

ISSN 1980-7805 (impresso)
ISSN 2177-1499 (eletrônico)

Direitos Culturais

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
- MESTRADO e DOUTORADO da URI - Campus Santo Ângelo - RS**



UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E
DAS MISSÕES
CAMPUS DE SANTO ÂNGELO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO –
MESTRADO E DOUTORADO

REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Santo Ângelo – Brasil

2018

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, 2018.

v.13, n.31, set./dez. 2018

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

Bibliotecária responsável pela catalogação Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Editores Gerentes

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

Editoria de Seção e Formatação

Débora Patricia Seger e Fábio César Junges

Revisão

Jacson Roberto Cervi

Revisão Língua Inglesa

Thami Covatti Piaia

Capa

Leandro Figueiredo

Publicação

FuRI – Editora da URI – Campus de Santo Ângelo – RS
Rua Universidade das Missões, 464 – CEP 98.802-470
Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55)3313-7900

REVISTA 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 – Mestrado e Doutorado

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

Reitor
Arnaldo Nogaro
Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Neusa Maria John Scheid
Pró-Reitora de Ensino
Edite Maria Sudbrack
Pró-Reitor de Administração
Nestor Henrique de Cesaro

URI – Campus de Santo Ângelo
Diretor Geral
Gilberto Pacheco
Diretor Acadêmico
Marcelo Paulo Stracke
Diretora Administrativa
Berenice Rossner Wbatuba
Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas
Osmar Antonio Bonzanini
Coordenador de Área de Conhecimento
Jacson Roberto Cervi

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado

Coordenação Acadêmica
João Martins Bertaso

Coordenação Executiva
André Leonardo Copetti Santos

Editores Gerentes
Jacson Roberto Cervi
Thami Covatti Piaia

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

FOCO E ESCOPO

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos inéditos. A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

a) 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.

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

c) Resenhas de Jurisprudência

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

MISSÃO

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.

Indexadores, Diretórios e Bases de Dados



PKP|INDEX



Associado à



EQUIPE EDITORIAL

Editores Gerentes

Dr. Jacson Roberto Cervi

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr^a Thami Covatti Piaia

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Editor Associado

Dr. Fábio César Junges

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Conselho Editorial

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr. Antonio Carlos Wolkmer

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Augusto Jaeger Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), Brasil

Dr. Javier Echaide

Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil

Dr. José Russo

Universidade Federal do Amazonas, Manaus, AM, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr^a Marta Rosa Vigevano

Universidade de Buenos Aires

Buenos Aires, Argentina

Dr. Orides Mezzaroba

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil

Dr. Roberto Carlos Abinzano

Universidad Nacional Autónoma de México, Cidade do México, México

Dr. Vicente de Paulo Barreto

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Comissão Científica “Ad Hoc”

Dr^a Adreana Dulcina Platt

Universidade Estadual de Londrina, Londrina, PR, Brasil

Dr. Alexandre Henrique Tavares Saldanha

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Alvaro Sanchez Bravo

Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dr^a Ana Keuly Luz Bezerra

Instituto Federal do Piauí, Teresina, PI, Brasil

Dr^a Ana Maria Borralho Gobbato

Centro Universitário Católica, Joinville, SC, Brasil

Dr. André Leonardo Copetti Santos

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. André Rubião

Faculdades Milton Santos, Nova Lima, MG, Brasil

Dr^a Anita Mattes

Université Paris-Saclay, Paris, França

Dr^a Angela Limongi Alvarenga Alves

Universidade de São Paulo, SP, São Paulo, Brasil

Dr^a Anna Candida da Cunha Ferraz

Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, Brasil

Dr^a Bianca Tomaino

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr^a Candida Joelma Leopoldino

Instituto Federal do Paraná, Paranavai, PR, Brasil

Dr^a Christiane de Holanda Camilo

Universidade Federal de Goiás, Goiânia, Goiás, Brasil

Dr. Carlos Eduardo Nascimento

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos, Uberaba, MG, Brasil

Dr. Cícero Krupp da Luz

Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Dr^a Cláudia Mansani Queda Toledo

Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil

Dr. Claudio José Amaral Bahia

Centro Universitário de Bauru, Bauru, SP, Brasil, Brasil

Dr. Clayton Reis

Centro Universitário de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr^a Daniela Vanila Nakalski Benetti

Universidade Federal do Pampa, Bagé, RS, Brasil

Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes

Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

- Dr. Diego Prezzi Santos
Faculdade Catuai, Cambé, PR, Brasil
- Dr. Dirceu Pereira Siqueira
Instituição Toledo de Ensino, Bauru, SP, Brasil
- Dr^a Dóris Ghilardi
Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC Faculdade CESUSC, Florianópolis, SC, Brasil
- Dr. Douglas Verbicaro Soares
Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha
- Dr^a Eneida Orbage de Britto Taquary
Instituto Federal de Brasília e União Pioneira de Integração Social, Brasília, DF, Brasil
- Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil
- Dr^a Fernanda Andrade Almeida
Universidade Federal Fluminense, Niterói, RJ, Brasil
- Dr. Fernando Sérgio Tenório de Amorim
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil
- Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil
- Dr. Gabriela Soares Balestero
Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil
- Dr^a Grace Ladeira Garbaccio
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil
- Dr. Gerson Amauri Calgaro
Centro Universitário FIEO, Osasco, SP, Brasil
- Dr. Gustavo Silveira Siqueira
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil
- Dr. Inacio Carvalho Neto
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, PR, Brasil
- Dr^a Ingrid Freire Haas
Faculdades Ibmecc, Belo Horizonte, BH, Brasil
- Dr. Jadson Correia de Oliveira
Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, BA, Brasil
- Dr. Javier Echaide
Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina
- Dr. José Mário Wanderley Gomes
Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil
- Dr. Jorge Luiz Gonzaga Vieira
Centro Universitário Cesmac, Maceió, AL, Brasil
- Dr. Luis Renato Vedovato
Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP, Brasil
- Dr. Lauro Ericksen
Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, RN, Brasil

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr^a Mara Darcanchy

Centro Universitário Curitiba, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marcelo Labanca

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, RE, Brasil

Dr. Marcelino Meleu

Universidade Comunitária Regional de Chapecó, Chapecó, SC, Brasil

Dr. Murilo Duarte Costa Corrêa

Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, PR, Brasil

Dr^a Mônica Neves Aguiar da Silva

Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Dr. Marcus Pinto Aguiar

Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil

Dr. Marcos Augusto Maliska

Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marco Lunardi Escobar

Universidade Federal de Campina Grande, Campina Grande, PA, Brasil

Dr. Newton Cesar Pilau

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil

Dr. Osmar Veronese

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Santo Ângelo, RS, Brasil

Dr. Rafael Padilha dos Santos

Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil

Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, Brasil

Dr. Rubén Miranda Gonçalves

Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, Espanha

Dr. Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino

Faculdade Meridional, Passo Fundo, RS, Brasil

Dr^a Tânia Regina Zimmermann

Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourados, MS, Brasil

Dr^a Vanessa Santos do Canto

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Dr^a Virginia Colares

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil

Dr. Weslley Carlos Ribeiro

Universidade Federal de Alfenas, Alfemas, MG, Brasil

Dr. William Soares Pugliese

Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	15
Jacson Roberto Cervi, Thami Covatti Piaia	
AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROTAGONISMO INDÍGENA: UMA INTERLOCUÇÃO NECESSÁRIA	19
<i>PUBLIC POLICIES AND INDIGENOUS PROTAGONISM: A NECESSARY INTERCONNECTION</i>	
Roberta Herter da Silva Norberto Kuhn Júnior	
A IMPOSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO JURÍDICA NACIONAL DO BLOCKCHAIN: RUMO À UM DIREITO CRIPTOGRÁFICO?	43
<i>THE IMPOSSIBILITY OF NATIONAL LEGAL FRAMEWORK TO REGULATE BLOCKCHAIN TECHNOLOGY: TOWARDS CRYPTOGRAPHIC LAW?</i>	
Álvaro Osório do Valle Simeão Marcelo Dias Varella	
CIDADANIA DIGITAL E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DIGITAIS.....	71
<i>DIGITAL CITIZENSHIP AND SOLUTION OF DIGITAL CONFLICTS</i>	
Danilo Henrique Nunes Juvêncio Borges Silva Fernanda Morato Silva	
A POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL E SUA RELAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	89
<i>ANTI-CORRUPTION EFFORTS IN BRAZIL AND ITS RELATIONSHIP IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS</i>	
Filipe Pinto Monteiro Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis	
DO MULTICULTURALISMO E O MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE DA ABORDAGEM INTERCULTURAL NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS....	107
<i>MULTICULTURALISM AND THE ENVIRONMENT: AN ANALYSIS OF THE INTERCULTURAL APPROACH IN THE INTER-AMERICAN REGIONAL SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS</i>	

Antonio Hilario Aguilera Urquiza
Renata Pereira Nocera

PACHA MAMA: LA MADRE TIERRA E A RESSIGNIFICAÇÃO
DA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA EM FACE DO NOVO
CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA 127

*PACHA MAMA: THE MOTHER EARTH AND THE RESSIGNIFICATION OF
THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN THE FACE OF THE NEW
CONSTITUTIONALISM OF LATIN AMERICA*

Claudio José Amaral Bahia
Claudia Mansani Queda de Toledo
Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo

GOVERNANCE OF INTERNET OF THINGS AND ETHICS OF
ARTIFICIAL INTELLIGENCE 153

*A GOVERNANÇA DA INTERNET DAS COISAS E A ÉTICA DA INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL*

Eduardo Magrani

A TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN COMO EXPRESSÃO DE
UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO 191

*RONALD DWORKIN'S LEGAL THEORY AS AN EXPRESSION OF A PRAGMATIC
LEGAL THEORY*

José Emílio Medauar Ommati
Flávio Quinaud Pedron

O TERCEIRO SETOR E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE
DA UTILIZAÇÃO DO EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO PELA
SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA COMO FORMA DE MELHORIA DA
DEMOCRACIA BRASILEIRA NA ATUALIDADE 225

*THE THIRD SECTOR AND THE DEMOCRATIC PRINCIPLE: AN ANALYSIS OF THE
USE OF DEMOCRATIC EXPERIMENTALISM BY CIVIL SOCIETY ORGANIZED AS
A FORM OF IMPROVING BRAZILIAN DEMOCRACY IN CURRENT*

José Eduardo Sabo Paes
Júlio Edstron Secundino Santos
Cleide Ferreira Lima

A QUESTÃO DO BEM: DO BOM AO JUSTO 255

THE QUESTION OF GOOD: TO GOOD TO FAIR

Edson Vieira Silva Filho
Débora Laís Santos Costa

O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO FERRAMENTA SOCIAL
PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS..... 283

