid.

<sup>25</sup> PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit. p. 13.

<sup>26</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>27</sup> CAVALHEIRO, op. cit.

<sup>28</sup> UNESCO, op. cit.

<sup>29</sup> BITTAR, op.cit., p. 31.

<sup>30</sup> ALVES; ARAÚJO, op.cit.

<sup>31</sup> PARANAGUÁ; BRANCO, op. cit. p. 13.

<sup>32</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>33</sup> UNESCO, op. cit.

<sup>34</sup> SANTOS, op. cit.

Paris exclusividade para impressão de obras novas, de escritores da atualidade. A intenção era controlar o que era publicado nas províncias, sob a justificativa de que as livrarias teriam adquirido os direitos dos autores<sup>35</sup>. Os livros já publicados eram considerados como de domínio público<sup>36</sup>.

Como só havia, até esse ponto, proteção à indústria editorial<sup>37</sup>, com o crescimento da insatisfação dos autores, na Inglaterra de 1694, foi extinto o monopólio, enfraquecendo os livreiros, sofrendo inclusive a concorrência de estrangeiros, devido à abertura de mercado. Os livreiros mudaram a estratégia, defendendo o direito dos autores, para que estes negociassem os direitos das suas obras<sup>38</sup>. Começava, assim, a discussão, a tomar a forma de proteção ao direito do autor.

### 3. SURGIMENTO DA LEGISLAÇÃO SOBRE DIREITO AUTORAL

As primeiras leis sobre Direito Autoral são do Século XVIII, da Grã-Bretanha, de 1710<sup>39</sup>. A expressão ‘Direito do Autor’ foi de início usada em 1725, pelo advogado francês Luís D’Hericourt, no decurso para livreiros de Paris<sup>40</sup>. Em 14 de abril de 1710, entrou em vigor o *Copyright Act*, editado pela Rainha Ana, denominado Estatuto da Rainha Ana, ato motivado pela insuficiência da proteção aos autores, primeira lei no mundo, tratando o autor como passível de direitos<sup>4142</sup>. Os autores teriam direito exclusivo de impressão por quatorze anos a partir da publicação, prorrogáveis por igual período. Pelo descumprimento havia perdimento das cópias e multa por folha copiada, e o valor era partilhado meio a meio entre a Coroa e o autor<sup>43</sup>. Com esse ato surgiu a expressão *copyright*, sendo “[...] uma lei geral e abstrata, aplicável a todos, e não mais privilégios específicos garantidos a livreiros individualmente [...]”<sup>44</sup>.

A partir de então, diversos outros países passaram a reconhecer os direitos do autor, como a Dinamarca, que em 1741 proibiu a contrafação de obras literárias e artísticas, e a Espanha, que entre 1672 e 1788 mudou de direitos do livreiro para direito do autor<sup>45</sup>.

No Século XVIII, em 1789, com a Revolução Francesa, foi reconhecido o direito exclusivo do autor no aproveitamento econômico da sua obra intelectual, incluindo o direito dos herdeiros<sup>46</sup>, tomando a forma da moderna legislação autoral<sup>47</sup>. Foram promulgados a Lei *Chapelier*, em 1791, e a Convenção de Berna,

---

<sup>35</sup> CAVALHEIRO, op. cit.

<sup>36</sup> BITTAR, op.cit.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>39</sup> LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **Proteção Jurídica do Software: eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

<sup>40</sup> SANTOS, op. cit.

<sup>41</sup> BITTAR, op.cit.

<sup>42</sup> CAVALHEIRO, op. cit.

<sup>43</sup> DEGUCHI, op. cit.

<sup>44</sup> SANTOS, op. cit. p. 40-41.

<sup>45</sup> CAVALHEIRO, op. cit. p. 212-213.

<sup>46</sup> DEGUCHI, op. cit.

<sup>47</sup> LUPI, op. cit.

em 1886, este último sendo o primeiro tratado internacional sobre direito autoral<sup>48</sup>, editado no momento em que a proteção interna de um país não era insuficiente<sup>49</sup>. O WIPO administra a Convenção de Berna desde 1967, que possui mais de 160 países signatários, incluindo o Brasil. Os direitos conexos aos do autor foram disciplinados na Convenção de Roma em 1961.

No Brasil, o Código Criminal de 1827, art. 261<sup>50</sup>, foi o primeiro a tratar de Direito Autoral. Seguido pelo Código Penal de 1890 e do Código Civil (CC) de 1916. Em 1973, o *software* passou a ter tratamento separado pela Lei 9.610 de 1998. Atualmente, a proteção autoral está na Constituição Federal, art. 5º, XXVII<sup>51</sup>.

#### 4. LINGUAGEM DE PROGRAMAÇÃO

A proteção ao *software* exige o conhecimento do que este seria, que por sua vez exige que se trate o conceito de linguagem de programação, forma como um programa de computador se materializa. As linguagens de programação, tratadas nessa seção, têm sua história ligada intimamente à origem dos computadores.

O primeiro computador mecânico, datado de 1642, inventado por Blaise Pascal<sup>52</sup>, utilizava engrenagens para realizar operações aritméticas simples, soma e subtração<sup>53,54</sup>. Este foi aperfeiçoado, em 1671, por Gottfried Wilhelm Leibniz com a calculadora universal, incluindo multiplicação e divisão<sup>55,56,57</sup>. A seguir, este também foi aperfeiçoado, agora por Charles X Thomas<sup>58</sup>. Chegou-se enfim, em 1801, a calculadora de cartão perfurado, criada por Joseph Marie Jacquard<sup>59</sup>, utilizando um sistema de cartões perfurados como o primeiro *input* (entrada de dados) para controlar a máquina, surgindo a técnica da programação de dados<sup>60</sup>. Em 1822, Charles Babbage projetou uma máquina com a capacidade de processar as informações a ele transmitidas<sup>61,62</sup>.

Pode-se dizer que os primeiros programas pensados usavam “[...] combinações de comutadores ou de um sistema de fios. Isso requeria ligar e desligar

---

<sup>48</sup> ALVES; ARAÚJO, op.cit.

<sup>49</sup> DEGUCHI, op. cit.

<sup>50</sup> Código Criminal de 1827, art. 261: Imprimir, gravar, lithographar ou introduzir quaesquer escriptos ou estampas que tiverem sido feitos, compostos ou produzidos por cidadãos brasileiros, enquanto estes viverem, e dez anos depois de sua morte, se deixarem herdeiros.

Penas - de perda de todos os exemplares para o autor ou traductor, ou seus herdeiros, ou, na falta d'elles, do seu valor e outro tanto, e de multa igual ao trespobro do valor dos exemplares.

Se os escriptos ou estampas pertencerem a corporação, a prohibição de imprimir, gravar, lithogtaphar ou introduzir, durará somente por espaço de dez annos.

<sup>51</sup> LUPI, op. cit.

<sup>52</sup> PEREIRA, Elisabeth Dias Kanthack. **Proteção Jurídica do Software no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

<sup>53</sup> LUPI, op. cit.

<sup>54</sup> POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

<sup>55</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>56</sup> LUPI, op. cit.

<sup>57</sup> POLI, op. cit.

<sup>58</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>59</sup> Ibid.

<sup>60</sup> POLI, op. cit.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> LUPI, op. cit.

a máquina para computações com programas diferentes”<sup>63</sup>. Ainda na década de 40, John von Neumann propôs um modelo onde o programa devia ser armazenado na memória, podendo assim ser trocados quando necessário<sup>64</sup>.