*DIALOGICAL JUDICIAL ACTIVISM AS A SOCIAL TOOL FOR THE
IMPLEMENTATION OF PUBLIC CULTURAL POLICIES*

Lidiana Costa de Sousa Trovão
Valter Moura do Carmo, Rogerio Mollica

RESSEMANTIZANDO O CULTO AOS ORIXÁS NA PERSPECTIVA DO
DIREITO ANIMAL..... 313

RESTORING THE WORSHIP OF ORIXAS IN THE PERSPECTIVE OF ANIMAL LAW

Heron José de Santana Gordilho
Rejane Francisca dos Santos Mota

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA FUNDAMENTACIÓN
LATINOAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 335

*OS POVOS INDÍGENAS NA FUNDAMENTAÇÃO LATINO-AMERICANA DOS
DIREITOS HUMANOS*

Alejandro Rosillo Martínez

O UTILITARISMO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: A LUTA
POR DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES 355

*THE UTILITARISM IN THE BRAZILIAN MIGRATORY POLICY: THE FIGHT FOR
MIGRANTS HUMAN RIGHTS*

Lucas Machado Fagundes
Raquel Fabiana Lopes Sparemberger,
Andriw Souza Loch

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, O ART. 195,
§7º DA CF/88 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL..... 379

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO TAX IMMUNITY, ART. 195, §7º, CF/ 88 AND THE
SUPREME FEDERAL COURT*

Octavio Campos Fischer
Marco Antônio Lima Berberi
Adriana da Costa Ricardo Schier

O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS AOS CATADORES:
INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE
RESÍDUOS SÓLIDOS 407

*PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES TO SCARVENGERS: THE NATIONAL
SOLID WASTE POLICY INSTRUMENT*

Ítalo Wesley Paz de Oliveira Lima
Talden Farias

ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT: UM OLHAR PARA O
FUTURO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS 429

*ECO-CITIZENSHIP IN LUIS ALBERTO WARAT: A LOOK AT THE FUTURE OF
ENVIRONMENTAL REFUGEES*

Franciele Seger
João Martins Bertaso

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

Em mais uma edição da Revista Direitos Culturais (ISSN: 2177-1499 eletrônico e 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, primamos por proporcionar aos leitores, análises e perspectivas sobre temas atuais e complexos, contando com a participação de autores de inúmeras instituições de ensino superior e de vários estados do país, trazendo artigos sobre diversas temáticas, sempre conectados 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, Qualis B1, engajada nessa proposta de melhorias, oportuniza a publicação, quadrimestralmente, de artigos científicos de pesquisadores de todo o Brasil, assim como de países estrangeiros, passando pelo duplo processo de avaliação, *double blind review*, privilegiando o critério da exogenia, tanto para avaliadores como para autores.

Nesta edição, o leitor encontrará artigos relacionados a direitos de minorias, políticas públicas, cidadania, direitos humanos e novas formas de solução de conflitos. Em todos os textos, selecionados de forma criteriosa, a abordagem crítica e inédita, certamente consistirá em fonte de ideias e inspiração a quem busca conhecimento e subsídios técnicos-científicos para os mais variados problemas que assolam a sociedade contemporânea.

Os textos ora publicados, são resultado de pesquisas realizadas por Universidades Nacionais e Estrangeiras com quem o PPGD da URI, Campus de Santo Ângelo, mantém relações de cooperação. Além de fomentar a pesquisa interinstitucional, com o desenvolvimento de projetos, compartilhamento de problemas e experiências comuns, os trabalhos materializam a solidariedade nacional e internacionalização da Instituição, formalizados por convênios, parcerias, redes e intercâmbios.

Assim, nessa edição, os leitores encontrarão nos artigos da revista, temas instigantes, que semearão, de imediato, o gosto pela pesquisa e a ampliação do debate acadêmico.

Desejamos a todos, uma excelente e proveitosa leitura!

Os Editores!

AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O PROTAGONISMO INDÍGENA: UMA INTERLOCUÇÃO NECESSÁRIA

PUBLIC POLICIES AND INDIGENOUS PROTAGONISM: A NECESSARY INTERCONNECTION

Roberta Herter da Silva¹ 

Norberto Kuhn Júnior^{II} 

¹ Universidade Feevale (FEEVALE), Novo Hamburgo, RS, Brasil. Doutoranda em Direito. E-mail: roberta.h.s_@hotmail.com

^{II} Universidade Feevale (FEEVALE), Novo Hamburgo, RS, Brasil. Doutor em Ciências da Comunicação. E-mail: nkjunior@feevale.br

Resumo: O presente artigo trata acerca das políticas públicas e do protagonismo indígena, enfatizando a importância das políticas territoriais enquanto uma relação que envolve conflitos e relações de poder. Para tanto, utilizou-se da metodologia de revisão bibliográfica, recorrendo ao uso de livros, de revistas científicas, periódicos e da legislação nacional. Essa pesquisa chega à conclusão de que a autonomia e o protagonismo indígena podem ser considerados como palavras-chave no debate acerca das políticas públicas contemporâneas, principalmente nas que se referem ao território, haja vista a possibilidade de participação desses grupos sociais diferenciados nos processos decisórios e nas políticas a eles dirigidas.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Protagonismo indígena. Território. Multiculturalismo.

Abstract: This article deals with public policies and indigenous protagonism, emphasizing the importance of territorial policies as a relationship involving conflicts and power relations. To do so, the methodology of bibliographic review was used, using the use of books, scientific journals, periodicals and national legislation. This research concludes that indigenous autonomy and protagonism can be considered as key words in the debate about contemporary public policies, especially in those that refer to the territory, given the possibility of participation of these differentiated social groups in the decision-making processes and policies.

Keywords: Public policy. Indigenous protagonism. Territory. Multiculturalism.

Sumário: Introdução. 1 A capacidade civil indígena: o fim da tutela jurídica a partir da Constituição Federal de 1988. 2 Políticas Públicas diferenciadas para povos indígenas. 3 Os povos indígenas e seus territórios: reflexões acerca do protagonismo indígena nas políticas públicas. Conclusão. Referências.

Introdução

O presente artigo visa compor bases conceituais acerca das categorias de análise políticas públicas, protagonismo indígena e

território. Por meio da revisão teórica dos conceitos trazidos por autores como Cardoso de Oliveira, Clarice Cohn, Norbert Elias, Maria da Glória Gohn, Alecsandro Ratts, Pacheco de Oliveira, entre outros, e da consulta na legislação brasileira foi possível realizar a interlocução entre os campos da antropologia, da sociologia e do direito para a construção de um artigo interdisciplinar.

A presente pesquisa justifica-se porque, mesmo passados cinco séculos desde a chegada dos colonizadores no Brasil, ainda é possível vislumbrar momentos de tolhimento da autonomia dos povos indígenas, que ainda lembram a forma como eram tratados pelos colonizadores naquela época. Da mesma forma, os momentos de imposição de limitações territoriais ainda ocorrem, os quais remetem tanto à exploração dos recursos naturais encontrados nos territórios indígenas quanto da mão de obra nativa à construção da riqueza nacional.

Do início da colonização à instauração de políticas públicas indigenistas pelo Estado brasileiro foram experimentadas diversas situações que vão da negação da humanidade dos povos indígenas até a tentativa de integração na comunidade nacional. Essa imposição da sociedade como homogênea perdurou durante séculos e acabou por omitir a realidade social brasileira marcada pela diversidade cultural, o que é abordado por Colaço¹.

Para cumprir os objetivos do trabalho, num primeiro momento foi realizada uma análise histórica e da legislação acerca da política integracionista ou assimilacionista que permeou as legislações indigenistas brasileiras desde o século XX e tem como base a construção ideológica de inferioridade cultural indígena que se desenvolveu no período colonizador, mormente a perspectiva civilizadora. Em decorrência da diferença cultural existente entre os colonizadores e os indígenas, e da suposta inferioridade indígena, o mesmo deveria ser “controlado” pelo Estado, ou seja, tutelado por não ser considerado capaz de reger sua própria vida, pois faltava-lhe “civilidade”, esse tema é amplamente debatido na obra de Colaço².

Nesse momento, foi proposto um estudo acerca da capacidade civil indígena e o fim da tutela jurídica a partir da Constituição Federal de 1988. No segundo momento, realizou-se um estudo sobre as políticas públicas diferenciadas para povos indígenas relacionando-as

1 COLAÇO, Thais Luzia. *A incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas Missões Jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 2018, p. 11-24.

2 *Ibid.*, p. 11-24.

com o protagonismo indígena. E para finalizar analisou-se os povos indígenas, os seus territórios e o protagonismo indígena nas políticas públicas territoriais.

1 A capacidade civil indígena: o fim da tutela jurídica a partir da Constituição Federal de 1988

Na República, com a promulgação do Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 1973, é possível observar um enorme paradoxo, isso porque, no mesmo discurso jurídico que reafirma o objetivo da integração e assimilação dos indígenas à comunhão nacional, há também um matiz multicultural, conforme dispõe o art. 1º da lei: “Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

O paradoxo coloca-se quando o Estado, ente regulador da situação jurídica dos indígenas, pretende ao mesmo tempo “preservar” as culturas indígenas e integrá-las à comunhão nacional. O Estatuto do Índio seguiu a Convenção 107 da OIT, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1967, que trata dos Direitos dos Povos Indígenas e Tribais no interior dos Estados-Nação contemporâneos, a partir de uma política assimilacionista e integracionista.

Assim, pela cidadania conferida aos indígenas deveria ser pago um alto custo, qual seja, a integração numa sociedade que não está de acordo com os seus valores e não os respeita. Isso porque, a política integracionista e assimilacionista é pautada na compreensão de uma sociedade homogênea, por meio de uma política integracionista, que não se mostra capaz de levar em consideração a diversidade cultural. A sua principal base é a concepção da inferioridade cultural indígena e do etnocentrismo da cultura majoritária.

O objetivo principal dessa política consistia na harmoniosa comunhão nacional, o que levaria com que os índios deixassem gradativamente de serem índios, uma vez que o processo de integração acarretaria na extirpação dos costumes e práticas indígenas. Houve, dessa forma, a manutenção da dominação eurocêntrica sobre os povos indígenas.

Para cumprir o intento da política de integração houve a necessidade da criação de dispositivos tutelares para a assimilação das culturas indígenas, que não estavam enquadradas na lógica

eurocêntrica. A perspectiva da integração revelava o caráter transitório que se imprimia à cultura indígena, na medida em que o propósito era o de integrá-la aos padrões socioculturais da sociedade nacional.

No Estatuto do Índio é possível visualizar o caráter tutelar do Estado em vários dispositivos legais que tratam da integração dos indígenas e de sua cultura à comunidade nacional, da negação da sua autonomia, ao estabelecer que compete ao Estado decidir sobre as matérias que interessem aos grupos indígenas. Esse estatuto regulou a natureza jurídica indígena classificando os indígenas de acordo com seus graus de “civilidade” e integração à sociedade nacional, conforme o art. 4º desse Estatuto³:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento.

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

E, assim, aqueles indígenas ainda não integrados, que cultivavam plenamente as características de sua cultura ancestral, com pouco contato com não indígenas, passaram a ser submetidos a um regime de tutela de acordo com os artigos 7º e 8º do Estatuto, assumindo-se, dessa forma, a incapacidade civil do indígena:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente⁴.

3 BRASIL. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm Acesso em 27 de dezembro de 2017.

4 BRASIL. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível

A Fundação Nacional do Índio, a FUNAI, era o órgão tutelar competente, a quem cabia o exercício da representação e assistência jurídicas compreendidas pelo regime de tutela. Para Clarice Cohn,

a ideia de tutela é uma continuidade histórica, uma resposta à difícil pergunta de qual deve ser o status dos primeiros habitantes das terras brasileiras. Trata-se de cidadãos de segunda classe, condição semelhante à dos órfãos no século XIX: ambos necessitam de um responsável perante a lei. O Estado tutor é aquele que decide pelos índios e, sob pretexto de cuidar deles, os mantém sob controle⁵.

A partir dos anos 60 o modelo integracionista para políticas indigenistas, com toda sua base de integração, de assimilação e de controle do Estado sobre os indígenas, foi fortemente criticado pelo movimento indígena que estava florescendo, com o apoio de antropólogos, indigenistas e entidades de luta em prol dos direitos humanos.

Esse movimento impulsionou mudanças significativas no plano jurídico. Assim, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 houve uma série de inovações jurídicas relacionadas ao reconhecimento de direitos indígenas, principalmente com a superação pelo Estado, pelo menos no plano normativo, da lógica integracionista. Esse texto constitucional pode ser considerado um marco legal na conquista de direitos indígenas, já que estabelece o direito à diferença, a partir do respeito à organização social, aos costumes, línguas, crenças e tradições indígenas.

E ao estabelecer o reconhecimento da diferença cultural indígena esse texto constitucional determinou a obrigatoriedade, tanto para o Estado, quanto para a sociedade, de reconhecer o indígena como um ser autônomo, independente e capaz, ou seja, superando definitivamente a política integracionista. Dessa forma, a diferença cultural a partir de então deveria ser respeitada, protegida e valorizada, mas não tutelada. Isso significava, conseqüentemente, que o órgão indigenista federal, a FUNAI, deveria assumir uma nova postura a partir do texto constitucional de 1988.

em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm Acesso em: 27 dez. 2017.

5 COHN, C. *Tutela nunca mais*: autodeclaração é a maior conquista recente dos indígenas, mas eles são vistos ainda como entraves para o progresso. 2013. Disponível em <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/tutela-nunca-mais> Acesso em: 21 dez. 2017.

Além disso, o texto constitucional de 1988 reconhece aos indígenas o direito originário sobre as terras que ocupam e determina que o caráter da ocupação indígena é anterior à própria formação do Estado brasileiro, prescindindo de documentos e comprovações “oficiais”. O direito à diferença e sobre as terras tradicionalmente ocupadas trouxe uma série de novas significações, conforme dispõe o artigo 231 da CF de 88:

Art. 231. 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 bens⁶.

Sendo assim, com o advento da Constituição de 1988 e suas novas diretrizes para a política indigenista algumas normas regidas no Estatuto do Índio foram suprimidas, muito embora o Estatuto ainda seja um instrumento jurídico utilizado como base para discutir diversas questões e, portanto, produz efeitos.

No âmbito internacional, no ano de 1989, um ano após a promulgação da Constituição Federal Brasileira, a Organização Internacional do Trabalho, a OIT, produziu a Convenção 169, e se no plano nacional ainda restava alguma dúvida quanto às inovações trazidas pela norma constitucional, no plano internacional é incontestável a consolidação de um novo olhar.

Na Convenção 169 da OIT, passam a ser levadas em consideração no plano internacional as aspirações dos povos indígenas em “assumir o controle de suas próprias instituições, formas de vida, seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”, conforme aduz o Preâmbulo dessa Convenção. Assim, como no plano nacional, no plano internacional é possível visualizar a adoção de uma perspectiva contrária a do modelo integracionista. Há, dessa forma, o reconhecimento formal do direito à autonomia e protagonismo indígena.

Em conformidade com a previsão constitucional, em seu artigo 231, § 1º, a Convenção 169, em seu artigo 15 estende o direito indígena aos recursos naturais disponíveis em suas terras, incluindo aí o direito de participação na utilização, administração e conservação dos

6 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

recursos, assegurado aos indígenas a posse permanente e o usufruto exclusivo sobre as terras por eles ocupadas, bem como confere às terras a inalienabilidade e a indisponibilidade, bem como a imprescritibilidade dos direitos sobre elas.

Além de outras garantias legais essenciais para a autodeterminação dos povos indígenas, um princípio bastante em voga atualmente no que tange aos direitos indígenas é o dispositivo da Convenção 169 da OIT referente ao direito de livre consentimento e conhecimento, quando da retirada e o reassentamento desses povos forem considerados necessários como uma medida excepcional, eles só serão realizados com seu livre consentimento e conhecimento.

Esse dispositivo jurídico reafirma a autonomia e o protagonismo indígena nos conflitos referentes às suas terras, ao assumir a necessidade de haver o consentimento informado dos povos indígenas para qualquer negociação pública ou particular que influencie diretamente o direito de usufruto da terra. Embora seja um dispositivo legal, é sabido que muitas vezes não é respeitado inclusive pelo próprio Estado brasileiro como é possível observar na construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte⁷, na qual diversas etnias indígenas como Juruna, Arara, Xikrin do Bacajá, Asurini do Xingu, Kararaô, Araweté e Parakanã serão afetados pelo empreendimento⁸.

Da mesma forma que a OIT, a Organizações das Nações Unidas, a ONU, em 2007 criou a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, documento no qual são reconhecidos os direitos como à participação política; à terra, aos territórios aos recursos naturais; ao consentimento prévio, livre e informado dos indígenas.

Diante desse conjunto de dispositivos legais, é possível perceber a revogação do Estatuto do Índio, tanto no plano internacional

7 Usina hidrelétrica que está sendo construída na bacia do Rio Xingu, próximo ao município de Altamira, no norte do Estado do Pará. Os Estudos de Impacto Ambiental (EIA) da UHE previram, em 2009, que o impacto mais grave derivaria do adensamento populacional e da ocupação desordenada do território no entorno das terras indígenas, com a chegada de milhares de pessoas para trabalhar na obra. Como consequência, haveria um aumento de atividades, dentro e fora das terras indígenas, o que poderia comprometer a sobrevivência física e cultural dos povos da região (ver mais em: BRASIL. Centrais Elétricas Brasileiras S.A., Aproveitamento Hidrelétrico – AHE. Belo Monte: Estudo de Impacto Ambiental (EIA), v. 35, Estudos Etnoecológicos, 2009).

8 BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte*. Junho de 2009. Disponível em: <http://www.elektrobras.com/acesoainformacao/data/Pages/LUMIS46763BB8PTBRIE.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

quanto no nacional, os quais romperam com as diretrizes da política integracionista, na medida em que estatuíram a capacidade plena dos índios e proclamam o direito à autodeterminação, autonomia e protagonismo desses povos.

2 Políticas Públicas diferenciadas para povos indígenas

As políticas indigenistas produzidas na década de 90 estabeleceram uma ruptura com relação ao que vinha sendo proposto desde as políticas construídas pela coroa portuguesa, até anos recentes da república. A inovação se consubstancia no deslocamento do discurso monocultural para uma perspectiva multicultural, ou seja, de um viés assimilacionista e integracionista para uma política de respeito à autodeterminação dos povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 é o marco dessa mudança, que oficializa o reconhecimento da diversidade que caracteriza o Estado brasileiro. Expressões tais como “específico e diferenciado”, “respeito às diversidades culturais e às formas próprias de relacionamento e de produção de conhecimentos”, povoam os textos da nova legislação indigenista e das políticas que pretendem efetivá-la⁹.

Isso quer dizer que a efetivação de direitos de cidadania para povos indígenas pressupõe o reconhecimento de sua autonomia, enquanto coletividades diferenciadas e o dever do Estado de adequar suas políticas públicas ao contexto da cultura diferenciada dos povos indígenas. Ou seja, o indígena, sujeito de direitos, deve ter a afirmação plena de sua identidade e capacidade perante o Estado e sociedade.

Na visão de De Paula e Vianna é possível entender a expressão políticas públicas como “um conjunto de ações articuladas, respaldadas por leis e normas jurídicas, de responsabilidade do Estado, que têm por objetivo o atendimento a necessidades, interesses ou direitos coletivos”¹⁰.

9 COELHO, E. M. B. O novo cenário do campo indigenista: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural. *Revista de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão – UFMA*, 2015. Disponível em: http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4240&Itemid=316. Acesso em: 27 dez. 2017.

10 DE PAULA, L. R.; VIANNA, F. F. de L. B. *Mapeando políticas públicas para povos indígenas: guia de pesquisa de ações federais*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria; LACED/Museu Nacional/UFRJ, 2011.

Existem diversas definições do que seja política pública. Pode ser definida como um campo dentro do estudo da política que analisa o governo à luz de grandes questões públicas¹¹, como um conjunto de ações do governo que irão produzir efeitos específicos¹², como a soma das atividades dos governos, que agem diretamente ou através de delegação, e que influenciam a vida dos cidadãos¹³, como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”¹⁴ ou a definição pode implicar em responder questões como: quem ganha o quê, por quê e que diferença faz¹⁵.

Segundo Souza¹⁶, política pública é o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). Para o autor, formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real. o principal foco analítico da política pública está na identificação do tipo de problema que a política pública visa corrigir¹⁷.

Em relação as políticas públicas direcionadas, específica e diferenciadamente, aos povos indígenas no Brasil, ao percorrer a história é possível visualizar que dos anos 60 aos anos 90 todas as ações do governo brasileiro voltadas para esses povos concentravam-se na Fundação Nacional do Índio, a Funai. De acordo com De Paula e Vianna a partir de 1990 a Funai deixou de ser formalmente a única agência governamental para o atendimento das demandas sociais indígenas¹⁸. Dessa forma, segundo os autores, as políticas públicas para povos indígenas, antes formuladas e executadas exclusivamente por

11 MEAD, L. M. *Public Policy: Vision, Potential, Limits, Policy Currents*, Fevereiro: 1-4. 1995.

12 LYNN, L. E. *Designing Public Policy: A Casebook on the Role of Policy Analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear, 1980, p. 12-54.