As instruções para o funcionamento do computador ganharam em importância e passaram a ter existência própria, denominando-se esse conjunto de instruções de *software*. A base para a construção de um programa é o que se chama de algoritmo, que seria “[...] uma sequência de passos (ou instruções) para resolver um problema”, a exemplo de: primeiro leia um número, depois leia outro número, depois os multiplique e por fim mostre o resultado<sup>65</sup>. Segundo Brancher<sup>66</sup>, o algoritmo “É o primeiro elemento necessário para a elaboração do *software*”. Era necessário converter esse algoritmo numa linguagem que o computador entendesse. Essa linguagem era de difícil utilização e compreensão, além de ilegível e de difícil depuração<sup>67</sup>.

Surgiu a necessidade de se criar linguagens mais acessíveis, que deveriam depois serem convertidas em linguagens de máquina. Assim, tinha-se um algoritmo, que, traduzido para uma linguagem de programação, chegava-se a um ‘código fonte’ do programa de computador<sup>68</sup>. Considera-se código fonte o software quanto alcança sua versão final<sup>69</sup>. Esse código fonte era compreensível pelos humanos que conhecem a linguagem, chamada de linguagem de alto nível e parecida com a linguagem humana<sup>70</sup>, mas incompreensível pelo computador, que entende alguns conceitos básicos encontrados no seu *firmware*, ou microprocessador<sup>71</sup>.

Assim, com as linguagens de alto nível foi necessário a tradução do programa código fonte para o formato que o computador entendesse, o chamado ‘Código de Máquina’<sup>72</sup> e para isso foram criados os montadores<sup>73</sup>. Esses montadores podem ser compiladores ou interpretadores de acordo com o momento em que a montagem é realizada. O compilador faz a conversão quando o programa é preparado para execução. O interpretador faz a conversão dos comandos do programa fonte, da linguagem de alto nível para a linguagem de máquina, em tempo de execução, sendo por isso, mais lento, a exemplo dos programas em Java<sup>74</sup>.

Toda linguagem de programação, assim como qualquer outra linguagem, possui um conjunto de regras sintáticas e semânticas, ou seja, regras de forma e de conteúdo, respectivamente<sup>75</sup>. Pela necessidade já referida, há linguagens de

---

<sup>63</sup> GOTARDO, Reginaldo Aparecido. **Linguagem de Programação I**. Rio de Janeiro: SESES, 2015, p. 15.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> Ibid.

<sup>66</sup> BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de Software**. Florianópolis: Visual Books, 2003, p. 17.

<sup>67</sup> BARANAUSKAS, Maria Cecília Calani. **Procedimento, Função, Objeto ou Lógica? Linguagens de Programação vistas pelos seus paradigmas**. 18 out. 2012. Disponível em: <<http://bdfatec.blogspot.com.br/2012/10/lpiparadigmasnaslinguagens.html>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>68</sup> GOTARDO, op. cit.

<sup>69</sup> BRANCHER, op. cit.

<sup>70</sup> GOTARDO, op. cit.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> Ibid., p. 17.

<sup>73</sup> BARANAUSKAS, op. cit.

<sup>74</sup> Java é o nome de uma linguagem de programação muito conhecida hoje em dia, dada a sua grande utilização no desenvolvimento de softwares a serem utilizados na Internet.

<sup>75</sup> GOTARDO, op. cit.

programação de diferentes níveis, conforme a maior ou menor complexidade para compreensão humana, tendo-se linguagem de máquina, linguagem de baixo nível, linguagem de médio nível e linguagem de alto nível. A linguagem de máquina é de difícil construção e compreensão, constituída de código binário, ou seja, de sequências combinada de zeros e uns. A linguagem de baixo nível é também chamada de *assembly*, ou linguagem de montagem, com comandos um pouco mais elaborados, como *start*, *end*, *drop*, *copy*, presentes no microprocessador<sup>76</sup>, como *firmware*. A linguagem de nível médio é um meio termo entra a baixa e a alta, a exemplo do C e do C++. A linguagem de alto nível é a que se aproxima mais da linguagem humana<sup>77</sup>.

## 5. O SOFTWARE

Num computador há uma parte material, o *hardware*, e uma imaterial ou intelectual, o *software*<sup>78</sup>. O *hardware* é o “[...] meio mecânico que realiza as operações [...] um corpo físico onde operam os programas [...]”<sup>79</sup>. *Hardware* é a parte física, material, que processa e armazena dados, e sobre ele incide a legislação sobre propriedade industrial, Lei 9.279 de 14 de maio de 1996<sup>80</sup>. O *software* é desenvolvido para fazer uma máquina realizar um processamento, na busca da solução dos problemas dos usuários<sup>81</sup>. Ele contém um conjunto de dados e instruções executados pela máquina<sup>82</sup>. Esses problemas podem ser um trabalho ou um processo<sup>83</sup>.

Como visto anteriormente, um software é um algoritmo, reescrito numa linguagem de programação que, após uma compilação ou interpretação, pode ser executado pelo hardware do computador. O art. 1º da Lei de Proteção ao *Software* (LPS), Lei nº 9.609 de 19 de fevereiro de 1998<sup>84</sup>, define *software* como um conjunto estruturado de instruções para que um *hardware* execute um fim. É uma criação intelectual com alto valor econômico, sendo, assim, único<sup>85</sup>.

Um *software* possui os seguintes elementos primários: a arquitetura, que é a espinha dorsal, a estrutura, o algoritmo, que são as instruções e a forma como estão

---

<sup>76</sup> A arquitetura de um processador pode ser CISC - **Complex Instruction Set Computing** ou RISC - *Reduced Instruction Set Computing*, ou um misto dos dois modelos. O processador CISC possui um conjunto maior de comandos armazenados no firmware, mas é de execução mais lenta. Já o processador RISC suporta menos instruções, sendo mais simples e mais baratos, e por isso executa com mais rapidez suas operações. Ao fim do processo o programa tem que estar na linguagem de máquina, ou seja, na linguagem que o computador entende, que é justamente a linguagem baseada nas instruções do seu microprocessador.

<sup>77</sup> WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

<sup>78</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>79</sup> LUPI, op. cit., p. 18.

<sup>80</sup> POLI, op. cit.

<sup>81</sup> *Ibid*, p. 35.

<sup>82</sup> LUPI, op. cit.

<sup>83</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>84</sup> Lei 9.609 de 1998, art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.

<sup>85</sup> LUPI, op. cit.

combinadas, ou seja, a ideia de como deve ser feita a tarefa, o código, que é a ideia traduzida para uma linguagem de computador, a documentação, a base de dados e o uso ou utilidade do sistema. Por causa da complexidade, o desenvolvimento de um *software* é dividido em etapas: concepção, construção, teste e instalação ou *deploy*<sup>86</sup>.

Segundo a WIPO, um *software* abrange o programa de computador, que é a codificação das instruções, uma descrição completa do processo que o programa implementa e o material de apoio, que auxilia na compreensão e execução<sup>87</sup>. Em outras palavras, tem-se o programa em si, a descrição detalhada, que se compõe das instruções para se criar o programa, e a documentação auxiliar, que inclui outros materiais de apoio<sup>88</sup>. Dos itens citados, só o programa em si se destina à máquina<sup>90</sup>.

Há diversos tipos de *software*, a exemplo dos sistemas operacionais, que “[...] administram a funcionalidade geral do computador [...]”<sup>91</sup>, como o *Windows*, o *Linux*, o *iOS*, dentre outros, de *softwares* de rede, que viabilizam a comunicação entre diferentes computadores, aplicativos, destinados a execução de uma tarefa, da solução de um problema, utilitários, que complementam outras funções, *browsers*, usados para acesso à WWW, dentre outros<sup>92</sup>.