13 PETERS, B. G. *American Public Policy*. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986, p. 16-72.

14 DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. 1984, p. 19-34.

15 LASWELL, H.D. *Politics: Who Gets What, When, How*. Cleveland, Meridian Books: 1958, p. 2-57.

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

17 *Ibid.*, p. 20-45.

18 *Ibid.*, p. 25-69.

ela, passaram a ser de responsabilidade, também, de outros ministérios e órgãos federais¹⁹.

As políticas públicas voltadas para indígenas contêm a previsão de instâncias por meio das quais se dará a participação indígena em todas as etapas do processo, desde a elaboração à implementação, ou seja, o protagonismo como uma conquista indígena. Ocorre que muitas das novas políticas ditas específicas e diferenciadas continuam a ser produzidas nos termos da política integracionista, com pouca autonomia e protagonismo indígena. Para Cardoso de Oliveira²⁰, esta institucionalidade dominante tem sido um sério fator de dominação política e social dos povos indígenas.

O reconhecimento da diferença cultural acaba por ficar comprometido se for construído desconsiderando a dificuldade de um diálogo entre culturas tão diversas. Cardoso de Oliveira²¹ trata do diálogo intolerante, marcado por campos semânticos muito distintos, que impede a compreensão recíproca.

Isso tem razão de ser devido a relação historicamente estabelecida entre o Estado e os povos indígenas, que se destaca como fundamental para a compreensão da complexidade da elaboração de políticas públicas indigenistas. De acordo com Coelho²² as primeiras políticas públicas para os povos indígenas tinham como eixo a catequese e a civilização e foram “terceirizadas”: o Estado delegou às missões religiosas a tarefa de executá-las.

Essa política visava a instauração de um paradigma racionalizante, no qual os indígenas deveriam ser inseridos nas lógicas econômica e social da colônia, para que dessa maneira pudessem contribuir com o processo de construção de um comércio interno, base para a solidificação do Estado²³.

19 *Ibid.*, p. 25-69.

20 CARDOSO DE OLIVEIRA, R. Sobre o diálogo intolerante. In: GRUPIONI, L. et al. *Povos indígenas e tolerância*. São Paulo: EDUSP, 2001, p. 25-41.

21 *Ibid.*, p. 25-41.

22 COELHO, E. M. B. O novo cenário do campo indigenista: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural. *Revista de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão – UFMA*, p. 2-12. Disponível em: http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4240&Itemid=316. Acesso em: 27 dez.2017.

23 *Ibid.*, p. 2-12.

Com a proclamação da independência do Brasil, o Estado brasileiro visando construir uma nação homogênea, baseada no paradigma monocultural, desconheceu as nacionalidades indígenas e passou a considerar todos como cidadãos brasileiros, com vistas à comunhão nacional. Consubstanciava-se na negação da diferença, sendo utilizada a expressão “nacionais” para indígenas e não indígenas. Para estabelecer, de forma discriminatória, o lugar *outsider*²⁴, usando a expressão de Norbert Elias, a eles destinado.

Significa que os indígenas estão, por definição, na condição de *outsiders*, tanto política, quanto geograficamente. *Outsiders* pode ser traduzido como “de fora”, “à margem”²⁵ e, dessa forma, os indígenas exemplificam os *outsiders*, mesmo estando estabelecidos no território invadido há mais tempo que os colonizadores, já que as políticas indigenistas no decorrer da história visavam a sua integração e assimilação à sociedade nacional.

Após a Constituição de 88 as políticas públicas carregam o paradigma do multiculturalismo. As lutas empreendidas pelos movimentos indigenistas se dão por direitos diferenciados, lutas pelo que Kymlicka²⁶ denominou “cidadania diferenciada”, que se refere à adoção de direitos poliétnicos, de representação ou de autogoverno, específicos em função do grupo.

Os movimentos identitários e culturais no Brasil foram importantes na conformação da sociedade atual, porque, segundo Maria da Glória Gohn²⁷, historicamente a maioria da população indígena foi eliminada ou confinada em áreas não urbanizadas do país e as políticas governamentais tratavam os indígenas de forma tutelada.

A discussão relativa à possibilidade de conquista de cidadanias diferenciadas está diretamente relacionada às chamadas reivindicações identitárias, conforme Semprini²⁸. Essas reivindicações partem de minorias que pretendem que suas especificidades e identidades sejam

24 ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

25 *Ibid.*, 2000.

26 KYMLICKA, W. *Ciudadania multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996, p. 241.

27 GOHN, M. G. Movimentos identitários e culturais: gênero, etnia, gerações. In: GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 89-119.

28 SEMPRINI, A. *Multiculturalismo*. São Paulo. Edusp, 1997.

reconhecidas e que leis sejam criadas, assegurando de direitos ou privilégios especiais, e políticas públicas sejam implementadas para sua efetivação.

As políticas públicas consideradas politicamente corretas constroem-se com base nos princípios dos direitos humanos universais, que se fundamentam na igualdade de direitos a todos. A ideia de igualdade a todos os homens significa que os indivíduos são considerados iguais e tratados como tal no que se refere às dualidades consideradas como constitutivas da natureza humana: a razão, a responsabilidade moral, a liberdade. Essa é uma ideia reguladora, de acordo com Coelho²⁹.

Na Constituição Federal de 1988 é possível observar dois movimentos que a um olhar menos atento poderá parecer paradoxal: um que dá ênfase à universalidade do atendimento aos cidadãos, inspirado no princípio da igualdade; outro que reconhece a diversidade constituinte do Estado, fundada no princípio da diferença, que requer atendimento específico em função dos grupos.

Esses dois movimentos, do direito à igualdade e do direito à diferença, geram uma tensão que se explicita nas políticas públicas que têm sido elaboradas com vistas a efetivar as garantias constitucionais³⁰. De um lado o universalismo, de outro o relativismo cultural. Os indígenas refletem a expressão da diferença no contexto do Estado, diferenças de línguas, de formas de propriedade, de organização política, de sistemas de representação, de relações de parentesco, etc. Souza Filho afirma que a cultura constitucional procurou encerrar o universalismo no Estado:

um estado único, com um a única fonte de direito, emanada diretamente da Constituição, com leis organizadas em códigos, que encerram todas as possibilidades das relações jurídicas em um sistema sem lacunas. Essa organização social, que não admite fissuras nem diferenças, mas pode aceitar o índio com uma vida e organização social fundada em outros princípios que não sejam os enunciados constitucionais que se efetivam pelo direito civil. Dito em outras palavras, não pode esse sistema sem lacunas aceitar povos que prescindam do Estado e da propriedade privada³¹.

29 *ibid.*, 2015.

30 *Ibid.*, 2015.

31 SOUZA FILHO, C. F. M. A universalidade parcial dos direitos humanos. In: GRUPIONI, L. et al. *Povos indígenas e tolerância*. São Paulo: EDUSP, 2001, p. 256.

O discurso de reconhecimento da pluralidade vai surgir, de forma precisa, no capítulo VIII, dedicado aos índios, especialmente no artigo 231:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Assim, a construção das novas políticas públicas tem expressado as dificuldades próprias do diálogo intercultural com os povos diferenciados. Qual é o limite de diferença que a igualdade suporta? Em que medida a implementação de políticas públicas estão dando conta da construção de cidadanias adequadas à diversidade cultural que caracteriza a sociedade brasileira, já que é possível perceber que as diferenças são acomodadas ao contexto da sociedade nacional?

3 Os povos indígenas e seus territórios: reflexões acerca do protagonismo indígena nas políticas públicas

A relação das sociedades indígenas com a sociedade brasileira é uma relação que envolve conflitos e relações de poder, principalmente no que se refere ao acesso ao poder e as decisões no âmbito do Estado. Isso porque, a inserção das sociedades indígenas no Estado brasileiro ocorreu de forma arbitrária e colonialista, o que faz com que essa relação seja meramente formal e jurídica, decorrente do princípio do *jus solis*, que determina como brasileiro o cidadão que nasce em território brasileiro.

Desde a colonização houve o interesse em normatizar as relações entre os indígenas e os não indígenas e de legitimar a exploração da mão de obra e a usurpação das suas terras e riquezas. O estabelecimento dessa relação foi se dando ao mesmo tempo em que o país estabelecia sua política territorial, cuja divisão se regulamentava em capitânicas hereditárias e sesmarias. Os indígenas que viviam soberanamente no território passaram a disputa-lo com os colonizadores.

A partir da colonização as culturas indígenas foram sendo dizimadas, escravizadas, miscigenadas e expulsas de seus territórios. Na contemporaneidade, as políticas públicas buscam conferir aos indígenas o direito à terra e aos recursos naturais, acesso à saúde e educação pública, além de respeito pela sua cultura e religiosidade.

Segundo Darcy Ribeiro³² até a primeira década do século passado, o País não contava com uma política indigenista institucionalizada.

As políticas públicas indigenistas se justificam porque, historicamente, os povos indígenas, primeiros habitantes do Brasil, sofreram uma série de abusos por parte dos colonizadores, que levaram muitos à extinção ou ao declínio acentuado. Outros foram expulsos de seus territórios, os quais jamais foram recuperados pelos seus descendentes.

Os direitos indígenas de reconhecimento de sua diferença cultural, por meio da preservação de suas culturas, da posse territorial e dos recursos naturais são garantidos constitucionalmente, mas devem ser efetivados por meio de políticas públicas específicas.

Quanto ao direito ao território, no Brasil há o dispositivo constitucional de demarcação de terras indígenas para usufruto exclusivo de um ou mais povos indígenas. O termo jurídico usufruto indica que a propriedade da terra é da União, cabendo aos indígenas unicamente a posse, de natureza originária e coletiva. A posse da terra pode ser considerada a maior reivindicação dos indígenas brasileiros.

Para que um território seja demarcado como indígena faz-se necessário um processo administrativo. Essa é a forma mais recente pela qual se dá a interferência estatal nas questões indígenas, por meio da política de demarcação de terras, que tem por objetivo a garantia material do direito indígena à terra.

O direito dos indígenas ao território de ocupação tradicional configura-se como um direito originário e, por conseguinte, o procedimento administrativo de demarcação é de natureza meramente declaratória. Portanto, a terra indígena não é criada por ato constitutivo, e sim reconhecida a partir de requisitos técnicos e legais, nos termos da Constituição Federal de 1988. Ademais, por se tratar de um bem da União, a terra indígena é inalienável e indisponível, e os direitos sobre ela são imprescritíveis, ou seja, não pode ser vendida ou cedida, e não possui prazo para voltar à posse da União.

A demarcação estabelece a extensão da área de usufruto dos indígenas e deve assegurar a proteção dos limites e impedir sua ocupação por não indígenas. Obedece a um processo sistemático, segundo o artigo

32 SOUZA FILHO, C. F. M. A universalidade parcial dos direitos humanos. In: GRUPIONI, L. et al. *Povos indígenas e tolerância*. São Paulo: EDUSP, 2001.

19 do Estatuto do Índio e regulado pelo Poder Executivo, por meio do Decreto 1.775/96, que estabelece algumas etapas do procedimento.

A primeira etapa prevista no Decreto é a dos estudos de identificação, realizado por meio de um estudo antropológico, por antropólogo de competência reconhecida pela Funai, com a finalidade de reconhecimento da terra indígena. A seguir, um grupo técnico especializado, composto por um antropólogo e preferencialmente por técnicos da Funai, realizam análises sociológicas, jurídicas, cartográficas, ambientais e um levantamento fundiário para definir os limites da terra indígena, o que gera um relatório a ser entregue na Funai.

A próxima etapa é a de apreciação do relatório e aprovação ou não pelo Presidente da Funai. Caso haja aprovação, ocorre a publicação do resumo do relatório no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da Unidade da Federação onde se localizam as terras, no prazo de quinze dias.

Na sequência abre-se o prazo para contestação do procedimento de reconhecimento da terra indígena, que pode ser feita por qualquer interessado, encaminhando as razões e provas pertinentes à Funai, desde o início do processo até 90 dias da publicação do resumo no Diário Oficial. Findo o prazo de contestações, a Funai tem 60 dias para elaborar os pareceres sobre as contestações e encaminhá-las ao Ministério da Justiça.

A etapa seguinte é a delimitação. O Ministro da Justiça terá 30 dias para encaminhar uma resolução que pode ser de declaração dos limites da área e determinação da sua demarcação física; prescrição de diligências a serem cumpridas em mais 90 dias, ou desaprovação da identificação, com a publicação de decisão fundamentada no parágrafo 1º. do artigo 231 da Constituição. A demarcação física cabe à Funai e ao Incra cabe o reassentamento da população não indígena que ocupe o local.

Após a delimitação é encaminhada a homologação da terra indígena que cabe ao Presidente da República. Após a homologação, o registro das terras deve ser efetuado em 30 dias no cartório de imóveis da comarca onde se localizam as terras e no Serviço de Patrimônio da União. Após todo esse atribulado processo, as terras devem passar por uma série de outras regularizações para corrigir problemas existentes, como a presença de posseiros ou explorações indevidas de recursos naturais. O Decreto 1775/96 estabelece o protagonismo indígena

no processo de demarcação de terras, no seu artigo 2º, §3: “§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases”.

Em relação ao protagonismo indígena merece destaque a criação da Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas - PNGATI, política criada em 2012, por meio do Decreto 7747, com a participação de lideranças indígenas que visa criar “estratégias integradas e participativas com vistas ao desenvolvimento sustentável e à autonomia dos povos indígenas”. Essa política prevê a formação de gestores indígenas e não-indígenas para atuarem cooperativamente nos planos de manejo sustentável das terras e assessoria durante as demarcações de terras.

A construção dessa política simbolizou a retomada do diálogo do Estado e da sociedade com as organizações indígenas. Como política pública para a gestão das terras indígenas, sinaliza, segundo Oliveira³³, uma tendência que vem sendo demonstrada nos últimos 25 anos pelo Estado brasileiro, de propiciar uma participação dos povos indígenas nas questões dos seus interesses e também de “indicar a configuração de uma ‘fase pós-demarcatória’ de terras indígenas”.

Segundo Guimarães³⁴ essa política definiu a gestão territorial e a ambiental de terras indígenas como sendo o “conjunto de domínio político e simbólico do espaço que constitui o território de um povo indígena, englobando os seus saberes tradicionais e suas práticas quanto ao uso dos recursos naturais e da biodiversidade”. De acordo com o autor³⁵, velhas questões, pendentes de regulamentação e práticas no Brasil, foram confrontadas, no processo de construção da PNGATI, como o exercício do direito de consulta livre, prévia e informada, prevista no art. 6º da Convenção 169 da OIT, a autonomia e o protagonismo indígena e a metodologia dos diversos níveis de participação.

Inicialmente a construção de modelos de desenvolvimento para povos indígenas requer prioritariamente o reconhecimento da sua

33 OLIVEIRA, A. R. *Processo de construção da Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas (PNGATI): possibilidades, limites e desafios do diálogo entre Estado e povos indígenas no Brasil*. Brasília: Funai, GIZ, 2011, p. 9.

34 GUIMARÃES, V. M. B. Política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas (PNGATI): a busca pela autonomia ambiental e territorial das terras indígenas no Brasil. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 4, n. 1, 2014, p. 157-177.

35 *Ibid.*, p. 71.

autonomia e autodeterminação, dessa forma, se justificam as políticas indigenistas de proteção ambiental e territorial. A PNGATI, como política pública traz uma série de desafios à gestão das terras indígenas e à capacidade institucional dos órgãos de Estado, em particular à Funai, nas suas atuações administrativas. Embora, segundo Guimarães, a fase “pós-demarcatória” exista para boa parte dos povos indígenas no Brasil, as demandas reivindicatórias por terras tradicionais persistem e reclamam uma solução histórica³⁶.

A Constituição Federal de 1988 assegura aos indígenas a posse das terras que habitam tradicionalmente, independentemente da sua localização, não havendo espaço para contestações sobre a viabilidade ou conveniência da demarcação. Ocorre que, apesar de sua ligação histórica do território com seus antepassados, os indígenas ainda passam por insegurança jurídica quanto à posse e aos limites de suas terras, como a que se desenvolveu na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, situada no nordeste de Roraima, nos municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã que foi identificada em 1993 pela Funai e homologada em 2005.

Os anos de 1988 e 1989 representaram marcos históricos para os direitos indígenas brasileiros, à medida que houve uma mudança de paradigma, sintetizada pela substituição dos verbos tutelar e integrar contido no Estatuto do Índio pelo verbo reconhecer contido no artigo 231 da Constituição Federal de 1988. De acordo com Guimarães,

reconhecer os índios em sua organização social própria, seus usos, costumes, línguas, tradições, bem como os direitos originários que tradicionalmente ocupam, representa ter de lutar contra ideologias e preconceitos dominantes de nosso tempo atual. O verbo reconhecer implica uma mudança de atitude que nossa sociedade ainda teima em não aceitar, seja no plano das interações interétnicas, seja na aplicação de políticas públicas indigenistas, da qual a PNGATI é um exemplo³⁷.

As políticas públicas territoriais para os povos indígenas consistem no reconhecimento desse direito à propriedade, de forma a garantir a segurança jurídica para reprodução física, social, econômica e cultural dos povos indígenas. Vários ministérios são envolvidos diretamente com a questão indígena, como o da Justiça e o do Meio Ambiente, tendo a Funai como órgão supervisor da aplicação das políticas públicas para o índio. Em relação a política de demarcação

36 *Ibid.*, p. 157-177.

37 *Ibid.*, p. 166.

das terras indígenas o Decreto nº 1.775/96, em seu artigo 1º dispõe que, “as terras indígenas [...] serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto”.

Muito embora o resguardo e proteção das terras indígenas seja um dever do Estado brasileiro, definido em sua constituição, a Funai, órgão que deveria cumprir essa função, não o tem feito como deveria. Isso porque, segundo Gomes, a Funai:

veio para resolver o que o regime militar concebia como a questão indígena brasileira, qual seja, a presença de grupos étnicos populacionalmente e culturalmente diferenciados, os quais embora de pouca consequência para a nação, controlavam vastos territórios, ao mesmo tempo que estiolavam na pobreza e na impossibilidade de se desenvolver. [...] A resolução desse problema só poderia vir com a integração dessas populações à maioria nacional, o que significaria a dissolução das etnias indígenas que haviam sobrevivido até então³⁸.

A Funai substituiu em 1967 o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910. Sua concepção foi, porém, embasada, conforme argumenta Pacheco de Oliveira, “na doutrina positivista, a que estiveram filiados os militares e intelectuais da nascente república, idealizadores do lugar do índio na Nação Brasileira”³⁹, e que definiu as normas administrativas pelas quais este deveria ser tratado.

Dessa forma, os indígenas ao longo do tempo vivenciaram a construção de uma cidadania frágil, com pouca ou nenhuma participação social, inclusive quanto as políticas públicas. Também vivenciam um processo de ressignificação da relação com o meio ambiente e com o território, no qual constroem suas estratégias de sobrevivência.

Assim, o território de um povo indígena é uma conquista, como o resultado de uma disputa de poder que envolve de um lado o povo indígena e, do outro, o próprio Estado e a sociedade brasileira. O conceito de território abrange desde as questões ligadas à sobrevivência, e que envolve os processos de manutenção, consolidação e expansão

38 GOMES, M. P. *O índio na história: o povo Terena em busca da liberdade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

39 PACHECO DE OLIVEIRA, J. *Muita terra pra pouco índio?: uma introdução (crítica) ao indigenismo e a atualização do preconceito*. In: SILVA, Araci Lopes; GRUPIONI, Luís D. B. (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília: MEC; MARI; UNESCO, 1995, p. 65.

dos espaços dominados, ou seja, as relações de poder, daí a importância de políticas públicas que protejam os territórios indígenas.

Segundo Ratts⁴⁰ o território vem a ser o espaço apropriado por um ator sintagmático, por grupos, etnias. Essa noção segundo o autor, inclui um repertório de lugares de importância simbólica, envolvendo agrupamentos onde residiam antepassados, rodeado de lembranças. Enfim, de acordo com o autor, o território étnico não o é somente pela presença indígena no espaço, mas também, e principalmente, por um conjunto de códigos e símbolos compartilhados, pelo modo de vida.

Para Maria da Glória Gohn⁴¹ os indígenas detêm saberes sobre a floresta, tanto da arquitetura de seu território, como de suas matas e animais, e possuem com a terra uma relação que não passa pela ideia de propriedade, é algo do mundo simbólico, do sagrado. Assim, segundo a autora, a mãe natureza, a terra e a água tem estatuto divino, são deusas na perspectiva desses povos tradicionais, que aprenderam a conviver com harmonia com o meio ambiente.

Roberto Cardoso de Oliveira, em sua obra “Caminhos da identidade” faz uma crítica “a ausência da dimensão ética ou moral no trato das relações interétnicas no âmbito da formulação e execução de políticas públicas dirigidas às etnias indígenas” no Brasil⁴². O autor problematiza as políticas públicas por meio da ética do diálogo, em que os representantes indígenas sejam reconhecidos como legítimos interlocutores diante das agências do Estado, em igualdade de condições para o diálogo, o que denomina de comunidade de comunicação interétnica⁴³.