Segundo Paesani<sup>93</sup>, os *softwares* podem ser classificados em *standard* (padrão), por encomenda e adaptados ao cliente. Para Lupi<sup>94</sup>, o *software* pode ser classificado em *software* aplicativo, que serve ao usuário, e *software* básico, que serve a máquina em si, como a *Basic Input Output System* (BIOS). Para Poli<sup>95</sup>, quanto à sua destinação, o *software* pode ser classificado em básico, normalmente distribuído com o *hardware*, por ter, em regra, função operacional, ou aplicativo, utilizado para tarefas específicas. Wachowicz<sup>96</sup> classifica os *softwares* em de prateleira, com as funcionalidades prontas e definidas, ou por encomenda, onde há um processo de customização e/ou desenvolvimento de funcionalidades específicas. Alguns autores<sup>97</sup> citam também o *software* especial, para áreas específicas, a exemplo do *coreldraw*, do *autocad*, etc. Outros entendem que este seria apenas um *software* aplicativo. Ferrari<sup>98</sup> subdivide *software* em código-fonte e produto, sendo aquele a codificação e este um software acabado e com um fim específico.

Os *softwares* podem ser disponibilizados através de licença, locação, versão demo, *freeware* ou livre. Para Ferrari<sup>99</sup>, as licenças podem ser *freeware*, *semi-freeware*, *shareware*, livre (*copyleft*), comercial e proprietária.

---

<sup>86</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> Ibid.

<sup>89</sup> LUPI, op. cit.

<sup>90</sup> POLI, op. cit.

<sup>91</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit., p. 82.

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> PAESANI, Líliliana Minardi. **Manual de Propriedade Intelectual**: Direito do Autor, Direito de Propriedade Intelectual, Direitos Intelectuais sui generis. São Paulo: Atlas, 2012.

<sup>94</sup> LUPI, op. cit.

<sup>95</sup> POLI, op. cit.

<sup>96</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>97</sup> POLI, op. cit.

<sup>98</sup> FERRARI, Alexandre Coutinho. **Proteção Jurídica de Software**: Guia Prático para Programadores e Webdesigners. São Paulo: Novatec, 2008.

<sup>99</sup> Ibid.

Para o *software* licenciado, deve haver um termo de cessão de direitos de uso<sup>100</sup>, a exemplo de *softwares* como o *Windows*, pacote office e tantos outros. Para *software* de prateleira, o criador concede licença ao distribuidor, que cede ao varejista ou ao usuário final<sup>101</sup>. Antigamente havia vinculação do *software* ao meio físico em que estava gravado. Hoje em dia a maioria das distribuições se dá por *download*, a partir da Internet. A locação está prevista na Lei 9.096/98. Wachowicz<sup>102</sup> entende não ser possível a locação de *software* executável no Brasil, em decorrência do art. 565 do CC, que fala que locação, só pode ser de coisa não fungível. Contudo, a parte não fungível seria o código fonte. A locação surgiu na década de 60 e é muito pouco utilizada.

O *software* livre (*free*) ou o de código aberto (*open source*) é aquele em que também o código fonte é distribuído<sup>103</sup>. Com este *software* o usuário pode executá-lo, estudá-lo, distribuí-lo e até melhorá-lo<sup>104</sup>. A distribuição é feita através de uma *General Public License* (GPL)<sup>105</sup>. Preza-se a liberdade de expressão e o acesso à cultura, ao invés do caráter econômico. O *freeware* não tem código aberto. No *software* livre há a ideia de *copyleft*, forma de distribuição de *software* para garantia das liberdades básicas, sem alterar a característica inicial deste *software*<sup>106</sup>. Ferrari<sup>107</sup> define o termo *copyleft* como sinônimo de livre, autorizando a qualquer usuário a cópia, uso e distribuição em quantos *hardwares* quiser. O *software* comercial é criado especificamente com o intuito de lucro, podendo ser exclusivo (contrato exclusivo), não exclusivo (contrato não exclusivo) ou meramente comercial (sem contrato)<sup>108</sup>.

Há diversas formas de se construir um *software*, variando na forma como é fornecido, que pode ser junto com o hardware (*firmware*), utilizando arquivos externos, como bibliotecas, construídos a partir de funcionalidades já prontamente disponibilizadas, a exemplo de *workflows*, utilizando serviços externos disponibilizados, a exemplo da arquitetura orientada a serviços, ou *Service-Oriented Architecture* (SOA), dentre tantas outras possibilidades.

*Firmware* é um tipo de *software* embutido, composto da combinação de *hardware* e *software*. O *software* como *firmware* é patenteável, e nesse âmbito incluem-se celular, balança eletrônica, calculadoras científicas, e diversos eletrodomésticos como geladeiras, micro-ondas, etc. Em certos casos o *software* integrado ao *firmware* pode ser tutelado por ambos, o Direito Autoral, como *software* que é, e o Direito Industrial, em havendo novidade, inventividade, aplicação industrial, não impedimento e suficiência descritiva<sup>109</sup>.

As bibliotecas são arquivos digitais utilizados para guardar procedimentos, funções, sub-rotinas, dados, imagens, ou qualquer outro recurso a ser utilizado por outros *softwares*<sup>110</sup>. Na arquitetura *Windows*, há um tipo de biblioteca chamado de

---

<sup>100</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Ibid, p. 87.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid.

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> FERRARI, op. cit.

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>110</sup> Conceito retirado do site de tecnologia TECMUNDO, disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/o-que-e/44592-o-que-e-um-arquivo-com-extensao-dll-.htm>>

*Dynamic Link Library*, e por isso, possuem a extensão ‘.dll’. Porém, há outros formatos de biblioteca, mesmo para o *windows*, a exemplo das extensões “.OCX” ou “.DRV”, “.ICL”, dentre outras, cada uma com características próprias de acordo com o que contenham. Para se saber sobre a utilização de uma biblioteca, deve-se ter acesso ao código fonte do programa. Qualquer programa pode ser construído de forma modular, usando bibliotecas, e estas podem ser utilizada em outros programas. Questão que se apresenta é se uma biblioteca de um *software* protegido pode ser usada sem autorização. Para obras literárias, é proibida a reprodução total ou parcial, conforme art. 29, I da Lei de Direito Autoral (LDA), além do inc. X do mesmo artigo, que trata de “[...] quaisquer outras modalidades de utilização existentes ou que venham a ser inventadas [...]”. A própria, LDA, porém, permite o uso, conforme art. 46, VIII, de “pequenos trechos”. Atente-se ao fato de que nenhum ou quase nenhum *software* poderia ser produzido se não se reutilizassem outros programas, bibliotecas ou recursos já existentes. Como se observou, não há um tratamento específico para este tipo de construção de software, com utilização de bibliotecas de outrem.

## 6. A PROTEÇÃO AO SOFTWARE

Programas de computador, por sua natureza digital, armazenados como sequência de zeros e uns, possuem imensa “[...] facilidade de reprodução, quebra de códigos de segurança, armazenamento, transmissão, distribuição, etc”<sup>111</sup>, podendo ser entregues, fisicamente, em discos, DVDs ou outros suportes, ou disponibilizados para *download*, via Internet. A ideia inicial de *software* era sempre junto com o *hardware*, pois originalmente aquele foi pensado apenas e tão somente para fazer este funcionar e executar uma tarefa. Os *softwares* só passaram a ter necessidade de proteção a partir da sua comercialização em apartado<sup>112</sup>.