Segundo Lopes⁴⁴ o Estado não deve apenas garantir a coexistência, mas deve também assegurar a convivência entre todos os membros de sua sociedade. Ratts⁴⁵, parafraseando Roberto da Mata, afirma que num

40 RATTTS, A. J. P. A etnia e os outros: a espacialidades dos encontros/confrontos. *Espaço e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 17-18, p. 77-89, jan./dez. 2004.

41 GOHN, M. G. Movimentos identitários e culturais: gênero, etnia, gerações. In: GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 89-119.

42 CARDOSO DE OLIVEIRA, R. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Edunesp, 2006, p. 46.

43 *Ibid.*, p. 48-51.

44 LOPES, A. M. D. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, v 20, n. 38, p. 67-81, jan./jun. 2012.

45 RATTTS, A. J. P. A etnia e os outros: a espacialidades dos encontros/confrontos.

país que custa alto ser índio ou negro, a auto-atribuição de identidade vem acompanhada de demandas pela manutenção ou recuperação de direitos, sobretudo quanto ao acesso à terra. Os encontros e desencontros étnico-raciais, segundo o autor, não raramente emergem como conflitos territoriais.

O Estado, para Groff e Pagel⁴⁶, desempenha papel central na constituição da democracia, sobretudo, nas sociedades multiculturais. No entanto, muitas vezes, as minorias subordinam-se as imposições da maioria, ou até mesmo ocorre dos grupos inferiores serem privados de seus direitos, assim, a democracia acaba carecendo de efetivação.

Assim, as políticas públicas indigenistas precisam, desde a sua formulação, até o levantamento das demandas, a definição das políticas, a priorização e implementação das ações, a avaliação dos resultados, serem pensadas, operacionalizadas e revisadas a partir da ótica do protagonismo indígena, não meramente formal, mas efetivamente com vistas ao estabelecimento de relações dialógicas democráticas, no contexto de relações interculturais assimétricas (marcadas pela predominância da cultura e da economia ocidental).

Conclusão

Na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez numa constituição brasileira, se estabelece novos elementos jurídicos para fundamentar as relações entre os indígenas e os não indígenas e garantir a manutenção de seus direitos diante da sociedade nacional. Essa legislação foi um ponto de ruptura fundamental, que reconheceu a inclusão do indígena como cidadão pleno, como protagonista de sua vida, rompendo com a política integracionista e assimilacionista.

A autonomia e o protagonismo indígena podem ser consideradas como palavras-chave do debate acerca das políticas públicas contemporâneas. Os indígenas vivenciaram um período de exclusão, em que sua participação se dava marginalmente, como observadores ou como prestadores de serviços. Permaneciam fora do processo decisório e das políticas a eles dirigidas.

Espaço e Cultura, UERJ, n. 17-18, p. 77-89, jan./dez. de 2004.

46 GROFF, P. V.; PAGEL, R. Multiculturalismo, democracia e reconhecimento. *Videre*, Dourados, v. 1, n. 2, p. 51-64, jul./dez. 2009.

Na sequência, os indígenas brasileiros vivenciaram um período de inclusão compulsória que servia como resposta à opinião pública internacional que cobrava do governo brasileiro um tratamento mais adequado às populações indígenas. Consolidou-se na década de 1990 uma tentativa de inclusão solidária que se estende até a contemporaneidade, que visa a inclusão das sociedades indígenas no âmbito das políticas públicas voltadas as essas populações desassistidas.

Esse modelo de política pública representa um grande avanço em relação aos períodos anteriores, porém ainda apresenta imensas limitações. As políticas são concebidas, elaboradas e avaliadas segundo os critérios das agências financiadoras ou das equipes técnicas não indígenas e que contam apenas com a participação, mas não com o protagonismo indígena.

O protagonismo indígena é o modelo que se projeta para o futuro e que tem o seu nascedouro no próprio movimento indígena. Reconhece a importância da manutenção do diálogo intercultural e concebe as políticas públicas para além das que meramente estabeleçam respeito às especificidades socioculturais, e da mesma forma, às que garantam sua sobrevivência de forma digna ao exercício da autonomia, permitindo-lhes serem senhores de seu presente e de seu futuro.

Referências

BRASIL. *Estatuto do Índio*. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 27 dez. de 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto nº 1775 de 8 de janeiro de 1996*. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 19 maio 2018.

_____. *Decreto nº 7747, de 5 de junho de 2012*. Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

_____. Ministério de Minas e Energia. *Relatório de Impacto Ambiental – RIMA*. Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte. Junho de 2009. Disponível em: <http://www.eletronbras.com/acessoainformacao/data/Pages/LUMIS46763BB8PTBRIE.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CARDOSO DE OLIVEIRA, R. Sobre o diálogo intolerante. In: Grupioni, L. et al (Orgs.). *Povos indígenas e tolerância*. São Paulo: EDUSP, 2001.

_____. *Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo*. São Paulo: Edunesp, 2006.

COELHO, E. M. B. O novo cenário do campo indigenista: a tensão entre a perspectiva assimilacionista e o respeito à diversidade cultural. *Revista de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão*. Disponível em http://www.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=4240&Itemid=316 Acesso em 27 de dezembro de 2017.

COHN, C. *Tutela nunca mais: autodeclaração é a maior conquista recente dos indígenas, mas eles são vistos ainda como entraves para o progresso*. 2013. Disponível em: <http://www.revistadehistoria.com.br/secao/capa/tutela-nunca-mais>. Acesso em: 21 dez. 2015.

COLAÇO, Thais Luzia. *A incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas Missões Jesuíticas*. Curitiba: Juruá, 2018.

DE PAULA, L. R.; VIANNA, F. F. de L. B. *Mapeando políticas públicas para povos indígenas: guia de pesquisa de ações federais*. Rio de Janeiro: Contra Capa; LACED/Museu Nacional/UFRJ, 2011.

DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hall. 1984.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. *Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

GOHN, M. G. Movimentos identitários e culturais: gênero, etnia, gerações. In: GOHN, Maria da Glória. *Movimentos Sociais e redes de mobilizações civis no Brasil contemporâneo*. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 89-119.

GOMES, M. P. *O índio na história: o povo Tenetehara em busca da liberdade*. Petrópolis: Vozes, 2002.

GROFF, P. V.; PAGEL, R. Multiculturalismo, democracia e reconhecimento. *Verde*, Dourados, v. 1, n. 2, p. 51-64, jul./dez. 2009.

GUIMARÃES, V. M. B. Política nacional de gestão territorial e ambiental de terras indígenas (PNGATI): a busca pela autonomia ambiental e territorial das terras indígenas no Brasil. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 4, n. 1, p. 157-177, 2014.

KYMLICKA, W. *Cidadania multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

LASWELL, H. D. *Politics: who gets what, when, how*. Cleveland, Meridian Books: 1958.

LOPES, A. M. D. *Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade*. *Rev. Inter. Mob. Hum.*, Brasília, v. 20, n. 38, p. 67-81, jan./jun. 2012.

LYNN, L. E. *Designing public policy: a casebook on the role of policy analysis*. Santa Monica, Calif.: Goodyear. 1980.

MEAD, L. M. *Public policy: vision, potential, limits, policy currents*. Fevereiro: 1-4. 1995.

OIT. *Convenção 107 sobre os Povos Indígenas e Tribais*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1957.

_____. *Convenção 169 sobre os Povos Indígenas e Tribais*. Genebra: Organização Internacional do Trabalho, 1989.

OLIVEIRA, A. R. *Processo de construção da Política Nacional de Gestão Ambiental e Territorial de Terras Indígenas (PNGATI): possibilidades, limites e desafios do diálogo entre Estado e povos indígenas no Brasil*. Brasília: Funai, GIZ, 2011.

PACHECO DE OLIVEIRA, J. Muita terra pra pouco índio?: uma introdução (crítica) ao indigenismo e a atualização do preconceito. In: SILVA, Araci Lopes; GRUPIONI, Luís D. B. (Org.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília: MEC; MARI; UNESCO, 1995.

PETERS, B. G. *American public policy*. Chatham, N.J.: Chatham House. 1986.

RATTS, A. J. P. A etnia e os outros: a espacialidades dos encontros/ confrontos. *Espaço e Cultura*, Rio de Janeiro, n. 17-18, p. 77-89, jan./dez. de 2004.

RIBEIRO, D. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SEMPRINI, A. *Multiculturalismo*. São Paulo. Edusp, 1997.

SOUSA, R. S. Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina; LIMA, Roberto Kant de (Org.). *Antropologia e direitos humanos*. Rio de Janeiro: EdUFF, 2001.

SOUZA FILHO, C. F. M. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____. A universalidade parcial dos direitos humanos. In: GRUPIONI, L. et al (Org.). *Povos indígenas e tolerância*. São Paulo: EDUSP, 2001.

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

Recebido em: 28 de setembro de 2017.

Aceito em: 17 de agosto de 2018.

A IMPOSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO JURÍDICA NACIONAL DO BLOCKCHAIN: RUMO À UM DIREITO CRIPTOGRÁFICO?

THE IMPOSSIBILITY OF NATIONAL LEGAL FRAMEWORK TO REGULATE BLOCKCHAIN TECHNOLOGY: TOWARDS CRYPTOGRAPHIC LAW?

Álvaro Osório do Valle Simeão^I

Marcelo Dias Varella^{II}

^I Centro Unificado de Brasília (UNICEUB), Brasília, DF, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: alvarosorio1@hotmail.com

^{II} Centro de Ensino Unificado de Brasília (UNICEUB), Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, DF, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: marcelodvarella@gmail.com

Resumo: O artigo explica a tecnologia descentralizada da cadeia de blocos (blockchain), a percepção do direito estrangeiro e internacional sobre o tema e as tentativas de regulação em diferentes países. Utiliza-se a bibliografia nacional e estrangeira, bem como as discussões no plano legislativo. As características da tecnologia e as discussões internacionais de países em que a mesma está mais desenvolvida conduzem à conclusão que apenas é possível regular o blockchain por meio do direito transnacional, não apenas público, mas também privado.

Palavras-chave: Cadeia de blocos. Criptomoedas. Ciberespaço. Regulação.

Abstract: The article explains the main concepts of blockchain technology, the perception of foreign and international law on the subject and the attempts of regulation in different countries. We use the national and foreign most cited references as well as the discussions in the legislative area. The characteristics of technology and the international discussions of countries in which the debate is more developed lead to the conclusion that it is only possible to regulate the blockchain through transnational law, not only public, but also private.

Keywords: Blockchain. Cryptocoins. Cyberspace. Regulation.