Muita discussão já teve lugar sobre a proteção ao *software*, incluindo qual tipo tutela deveria ser aplicada, e quais suas peculiaridades. Já na década de 60 discutia-se a proteção ao *software*. Em 1964, nos EUA, foi publicada uma circular do U.S. Copyright Office, a *Copyright Registration for Computer Programs*, criando o registro para *software*. Em 1965, ainda nos EUA, uma outra circular equiparou *software* a livro, em relação à proteção, destacando a originalidade e a publicidade. Porém, a discussão sobre regulamentação jurídica do *software* tem início apenas na década de 70, a partir da análise dos processos de automação por Eugen Ulmer<sup>113</sup>.

Baseado na ideia de que o *software* possuía os requisitos da novidade e originalidade, necessários à patente de invenção, durante muitos anos muitos juristas defenderam a ideia de proteção pela propriedade industrial<sup>114</sup>.

Um dos primeiros movimentos na tratativa da proteção do *software* foi a Convenção de Munique de 1973, onde se decidiu pela impossibilidade desta patente<sup>115</sup>.

---

<sup>111</sup> MARIOT, op.cit.

<sup>112</sup> POLI, op. cit.

<sup>113</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>114</sup> BRANCHER, op. cit.

<sup>115</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

Em 1977, alguns defendiam a proteção ao *software* a partir de uma lei *sui generis*. A WIPO, em 1978, criou a Lei-Tipo, lei *sui generis*, não adotada por nenhum país<sup>116</sup>.

Muitos países mudaram a legislação para incluir o *software*. As Filipinas, em 1972, inseriram a proteção do *hardware* na Lei de Proteção aos Direitos Autorais<sup>117</sup>. França, em 1957, com o art. 3º da Lei de 11.03.1957, também seguiu essa ideia<sup>118</sup>, e em 1987, a proteção francesa, o *Droit d'Auteur*, se ajustou à Diretiva Europeia<sup>119</sup>. Os EUA, em 1980, criaram o *Computer Software Copyright Act*, marco da “[...] proteção legal aos programas de computador pelo regime jurídico dos direitos autorais [...]”<sup>120</sup>, que garantiu ao *software* proteção autoral, sendo acatado inclusive em países asiáticos<sup>121</sup>. Alemanha e França, em 1985, deram proteção autoral ao *software*<sup>122</sup>, a Lituânia em 1994, a Polônia em 1994, a Tailândia em 1995 e o Panamá<sup>123</sup>.

Em 14 de maio de 1991 a União Europeia editou a Diretiva 91/250/CEE e a partir de então “[...] o programa de computador passou a receber a tutela jurídica como obra intelectual, de forma análoga à proteção conferida à obra literária [...]”<sup>124</sup>, aplicado também em Estados Latinoamericanos<sup>125</sup>.

Assim, a ideia de proteção autoral ao *software* foi adotada por muitos outros países, tendo como motivação o caráter econômico e a dificuldade de investimentos, internos e externos<sup>126</sup>.

Em 1994, o GATT, por acordo TRIP, definiu a proteção do *software* semelhante à das obras literárias, segundo a Convenção de Berna de 1971. Em 1996, em Genebra, foi firmado o Tratado de Direito do Autor, confirmando a tendência da época.

No Brasil, a discussão quanto à utilização da proteção autoral ou da propriedade industrial não foi árdua. Doutrina, com várias obras publicadas, e em seguida jurisprudência, logo optaram pelo Direito Autoral. Hoje temos o *software* como matéria de Direito Autoral e o *hardware* como matéria de Direito Industrial<sup>127</sup>.

Historicamente, para Pereira<sup>128</sup>, a primeira norma brasileira a tratar do assunto foi a Portaria do SEI 003/80, que previa a proteção do *software* nacional. Já para Lupi<sup>129</sup>, a primeira norma a tratar de *software* foi de 07 de dezembro de 1982, também do SEI, Ato Normativo 22, que proibia a importação de *software*, exceto se

---

<sup>116</sup> LUPU, op. cit.

<sup>117</sup> POLI, op. cit.

<sup>118</sup> LUPU, op. cit.

<sup>119</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>120</sup> POLI, op. cit. p. 24.

<sup>121</sup> Ibid.

<sup>122</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>123</sup> LUPU, op. cit.

<sup>124</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit., p. 72.

<sup>125</sup> Ibid.

<sup>126</sup> POLI, op. cit.

<sup>127</sup> SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Um pouco de palavras sobre Informática Jurídica, Direito Informático, Direito de Autor nos Programas de Computador (softwares) e Internet. v. 3 n. 7, janeiro a abril de 1999. **Revista CEJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/17>>. Acesso em: 03 out. 2016.

<sup>128</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>129</sup> LUPU, op. cit.

houvesse também a transferência de tecnologia. Pereira<sup>130</sup> também cita o Ato Normativo SEI nº 22/82, mas não como o primeiro.

Em 29 de outubro de 1984 foi publicada a Lei nº 7.232, que estabeleceu a Política Nacional de Informática, com seus objetivos e diretrizes, e o Conselho Nacional de Informática e Automação (CONIN), órgão de assessoramento do Presidente da República nessa Política Nacional de Informática<sup>131</sup>.

Em 1984-85 o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) acolhia a ideia francesa de *software* com proteção *sui generis*. Porém, França, Brasil e Japão, por pressão dos industriais americanos, abandonaram essa ideia<sup>132</sup>.

Desta forma, a diretriz de proteção *sui generis* ao *software* não foi seguida e em 1985 o Direito Autoral brasileiro foi ampliado para proteger também o *software*<sup>133</sup>. O motivo para a tutela autoral ao *software* foi a pressão de associações nacionais e governos estrangeiros, o que resultou na publicação da Lei 7.646, em 18 de dezembro de 1987<sup>134</sup>, revogada pela atual lei de proteção ao *software*.

A Lei 8.248 de 23 de outubro de 1991 acabou com a reserva de mercado, aumentando a competitividade e reduzindo a importação ilegal<sup>135</sup>. O aumento da concorrência levou a necessidade de concessão de incentivos comercial, crédito e fiscal, além da criação de diversos programas, possibilitando-se a construção de uma indústria que colocou o Brasil em uma posição intermediária a nível mundial<sup>136</sup>. Subsidiado, o setor evoluiu significativamente<sup>137</sup>, criando um parque industrial sólido que, de 1984 a 1987, cresceu 400%. Seu maior crescimento<sup>138</sup>. Contudo, a pirataria voltou a crescer<sup>139</sup>.

O Brasil assinou, em 1994, o *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, ou acordo TRIPS, com previsão da proteção ao *software* equiparada à proteção para obras literárias, seguindo a Convenção de Berna de 1971, no art. 10, §1º<sup>140</sup>.

## 7. O TRATAMENTO DADO AO SOFTWARE PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O tratamento protetivo dado ao *software* é o previsto na Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, publicada no mesmo dia da Lei de Direito Autoral. Por haver lei específica, poder-se-ia dizer que há um tratamento *sui generis*. Tal lei prevê a aplicação subsidiária da Lei de Direito Autoral. Apesar da iniciativa, a lei visou a conformidade com a realidade do setor, porém, limitou-se apenas a reproduzir a maioria dos artigos da lei anterior, a Lei nº 7.646 de 1987<sup>141</sup>. Foi com o advento da

---

<sup>130</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>131</sup> Ibid.

<sup>132</sup> Ibid.

<sup>133</sup> Ibid.

<sup>134</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> LUPI, op. cit.

<sup>137</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>138</sup> LUPI, op. cit.

<sup>139</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>140</sup> POLI, op. cit.

<sup>141</sup> LUPI, op. cit.

Lei nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, que o *software* passou a ter proteção equiparada a autoral.

Porém, o fato de haver lei específica não caracteriza um tratamento específico adequado. Mesmo antes do diploma, Márcia Souza<sup>142</sup> já defendia que o tratamento nacional era específico, mas ao mesmo tempo informava sobre o problema de se ter um tratamento criado para as obras literárias, conforme detalhes a seguir.

A Lei nº 7.232 de 1984, junto com o Decreto-Lei nº 2.203 do mesmo ano, tratavam da proteção intelectual e comercialização, e previa cadastro e registro. A atual lei de proteção ao *software*, extinguiu a obrigatoriedade do registro, art. 2º, §3º, inclusive para comercialização<sup>143</sup>, sendo o registro, atualmente, facultativo, assim como é para qualquer obra protegida pelo direito autoral<sup>144</sup>. Atualmente, o registro tem caráter meramente declaratório, bastando a indicação da autoria, local e data para que a proteção incida<sup>145</sup>. Porém, o registro continua sendo importante, pois dá maiores garantias ao autor<sup>146</sup> e pode ser usado em eventuais litígios futuros e discussões sobre questões de plágio<sup>147</sup>.

A regulamentação do registro para *software* e sua comercialização está no Decreto nº 2.556 de 20 de abril de 1998, e deve ser realizado no INPI, ao invés da Biblioteca Nacional, conforme art. 3º desse decreto. O registro de *software* tem abrangência territorial internacional, diferente de marcas e patentes<sup>148</sup>. O *software* estrangeiro aqui é protegido, se houver reciprocidade<sup>149150</sup>. O Brasil é signatário da Convenção de Berna, Decreto Presidencial nº 75.699 de 1975, Convenção de Roma, Lei 4.944 de 1966, revogada pela Lei nº 9.610 de 1998, e Convenção Universal, Decreto nº 76.905 de 1971<sup>151</sup>.

Apesar da forma como se trata à proteção ao *software*, muitas outras discussões se apresentam. Poli<sup>152</sup> elenca vários mecanismos de proteção no mundo todo que poderiam ser usados na proteção do *software*, dentre os quais os “[...] direitos autorais, a propriedade industrial, a concorrência desleal, o enriquecimento sem causa, a obrigação contratual de não divulgação, o segredo de fábrica, e até mesmo o furto [...]”. Essa variedade advém da “[...] ausência de critérios na identificação da natureza do objeto de estudo [...]”<sup>153</sup>. Pereira<sup>154</sup> também informa as diferentes formas de proteção de *software*, como a proteção contra concorrência desleal e o segredo de indústria, além da proteção advinda de contratos firmados.

Apesar da grande adesão à ideia de proteção autoral ao *software*, “[...] o tema não é pacífico, tendo sido alvo de constantes críticas doutrinárias, até os dias atuais”<sup>155</sup>. Isso porque, assim como as obras científicas, os *softwares* também não

---

<sup>142</sup> SOUZA, op. cit.

<sup>143</sup> LUPI, op. cit.

<sup>144</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>145</sup> PAESANI, op. cit.

<sup>146</sup> LUPI, op. cit.

<sup>147</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>151</sup> LUPI, op. cit.

<sup>152</sup> Ibid, p. 54.

<sup>153</sup> Ibid, p. 21.

<sup>154</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>155</sup> POLL, op. cit., p. 21.

apresentam a esteticidade como elemento fundamental, como as encontradas nas obras artísticas, literárias e musicais<sup>156</sup>. O *software* não busca a “[...] contemplação ou admiração, mas sim o fazer”<sup>157</sup>. Além disso, “[...] a idealização do *software* só é passível de proteção legal quando exteriorizada”<sup>158</sup>. E o que se protege é a notação e não o resultado, e por isso, uma obra criada de forma aleatória por um programa não recebe proteção autoral, só o programa em si<sup>159</sup>.

A discussão sobre qual classe pertenceria o direito sobre propriedade intelectual começou com a definição de que se tratava de direito real de propriedade. *Software* é um bem jurídico imaterial, incorpóreo, devendo ser protegido por algum ramo do Direito Intelectual<sup>160</sup>. O ordenamento jurídico pátrio protege o *software* como direito real de propriedade sobre bem intelectual, e por isso, sendo direito real, é oponível contra todos (*erga omnes*), além do direito de sequela, de preferência e exclusividade<sup>161</sup>. Só depois se discutiu sobre se a tutela correta a ser utilizada seria autoral ou industrial, ou se seria um direito intelectual *sui generis*<sup>162</sup>.

A proteção do *software* como se invenção fosse foi a primeira adotada em diversas legislações<sup>163</sup>. Poli<sup>164</sup> entende que “O *software* [...] tem a finalidade de solucionar problemas no campo empresarial, ou seja, como a invenção, decorre da necessidade humana da resolução dos problemas práticos que se lhe apresentam”.

Porém, a Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, veda expressamente a patente para o programa de computador, informando nos arts. 8º e 9º que são patenteáveis invenção, quando presentes os requisitos da novidade, inventividade e aplicabilidade industrial, e o modelo de utilidade, presentes os requisitos da utilidade prática, da aplicabilidade industrial, inventividade e nova forma ou disposição, que apresente melhoria funcional de uso ou de fabricação, não se encaixando o *software* em nenhum dos casos, conforme art. 10, inc. V, da mesma lei.

Alguns defendem<sup>165</sup> que a proteção mais lógica ao *software* é a da propriedade industrial. Porém, para Pereira<sup>166</sup>, o *software* não se submeteria à proteção industrial por faltar os requisitos da industrialidade e da originalidade. Wachowicz<sup>167</sup>, por sua vez, defende que só seria possível a aplicação da Lei de Proteção Industrial se houvesse mudança legislativa, tanto interna quanto externamente, nesse último caso, através de organismos multilaterais do comércio, a exemplo da OMC e da OMPI. Segundo Poli<sup>168</sup>, “[...] as características do programa de computador, e, conseqüentemente, do direito intelectual que sobre ele recai, não se ajustam ao regime protetivo dos direitos autorais”.

---

<sup>156</sup> WACHOWICZ, Marcos. O software instituto de direito autoral sui generis. **Âmbito Jurídico**. 31 jul. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2163](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2163)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

<sup>157</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit., p. 75.

<sup>158</sup> PEREIRA, op. cit., p. 38.

<sup>159</sup> WACHOWICZ, 2016, op. cit., p. 76.

<sup>160</sup> POLL, op. cit.

<sup>161</sup> LUPI, op. cit.

<sup>162</sup> WACHOWICZ, 2016, op. cit.

<sup>163</sup> POLL, op. cit.

<sup>164</sup> Ibid.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>167</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>168</sup> POLL, op. cit., p. 33.

Para a patente utiliza-se um critério objetivo, a obra não deve antes ter sido exteriorizada. Para a tutela autoral utiliza-se um critério subjetivo, a obra deve ser produzida pela criação do autor<sup>169</sup>.

Por fim, mesmo com tantos assuntos ainda precariamente debatidos, e apesar das discussões, o Brasil adota a tutela autoral<sup>170</sup> para proteção do *software*, conforme art. 2º da LPS<sup>171</sup>, com regime de proteção dado às obras literárias, por sua construção envolver trabalho intelectual<sup>172</sup>. O art. 7º da LDA inclui o *software*, no inc. XII<sup>173</sup>, como criação do espírito e obra intelectual, sendo irrelevante o suporte, se tangível ou intangível, já existente ou ainda não inventado. Protege-se a ideia exteriorizada, e não o corpo em que se encontra<sup>174</sup>. O *software* separado não é considerado invenção, mas uma criação do espírito<sup>175</sup>. À grande maioria dos programas de computador falta inventividade, e isso fez com que se buscasse a tutela autoral<sup>176</sup>.