Sumário: Introdução. 1 Novas e poderosas mãos invisíveis no ciberespaço. 2 A falibilidade do direito estatal em regular aplicações em cadeia de blocos: o exemplo das criptomoedas. 3 A regulação transnacional minimalista da cadeia de blocos a partir da *lex mercatoria* e da *lex cryptographia*. 3.1 A ilicitude pelo anonimato. 3.2 *Pacta sunt servanda* no ciberespaço. 3.3 A responsabilização das corretoras e dos hackers. 3.4 Prevenção de monopólios e gestão de custos ambientais. Considerações Finais. Referências.

Introdução

Aplicativos que utilizam cadeia de blocos (*blockchain*) e viabilizam o estabelecimento de contratos inteligentes exigem regulamentação minimalista transnacional futura, atendo-se a um conceito de boa-fé objetiva que transcenda o multiculturalismo.

Há já um direito não positivado que nasce a partir do protocolo e dos condicionamentos entre as próprias partes contratantes no ciberespaço. Esses acordos e sua repetição massiva fomenta o costume negocial no meio virtual desmaterializado (*lex mercatoria* digital).

Para além disso, as transações na *blockchain* têm gerado uma norma entre as partes, com baixo nível de abstração e protegida por criptografia pesada, que autores chamam de *lex cryptography*, ou seja, regras administradas por meio de contratos inteligentes e organizações autônomas¹.

Mas em ambos os casos o Estado se encontra alijado do seu papel histórico de criador do direito, ainda que essas normas endógenas, já existentes, não bastem para proteção de direitos fundamentais dos novos comerciantes digitais.

Aplicativos que utilizam a tecnologia subjacente da cadeia de blocos no ciberespaço representam um avanço impactante por fixar um caminho ineditamente viável para a realização de transações seguras na *internet* sem a presença de um intermediário (*middleman*), fato que gera imediatamente uma pergunta: Qual o caminho para regular essas aplicações e a própria cadeia de blocos?

O presente texto argumenta no sentido da inadequação de qualquer regulação estatal à *blockchain*, uma vez que as transações realizadas sob essa plataforma são planificadas em escala mundial e executadas fora de um espaço físico materializado sobre o qual possa incidir uma única soberania.

Ainda que a cadeia de blocos tenha potencial para fragilizar a proteção de direitos fundamentais, entre os quais o direito de propriedade intelectual, vez que ocorre uma reprodução de informação sem pagamento de direitos autorais a cada nó adicionado à rede, verifica-se que a proteção desses direitos se projeta para o ambiente transnacional com base numa ética mínima, sendo necessário

1 WRIGHT, Aaron; FILIPPI, Primavera de. *Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptography*. Mimeo. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em 01/12/2017.

reconhecer a ineficácia das normas internas em regular um aplicativo que se encontra planetariamente disseminado.

Ao Estado só resta um papel de usuário da cadeia de blocos, pois as regulações nacionais apenas adicionam restrições geradoras de desigualdade entre os usuários tendo por base o local em que residem ou se encontram, que não coincide com o sítio virtual dos negócios implementados pelas partes. É o que se observa em relação às criptomoedas, que são viabilizadas pela tecnologia subjacente da cadeia de blocos.

O desenvolvimento criptográfico constante, que ocorre pelo próprio uso, como se observa na cadeia de blocos, dá pistas de como essa inovação pode ser útil na execução e controle administrativo de políticas públicas, sobretudo em países em desenvolvimento. Os contratos inteligentes podem ser ferramenta para aumento da organização, gestão e transparência das ações governamentais, com consequente aumento da normatividade constitucional, mas isso depende da implementação de uma norma internacional disciplinadora de certos aspectos pragmáticos que cercam a *blockchain*.

O presente texto se divide em três partes. Na primeira faz-se uma abordagem técnica e descritiva sobre as características da cadeia de blocos e as possibilidades criadas por essa tecnologia para as relações interpessoais tangentes à figura do Estado.

Na segunda parte se pretende demonstrar que a regulação dos programas que rodam em cadeia de blocos não deve estar na lista de prioridades nacionais, pois as normas internas voltadas para esse intento já nasceriam ineficazes. Aos Estados restaria figurar como usuários dessa tecnologia tanto no âmbito interno – ferramenta para otimização de políticas públicas – como no plano internacional – ferramenta para processamento de transações comerciais bilaterais e multilaterais entre nações, assim como estabelecimento de tratados e convenções internacionais.

Na terceira parte elencam-se tópicos para uma regulação transnacional minimalista em relação aos aplicativos que fazem uso da cadeia de blocos, tomando por base o exemplo das moedas digitais. Defende-se, para tanto, uma positivação mínima que esteja atenta, inicialmente, ao próprio costume já existente entre as partes contratantes no ciberespaço.

1 Novas e poderosas mãos invisíveis no ciberespaço

O ciberespaço resulta da descentralização da informação propiciada pela rede mundial de computadores e uma questão nuclear que surgiu paralelamente a esse advento sempre foi a da confiança interpessoal nesse ambiente, uma vez que nunca existiu um mecanismo central de autenticação dos fenômenos virtuais.

Até o surgimento da cadeia de blocos, a fiabilidade das transações que se efetuavam na *internet* baseava-se, quase que unicamente, nas assinaturas eletrônicas, que são meios de identificação pessoal por certificação digital submetida a uma autoridade pública, geralmente um órgão colegiado que regula e fiscaliza essa atividade de registro, de modo que tal procedimento não se afasta muito do que historicamente se conhece como fê pública, esteio maior da atividade cartorária².

A noção conceitual de cadeia de blocos (*blockchain*) parte justamente da eliminação da figura do terceiro, ou seja, do intermediário certificador da operação, conforme proposta contida no artigo “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*”³, de autoria não identificada⁴.

Nesse texto foram fixadas premissas que viabilizaram transações seguras no ciberespaço, sem intermediário, pela utilização de redes P2P (*Peer-to-Peer / pessoa a pessoa/ par a par*), que por não se basearem em uma arquitetura de cliente a servidor possuem a grande vantagem de não ter uma função de rede centralizada. Todos os participantes estão interconectados podendo acessar dados de qualquer outro partícipe, o que coloca a disponibilidade da informação em nível difuso máximo.

Na dinâmica operacional da cadeia de blocos tudo nasce da intenção negocial entre duas partes, que pode ser a compra de uma unidade de valor, a fixação de um contrato, a oferta de um voto, a prolação de uma opinião sobre algo e qualquer coisa que, em outros

-
- 2 Ideia basal contida, por exemplo, na Medida Provisória Brasileira nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que instituiu a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras: ICP/Brasil.
 - 3 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*. Mai. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017.
 - 4 A identidade física e nacionalidade de Satoshi Nakamoto nunca foram comprovadas. Após fixar as bases da *blockchain* e possibilitar a criação da moeda digital *bitcoin*, suas manifestações no ciberespaço foram paulatinamente diminuindo até o desaparecimento, em meados de 2010. A respeito: MUSE, Alexander. *How the NSA identified Satoshi Nakamoto*. Ago. 2010. Disponível em: <https://medium.com/cryptomuse/how-the-nsa-caught-satoshi-nakamoto-868affcef595>. Acesso em: 8 nov. 2017.

tempos, precisasse ser registrada ou atestada por um intermediário de confiança, mas que nesse universo computacional será transformada em um código aberto criptografado, o que significa dizer que a operação estará acessível, mas sem que se possa saber quem são os contratantes, a não ser os próprios, uma vez que eles escolheram seus “endereços” de identificação.

Externada a vontade negocial no ambiente virtual da *blockchain* e tornadas anônimas as partes pela incidência da criptografia, a transação será enviada para todos os computadores que já fizeram, algum dia, operação na mesma área de interesse (mesma cadeia), mas ainda estará pendente de validação.

Para essa validação, que gerará o registro existencial do negócio (*blockchain protocol*), é preciso que a vontade criptografada seja analisada por computadores mineradores, que nada mais são do que máquinas, públicas ou privadas, que a cada espaço de tempo⁵, considerado o seu poder de processamento, são vencedoras de uma competição matemática que lhes dá o direito de incluir operações pendentes na cadeia de blocos.

Como a competição ocorre a cada espaço de tempo há uma mudança constante na figura do computador validador, de modo que não se pode concluir que haja uma centralização da função de validação das operações.

Esses competidores tencionam ganhar algo a cada vez que vencem a disputa, até porque gastam muita energia elétrica em equipamentos caros e com alto poder de análise matemática combinatória. No caso das moedas digitais eles ganham moeda digital⁶, mas no caso de outras aplicações a remuneração pode ocorrer a partir de qualquer ativo econômico previamente fixado no momento em que a cadeia de blocos se iniciou.

Assim, existem duas categorias de partícipes na cadeia de blocos, a saber: os partícipes transacionais, que querem validar e registrar um negócio na cadeia de blocos, e os partícipes mineradores, que objetivam ser recompensados por vencerem a disputa algorítmica e daí serem validadores das transações.

A validação da operação parte da verificação do consenso, ou seja, do preenchimento de requisitos estabelecidos no início da cadeia

5 No caso das moedas digitais esse espaço de tempo tem sido de dez minutos.

6 Daí os termos “mineração” e “mineradores” no mercado de criptomonedas.

de blocos, da verificação dos endereços dos proponentes e da verificação da sequência de operações que já foram feitas precedentemente naquele ambiente, gerando um código parêlo com a oficialização da data do negócio e a identificação do mesmo, que agora passa a ser mais um bloco na cadeia.

Validada a operação, parte-se para tornar imutável esse negócio, que só poderá ser infirmado por um novo negócio entre as mesmas partes ou cujo objeto seja o mesmo. A imutabilidade ocorre pela incidência de uma função matemática (*hash*) sobre o conjunto de informações criadas pelos partícipes transacionais e validadas pelos partícipes mineradores.

A função matemática nova terá o poder de impedir modificações negociais sem que todos os partícipes concordem. Isso derivará da dependência do código alfanumérico atual em relação àquele gerado pela incidência da função matemática sobre o negócio anterior, ou seja, o registro atual depende do anterior e assim por diante até o primeiro negócio validado e registrado (o primeiro bloco).

Diante desse quadro fático, podemos conceituar a cadeia de blocos como sendo um livro eletrônico de registro distribuído, imutável e sem autoridade de controle que gera um protocolo de confiança calcado na abertura da informação sobre o negócio jurídico feito em ambiente virtual, numa rede computacional formada por pares equipotentes.

A cadeia de blocos projeta a fiabilidade para além das certificações digitais adotadas por um Estado, pois a utilização do programa que roda nesse ambiente gera um registro, que pode ter natureza contábil ou jurídica, que é imediata e automaticamente distribuído e gravado em todos os equipamentos de informática que já fizeram a operação ou farão, em escala planetária de milhões de computadores, de modo que quanto mais transações se fizer, mais segurança e confiança a *blockchain* proporciona ao usuário, pois mais difusa se torna a informação sobre o acordo celebrado e mais complexa fica a criptografia que incide sobre ele⁷.

Não existe um proprietário ou gestor da informação contábil ou jurídica, mas um mero hospedeiro, pois a cada negócio fechado em ambiente de ciberespaço, utilizando os programas ligados à *blockchain*, o computador passa a ter o histórico de todas as transações já feitas naquele mercado, o que afasta a insegurança jurídica sobre a avença

7 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*. Mai. 2008. Disponível em: <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

e permite a exigência de cumprimento no próprio ambiente do processamento de dados (obediência à *lex cryptographia*).

A rede efetua a transação entre as partes, colocando essa informação em uma cadeia contínua de prova de trabalho criptografada pelo sistema⁸, em linguagem computacional, de modo que o registro contábil acumulado não pode ser alterado.

A própria cadeia de informação, formada por “nós” equipotentes, gera a segurança e confiança do sistema, pois o negócio entre as partes alimenta um banco de dados público, único, cronológico e compartilhado pelos participantes de um *software* específico, e tudo isso sem que exista uma autoridade de controle (Estado, Banco Central ou cartório).

Trata-se de uma organização autônoma que opera sobre a rede computacional sem intervenção humana que represente autoridade, a propiciar um equilíbrio dependente entre igualdade e liberdade que pode ser denominado “princípio da equipotência libertária”.

O princípio da equipotência libertária é o postulado segundo o qual, no ciberespaço, diferentemente do que ocorre no espaço físico real⁹, é possível a criação e reprodução de condições de igualdade que geram confiança entre as partes, premissa para a verdadeira liberdade de contratar.

Apresunção de boa-fé objetiva, presa a um padrão ético de conduta variável culturalmente, é alçada a um novo patamar ante a facilidade de comprovação do pacto firmado e das suas condições, de modo a fundir

8 Impende comentar que a tecnologia de criptografia utilizada é de *crowdsourcing*, ou seja, a cada hospedagem da informação, em um novo computador, adiciona-se um dado criptográfico, de modo que quanto mais transações se efetivarem mais difícil se torna quebrar o algoritmo inteligente que protege a informação, que passa a ser randômica. O *hacker* teria de percorrer toda a cadeia de prova de trabalho em nível planetário e teria de ter acesso a todo novo negócio virtual, em tempo real, o que excede a perspectiva do razoável.

9 O dilema que marca o equilíbrio entre Liberdade e Igualdade é discutido por pensadores como Aristóteles, Stuart Mill, Maquiavel, Montesquieu, Espinosa e Marx. Alexis de Tocqueville, ao focar a novel república norte-americana, anota como aspecto básico e necessário para a democracia a igualdade de condições. Na América estariam presentes os pressupostos da existência da democracia, quais sejam: o equilíbrio entre poderes, a liberdade, o respeito ao direito e, principalmente, a igualdade na vontade popular (*one head, one vote*). Mas o grande problema, como também assevera Tocqueville, é que enquanto a liberdade na América aparece naturalmente para a sociedade, a conquista da igualdade depende de fatores externos aos seres humanos. A liberdade, assim, não implica igualdade, que precisa do patrocínio do Estado para nascer, e já nasce a partir de critérios sempre criticáveis.

parte e fiscal num mesmo usuário, marginalizando autoridades centrais em campos como comunicação, política e comércio.

Atores como Estado, cartórios e bancos passam a não ser essenciais para tarefas como a emissão de moeda ou execução de contratos não cumpridos, pois a norma criada entre os contratantes está difundida em todo o universo virtual da cadeia de blocos.

São exemplos de programas que rodam em cadeia de blocos o *Bitcoin*, plataforma para mineração de moedas digitais, o *Ethereum*, um programa hábil a minerar criptomoedas e firmar contratos inteligentes, o *Follow my vote*, que se destina a realizar eleições, e o *BiltHealth*, para registro e acompanhamento de prontuários médicos¹⁰.

Foque-se o caso das moedas virtuais. A mineração dessas moedas só é possível pela validação do consenso, ou seja, com atenção a toda cadeia histórica de negócios precedentemente fechados. Esse consenso é a prova de trabalho que influenciará diretamente na disponibilidade daquele bem, independentemente de lastro material¹¹.

Não há, assim, como alguém ter risco diferenciado em relação à moeda e nem como alguém ser forçado a participar desse mercado, de modo que vige uma liberdade de contratar que guarda correlação com a igualdade entre os partícipes, garantida pelo consenso e pela inexistência de autoridade central. Essa liberdade e igualdade também se prende ao fato de que tais moedas não são emitidas por qualquer nação ou entidade legal, não sofrendo a influência da política econômica de um governo específico, o que aponta na direção de um “ciberliberalismo”.

No que se refere às “criptomoedas”, basta dizer que não representam expressão financeira de uma determinada soberania

10 Mas não são os únicos, pois plataformas novas, para finalidades novas, são inauguradas quase que diariamente desde 2009, com a difusão do algoritmo de Nakamoto.

11 A noção de lastro material remonta ao Acordo de Bretton Woods, realizado entre as maiores economias do mundo, em 1944, para que o dólar se tornasse a moeda oficial de troca do planeta. Naquela época o dólar era atrelado ao ouro, política monetária denominada padrão-ouro ou lastro-ouro, o que significava que cada nota de dólar correspondia a uma quantidade de ouro físico, podendo ser inclusive trocada por pessoas físicas nos bancos. Em 1971 o presidente norte-americano Richard Nixon desatrelou o dólar ao ouro, fazendo com que a moeda tivesse lastro unicamente na credibilidade internacional. Hoje em dia a maioria das moedas, inclusive as digitais, possuem lastro imaterial: a confiança no futuro e no que elas podem comprar. Em 29 de novembro de 2017 um *bitcoin* ultrapassou, pela primeira vez, o valor de dez mil dólares, o que não significa a mesma correlação no futuro.

nacional¹² e que o lastro de uma moeda digital é a sua própria procura e aceitabilidade (possibilidade de troca por mercadorias e serviços)¹³, nunca o fato dela ter sido emitida por uma autoridade monetária ligada a um Estado específico.

A noção de risco, em relação a esse tipo de ativo virtual, é diferente da noção de risco macroeconômico¹⁴. Uma situação de desequilíbrio fiscal, inflação ou desvalorização cambial, por exemplo, pode levar a desdobramentos negativos para moedas nacionais, mas não atingirão uma “criptomoeda”, o que leva à conclusão de que esses ativos possuem maior imunidade a desastres provocados por opções políticas de governo. Os riscos que envolvem negociações em cadeia de blocos são basicamente ligados a aspectos financeiros internacionais, procura e aceitação mundial, além de riscos técnicos e operacionais.

Como já se assistiu no capitalismo pós-revolução científica, a valorização do ativo ocorre pelo constructo imaginário da promessa de retorno¹⁵, ou seja, quanto mais esforços se envidam para sua aquisição, mais valorização ele terá, independentemente do lastro material que, na atualidade, é uma ilusão econômica, uma vez que os bancos normalmente são autorizados pelos governos a emprestar várias vezes o capital real e disponível por eles.

É um raciocínio simplista, portanto, fazer uma associação necessária entre criptomoedas e fraude. Seria o mesmo que acusar de fraudulento o próprio conceito de crédito, motor do desenvolvimento econômico capitalista, pois o mesmo risco de quebra de um banco típico, preso a saques concentrados no tempo, vinculados a eventos abaladores

12 A Constituição do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 21, inciso VII, que emitir moeda é competência administrativa exclusiva da União, e isso se deve ao fato de que moeda é expressão econômica de soberania.

13 Alguns economistas defendem a existência de uma bolha especulativa digital: Gandel, Stephen. Opinião: bolha bitcoin vai estourar sob pressão da oferta. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2017/11/28/bolha-da-bitcoin-vai-estourar-sob-pressao-de-oferta-gadfly.htm>. Acesso em: 1 dez. 2017.

14 Como declarou Benoit Coeure, membro da Comissão Executiva do Banco Central Europeu, as pessoas que investem em moedas digitais estão arriscando seu dinheiro, mas não há riscos macroeconômicos mais amplos, acrescentando que os bancos têm pouca exposição aos bitcoins e que, no passado, eles foram os “vetores para a transmissão de riscos sistêmicos” ao mercado financeiro. A propósito: *Membro do BCE não vê riscos macroeconômicos com bitcoins*. Disponível em: <https://www.terra.com.br/economia/membro-do-bce-nao-ve-riscos-macroeconomicos-com-bitcoins,520a57825aa450363f2cea2525c44d256bavr04z.html>. Acesso em 13/12/2017.

15 HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. L&PM: Porto Alegre, 2017, p. 316-317

da confiança de retorno ou honra dos depósitos feitos, é o que se pode colocar em relação ao mercado virtual de moedas não estatais.

Os riscos da renda variável, ligados à oferta e procura de ações, é também o mesmo que permeia o valor de uma criptomoeda, que será tão mais alto quanto maior for o interesse de mineração e a disponibilidade do ativo que, em regra, é quantitativamente finito (princípio da raridade)¹⁶. Se o movimento de venda da moeda digital for muito grande em pouco tempo o seu valor de mercado cairá.

A diferença é que esse tipo de ativo não possui garantias públicas. Não existe um fundo garantidor do crédito coordenado pelo governo ou por um banco central. A única garantia é a prova de trabalho desde o primeiro negócio efetuado no ciberespaço, o que implica dizer que a capacidade de troca do ativo virtual, por bens e serviços reais, é fator de afastamento do seu caráter meramente especulativo.

Destaque-se que, no início das operações com esses ativos, em 2009 e 2010, pequenos equipamentos, como um computador pessoal, rendiam muita moeda virtual aos mineradores, que venciam muito facilmente a competição matemática de validação dos negócios, mas com o aumento da raridade da moeda a mineração encontra-se restrita a equipamentos grandes e poderosos, que consomem grandes quantidades de energia, distantes da realidade doméstica¹⁷.

Desse modo, a aquisição hoje se dá, principalmente, pela comercialização de moedas virtuais já mineradas, ou seja, já extraídas da cadeia de blocos, o que precipitou o surgimento de corretoras e bolsas, também em meio virtual, para comercialização desses ativos e troca dos mesmos por moedas nacionais.

Disso decorre que as criptomoedas, hoje, continuam imunes a riscos políticos, ou seja, aqueles decorrentes de intervenções governamentais, mas não existe imunidade contra fraudes praticadas por corretoras, bolsas e sítios eletrônicos que façam a ponte entre os ativos existentes no ciberespaço e o mundo real.

16 A projeção inicial do *bitcoin*, fixada na própria cadeia de blocos, é de que a emissão dessa moeda não ultrapasse vinte uma milhões de unidades.

17