Muitas legislações seguem o modelo da tutela autoral para a proteção do *software*<sup>177</sup>, mesmo utilizando argumentos diferentes. A decisão de que *software* se submeteria ao direito autoral se deu em reunião do Conselho Nacional de Informática e Automação (CONIN), em 26 de agosto de 1986, em votação unânime. Todos os países signatários da Convenção de Berna aceitam a proteção autoral para o *software*<sup>178</sup>. Tal Convenção, promulgada pelo Decreto 75. 699, de 6 de maio de 1975, tem uma lista exemplificativa das obras protegidas<sup>179</sup>, uma proteção generalizada, sem tratar especificamente de *software*. Nos EUA, o *copyright* não trata especificamente de *software*, mas o parágrafo 101 da lei de 1.976 é extenso, apto a abarcá-lo. A proteção do *software* nesse país é uma construção doutrinária e jurisprudencial<sup>180</sup>.

No Brasil, a proteção como se obra literária fosse advém do Acordo TRIPS recepcionado pelo Decreto nº 1.335 de 30 de dezembro de 1994, art. 10/1, que dispõe: “Programas de computador, em código fonte ou objeto, serão protegidos como obras literárias pela Convenção de Berna (1971)”, dando-lhe, assim, a mesma proteção<sup>181</sup>. O art. 9º, inc. II do mesmo acordo exclui processos do direito autoral<sup>182</sup>.

A justificativa para a proteção jurídica pelo Direito Autoral ao *software* estaria ligada a questões práticas, cujas preocupações eram a busca por “[...] uma máxima proteção num ambiente tecnológico novo, no qual a facilidade de sua

---

<sup>169</sup> LUPI, op. cit.

<sup>170</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>171</sup> LPS, Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.

<sup>172</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>173</sup> LDA, Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: XII - os programas de computador;

<sup>174</sup> LUPI, op. cit.

<sup>175</sup> POLI, op. cit.

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>178</sup> Ibid.

<sup>179</sup> POLI, op. cit.

<sup>180</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>181</sup> POLI, op. cit., p. 45.

<sup>182</sup> Ibid.

reprodução era exponencialmente superior a qualquer experiência anterior desde a Revolução Industrial com a invenção dos tipos móveis por Gutenberg<sup>183</sup>.

Pereira defende a proteção pelo direito autoral, igualada à das obras literárias, por ser “[...] produção criativa, exteriorizada por um condutor físico, o *software* formatado, conforme Convenção de Berna”<sup>184</sup>. Essa proteção deve-se ao fato da linguagem utilizada ser semelhante à humana, conhecida e decifrável por profissional ou especialista<sup>185</sup>.

Apesar da proteção basear-se na ideia de criatividade do processo de elaboração, Poli<sup>186</sup> defende que o enquadramento em direito autoral tem fundamento puramente econômico, apesar de reconhecer que *software* seja criação intelectual similar às demais sob a tutela autoral, não sendo apenas uma obra científica ou técnica.

Na França há tutela autoral ao *software*, alargando esta tutela para alcançar outras obras, além daquelas de valor estético, incluindo o *software* e as obras científicas<sup>187</sup>. Seguindo o conceito de *software* definido pelo WIPO, a proteção abrange o *software* em si, e também a sua descrição e a documentação<sup>188</sup>. Essa proteção mais abrangente é importante, pois a partir da descrição básica o programa pode ser codificado<sup>189</sup>.

Apesar do tratamento autoral dado ao *software*, a lei não foi capaz de alterar a correlação entre *software* e propriedade industrial, em relação ao registro, que aparecia no art. 31 da Lei 7.646, lei anterior de proteção ao *software*, e no art. 11 da atual LPS<sup>190</sup>, mesmo tornando o registro facultativo.

A LPI prevê o *software* instalado na máquina ou em separado. A atual Lei de Direitos Autorais, art. 7º, XII, incluiu o *software*, tanto isoladamente como em conjunto, como satisfação da exigência do Acordo TRIPS. Por ser posterior, a LDA se sobrepõe à LPI<sup>191</sup>.

Para Wachowicz<sup>192</sup>, “Contudo, a execução do *software* em determinado *hardware* possui características de funcionalidade que lhe são próprias, sem as quais não teria tutela pelo direito autoral”.

O assunto pode ser bem mais complexo. Ferrari<sup>193</sup> informa que o código fonte é tutelado pelo direito autoral, mas o produto pode ser patenteado, dando como exemplo jogos em que são desenvolvidos personagens, máquinas, etc., podendo ser criados produtos outros a partir da descrição no jogo, ou ser escritos livros ou criados filmes.

A autorização para utilização do *software* dá-se por contrato de licença, que “[...] se limita à modalidade de utilização expressa no documento”<sup>194</sup>. Pela quantidade necessária de contratos solenes, adequou-se para um negócio unilateral,

---

<sup>183</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit., p. 133.

<sup>184</sup> PEREIRA, op. cit., p. 38.

<sup>185</sup> Ibid.

<sup>186</sup> POLI, op. cit.

<sup>187</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>188</sup> Ibid.

<sup>189</sup> LUPI, op. cit.

<sup>190</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>191</sup> POLI, op. cit.

<sup>192</sup> WACHOWICZ, 2016, op. cit., p. 9.

<sup>193</sup> FERRARI, op. cit.

<sup>194</sup> POLI, op. cit., p. 64.

sem o requisito contratual da bilateralidade e a aceitação pode ser, inclusive, tácita, aplicáveis as regras do Código de Processo Civil (CDC)<sup>195</sup>.

Como há defendido, apesar de haver a tutela autoral, essa não é pacífica. A WIPO é contra a proteção autoral ao *software*, e elenca diversas dificuldades, como publicação, qualidade do autor, dentre outras<sup>196</sup>. Mariot<sup>197</sup> entende em sentido contrário, defendendo que a proteção ao *software* fornecida pelas Leis nº 9.610, Lei de Direitos Autorais, e Lei nº 9.609, Lei de Propriedade Intelectual do Programa de Computador – Lei do Software, ambas de fevereiro 19/02/1998, seria suficiente.

Poli<sup>198</sup> informa que o *software*, por ser um esquema e faltar-lhe criatividade na sua exteriorização, não deveria ter a proteção dada às obras literárias. Para a autora<sup>199</sup>, o *software* seria inventivo, sendo “[...] a exteriorização de uma criação captável pelo espírito humano”, ilegíveis por máquinas ou animais, diferente de ato inventivo, que seria “[...] a elaboração de um sistema, processo, método ou esquema intelectuais destinados à execução”, legíveis por máquinas ou animais. Nova versão de um programa existente já atende à novidade<sup>200</sup>. Não há dúvidas quanto à aplicabilidade industrial dos *softwares*.

Wachowicz<sup>201</sup> defende que o *Copyright* para *software* se aproximava mais do direito industrial, pela necessidade de registro para proteção. Como visto, o registro é facultativo. A discussão não é simples. A interseção e o convívio das duas proteções, a autoral e a industrial, e as novas tecnologias com novas utilizações de *software* são dois problemas que tornam a discussão de qual direito deve ser aplicado ao *software* cada vez mais difícil.

Em relação à autoria, a tutela autoral protege os direitos do autor, que, pelo art. 11 da LDA, “[...] é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica[...]”, podendo ser pessoas naturais ou pessoas jurídicas. Também é autor “[...] quem adapta, traduz, arranja ou orquestra obra [...]”, segundo o art. 14 da mesma LDA. Em regra, a autoria é dada ao criador do *software*, exceto, conforme art. 4º e parágrafos, se houver vínculo trabalhista ou estatutário, incluindo como empregador também o órgão público. Nesse caso os direitos “[...] pertencerão exclusivamente ao empregador contratante de serviços ou direitos relativos ao *software* desenvolvido durante a vigência do vínculo estatutário ou contrato de trabalho”<sup>202</sup>. Isso também se aplica a bolsistas, estagiários e assemelhados. Essa norma valoriza quem financiou, ao invés do próprio criador<sup>203</sup>.

Sobre o alcance da tutela autoral ao *software*, deve-se ter em mente a natureza jurídica híbrida dos direitos autorais, tendo uma “[...] dupla perspectiva: ‘moral’, afetos aos Direitos de Personalidade, insertos nos artigos 24 a 27; e ‘patrimonial’, de cunho financeiro e monetário, previstos nos artigos 28 a 45, todos da Lei 9.610/98”<sup>204</sup>. Direitos patrimoniais envolvem a “[...] relação jurídica de utilização econômica do bem [...]”<sup>205</sup>, sendo protegidos pelo art. 28 da LDA,

---

<sup>195</sup> Ibid.

<sup>196</sup> Ibid.

<sup>197</sup> MARIOT, op.cit.

<sup>198</sup> POLI, op. cit.

<sup>199</sup> Ibid, p. 32-33.

<sup>200</sup> Ibid, p. 40.

<sup>201</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit., p. 103.

<sup>202</sup> PAESANI, op. cit., p. 73.

<sup>203</sup> POLI, op. cit.

<sup>204</sup> FERNANDES, M.; FERNANDES, C.; GOLDIM, op. cit. p. 26.

<sup>205</sup> LUPI, op. cit., p. 40.

enquanto direitos morais protegem “[...] a própria personalidade e integridade do autor [...]”<sup>206</sup>. Graças ao direito francês, o direito moral pode ser relacionado aos direitos de personalidade, tendo independência em relação ao direito patrimonial, não sendo aquele afetado com a extinção ou transmissão deste<sup>207</sup>.

Os direitos morais estão elencados no art. 24 da LDA, e podem ser agrupados em: direito de paternidade, tendo seu nome vinculado à obra, direito à integridade, direito à circulação da obra, direito de acesso a exemplar único e raro da obra. A propriedade de obra ou programa deverá atender à sua função social, conforme art. 5º, inciso XXIII e art. 170, ambos da Carta Maior, promovendo, por exemplo, o desenvolvimento cultural, científico, artístico. A proteção à perspectiva moral é inalienável, irrenunciável e imprescritível, conforme art. 27, da Lei Autoral, e a perspectiva patrimonial, sendo o direito exclusivo em utilizar, fruir e dispor da obra, conforme art. 28 do mesmo diploma, tem prazo de tutela, que após superado, torna a obra como de domínio público, utilizada livremente.

O art. 2º, §1º da LDA<sup>208</sup> declara expressamente que os direitos morais não se aplicam ao programa de computador<sup>209</sup>, “[...] mesmo tendo estabelecido que o regime de proteção é o conferido às obras literárias pela legislação dos direitos autorais”<sup>210</sup>. Apesar de não cabível direito moral ao *software*, o autor ainda conserva o direito de reivindicar a paternidade e a proibição de alteração não autorizada<sup>211</sup>, evitando prejuízo ou ataque a sua honra ou reputação. Se a modificação não lhe atinge, o autor não pode a ela opor-se<sup>212</sup>.

Quanto ao prazo de proteção, a Convenção de Berna, art. 7º, 1, prescreve cinquenta anos, para obras literárias, mas a partir de primeiro de janeiro do ano subsequente à morte do autor. E o Acordo TRIPS prevê a exigência da regra mínima fixada. Na Lei de Proteção ao *Software*, prevista no art. 2º, §2º<sup>213</sup>, esse prazo cinquenta anos a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua publicação ou da sua criação<sup>214</sup>. O prazo e o termo de início da contagem são características específicas do *software*<sup>215</sup>. O prazo adotado no Brasil é igual ao da Convenção de Berna, mas o termo inicial, não. Isso foi possível pois o art. 12 do Acordo TRIPS, apesar da exigência do prazo mínimo, prevê também a possibilidade de escolha de base de cálculo diferente à da vida da pessoa física<sup>216</sup>.

---

<sup>206</sup> Ibid., p. 41.

<sup>207</sup> PAESANI, op. cit.

<sup>208</sup> Lei 9.609, Art. 2º, § 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.

<sup>209</sup> LUPI, op. cit.

<sup>210</sup> SANTOS; GRECO; MARTINS, op. cit. p. 158.

<sup>211</sup> WACHOWICZ, 2005, op. cit.

<sup>212</sup> POLL, op. cit.

<sup>213</sup> Lei 9.609, Art. 2º, § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

<sup>214</sup> POLL, op. cit., p. 55.

<sup>215</sup> PEREIRA, op. cit.

<sup>216</sup> POLL, op. cit.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por motivos econômicos ou pela não aplicabilidade da propriedade industrial, tem-se, então, a proteção do *software* à semelhança das obras literárias. É o que está escrito em diversos diplomas e o que é dito por diversos doutrinadores e tribunais. Em momento algum se discute a função social do *software*, que pode representar forma de inclusão, redução de custo possibilitando acesso a uma gama maior de usuários e trazer tantos outros benefícios sociais.

Atendo-se ao que foi discutido, apesar da proteção atual, muitos são os pontos que não se enquadram nesse tratamento. Principalmente pelas peculiaridades que se tem num *software*, como reuso de bibliotecas, *firmwares*, arquitetura de serviços, entre outras especificidades. Um programa de automação, que simplesmente insere o computador nas tarefas realizadas não deveria ser considerado de atividade intelectual. Já há tratamento específico para o CI<sup>217</sup>, abarcando muitas peculiaridades específicas.

No Brasil, há lei específica, que prevê aplicação subsidiária da LDA. Apesar do alcance limitado no tratamento das especificidades dos *softwares*, só esse fato já poderia caracterizar um tratamento *sui generis*. Mesmo admitindo-se que já haja tratamento específico, persiste o debate sobre a suficiência ou não desse tratamento.

As complexidades advindas principalmente de processamentos distribuídos, da interconectividade, da reutilização e dos avanços também em *hardware*, presentes cada vez mais no dia a dia de todos, surgem novas possibilidades, incluindo grandes inovações como inteligência artificial, hiperrealidade, nanotecnologia, e outros, que trazem consigo problemas de como deve ser seu tratamento. Mesmo tendo em mente que seria impossível tratar em legislação todos os casos possíveis, uma reanálise do contexto atual poderia melhorar em muito o tratamento hoje dispensado ao *software*.

Sobre a discussão quanto ao tipo de proteção, como se percebe, não se conseguiria tratar das questões específicas em separado, nem com a proteção autoral e nem com a industrial. Por isso, defende-se um tratamento *sui generis* e bem mais específico, ao *software*, para que se tenha uma tutela mais precisa e consonante às suas especificidades, abarcando as especificidades de cada tipo de *software*, pensando inclusive nos novos recursos, há pouco citados, que se apresentam.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; ARAÚJO, Neiva Cristina de. A função social do direito autoral: análise principiológica confrontando as óticas existencialista e patrimonialista.. In: **II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPODI**, ano 2013, São Paulo. Anais do II Congresso Nacional da Federação de Pós-Graduandos em Direito - FEPOD, 2013.

---

<sup>217</sup> A Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007 é a lei que “Dispõe sobre os incentivos às indústrias de equipamentos para TV Digital e de componentes eletrônicos semicondutores e sobre a proteção à propriedade intelectual das topografias de circuitos integrados ...]”. Disponível em: <lei [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111484.htm)>. Acesso em: 05 maio 2017.

BARANAUSKAS, Maria Cecília Calani. **Procedimento, Função, Objeto ou Lógica? Linguagens de Programação vistas pelos seus paradigmas**. 18 out. 2012. Disponível em: <<http://bdfatec.blogspot.com.br/2012/10/lpiparadigmasnaslinguagens.html>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de Autor**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues. **Contratos de Software**. Florianópolis: Visual Books, 2003.

CAVALHEIRO, Rodrigo da Costa Ratto. História dos Direitos Autorais no Brasil e no Mundo. **Cadernos de Direito**. Universidade Metodista de Piracicaba (Unimep). v. 1, n. 1. ano 2001. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/direito/article/view/896/415>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

DEGUCHI, Luís Gustavo Seki. Violações dos Direitos Autorais na Internet. **Revistas Eletrônicas da Toledo Presidente Prudente**, Presidente Prudente, São Paulo. 2007. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/664/680>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

FERNANDES, Márcia Santana; FERNANDES, Carolina Fernández; GOLDIM, José Roberto. Autoria, Direitos Autorais e Produção Científica: Aspectos éticos e legais. **Regista HCPA**. v. 28-1. p. 26-32. ano 2008. Porto Alegre. Disponível em: <<https://www.ufrgs.br/bioetica/autoria.pdf>>. Acesso em: 07 jul. 2016.

FERRARI, Alexandre Coutinho. **Proteção Jurídica de Software: Guia Prático para Programadores e Webdesigners**. São Paulo: Novatec, 2008.

GOTARDO, Reginaldo Aparecido. **Linguagem de Programação I**. Rio de Janeiro: SESES, 2015.

LUPI, André Lipp Pinto Bastos. **Proteção Jurídica do Software: eficácia e adequação**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

MARIOT, Gilberto. **O impacto das novas tecnologias sobre os Direitos Autorais**. 15 jan. 2016. Disponível em: <[http://mbek.com.br/artigos/Novas\\_Tecnologias\\_e\\_DA.pdf](http://mbek.com.br/artigos/Novas_Tecnologias_e_DA.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

PAESANI, Liliana Minardi. **Manual de Propriedade Intelectual: Direito do Autor, Direito de Propriedade Intelectual, Direitos Intelectuais sui generis**. São Paulo: Atlas, 2012.

PARANAGUÁ, Pedro; BRANCO, Sérgio. **Direitos Autorais**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2756/Direitos%20Aut>>

orais.pdf>. 07 set. 2009. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. Acesso em: 07 jul. 2016.

PEREIRA, Elisabeth Dias Kanthack. **Proteção Jurídica do Software no Brasil**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

POLI, Leonardo Macedo. **Direitos de Autor e Software**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; GRECO, Marco Aurélio (Coord.); MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Direito Autoral na Internet**. Direito e Internet - Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. p. 137-162. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.); JABUR, Wilson Pinheiro (Coord.). **Contratos de Propriedade Industrial e Novas Tecnologias: A Proteção da Topografia de Circuitos Integrados**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTOS, Manuella Silva dos. **Direito autoral na era digital: Impactos, controvérsias e possíveis soluções**. São Paulo, ano 2008. Tese de Dissertação. PUC. Biblioteca Digital da PUC-SP - SAPIENTIA. Disponível em: <[http://www.sapientia.pucsp.br/tde\\_arquivos/9/TDE-2008-06-20T11:13:50Z-5772/Publico/Manuella%20Silva%20dos%20Santos.pdf](http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/9/TDE-2008-06-20T11:13:50Z-5772/Publico/Manuella%20Silva%20dos%20Santos.pdf)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. Um pouco de palavras sobre Informática Jurídica, Direito Informático, Direito de Autor nos Programas de Computador (softwares) e Internet. v. 3 n. 7. janeiro a abril de 1999. **Revista CEJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/17>>. Acesso em: 03 out. 2016.

SOUZA, Márcia Cristina Pereira de. Proteção jurídica do software. v. 1 n. 3. setembro a dezembro de 1997. **Revista CEJ**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/issue/view/13>>. Acesso em: 03 out. 2016.

UNESCO, *L'ABC du droit d'auteur*. UNESCO - Secteur de la culture. Paris, 2010.

WACHOWICZ, Marcos. O software instituto de direito autoral sui generis. **Âmbito Jurídico**. 31 jul. 2007. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2163](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2163)>. Acesso em: 07 jul. 2016.

WACHOWICZ, Marcos. **Propriedade Intelectual do Software e revolução da Tecnologia da Informação**. 1. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

**Recebido em: 13 de outubro de 2016**

**Aceito em: 11 de maio de 2017**

## NORMAS DE SUBMISSÃO

1. A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da URI, Campus de Santo Ângelo – é publicada semestralmente e aceita para publicação artigos inéditos.
2. Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: I – Direito e Multiculturalismo e II – Políticas de Cidadania e Resoluções de Conflito.
3. Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review* que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.
4. A publicação de trabalhos está condicionada à aprovação por pareceristas e, em sendo o caso, ao cumprimento de suas recomendações. São levados em conta a originalidade do tratamento do tema, a consistência e o rigor da abordagem, sua contribuição para a academia e a linha temática da revista. Os nomes dos pareceristas permanecerão em sigilo, omitindo-se também os nomes dos autores perante os pareceristas.
5. Os trabalhos devem:
  - a) Conter entre os autores, pelos menos, um DOUTOR;
  - b) ser inéditos;
  - c) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
  - d) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
  - e) palavras-chave (na língua portuguesa e inglesa);
  - f) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
  - g) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
  - h) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
  - i) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.
6. Os textos podem ser enviados através da página da revista (<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>) em texto corrido e sem o uso de recursos sofisticados de formatação. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.
7. Os artigos devem estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Deve ser adotada citação na forma de “nota de rodapé”, sistema numérico.
9. Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e em negrito e numerados de forma progressiva.
10. As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplos:

a) Livro

SOBRENOME, Nome. Título em negrito. Edição. Local de publicação: Editora, ano.

Ex.: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

b) Capítulo

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. *In*: SOBRENOME, Nome (Org.). Título do livro em itálico. Edição. Local de publicação: Editora, ano. p.página inicial-página final.

Ex.: McCARTHY, Thomas. Practical discourse: on the relation of morality to politics. *In*: CALHOUN, Craig (Org.). **Habermas and the public sphere**. Cambridge: The Mit Press, 1992. p.51-72.

c) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.4, p.941-964, dez./1999.

d) Publicações eletrônicas: seguem o padrão acima, segundo seu gênero, acrescido da especificação do meio. Páginas www e similares vêm acompanhadas do endereço completo e data da leitura.

11. O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.
12. Com a publicação, a autora ou o autor principal de artigo recebe dois exemplares sem custo; coautores recebem um exemplar.

13. Os conceitos emitidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos autores.
14. Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.
15. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direitos Culturais

Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da URI, RS

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7907

Email: [mestradodireito@santoangelo.uri.br](mailto:mestradodireito@santoangelo.uri.br)

Página:

<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>  
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil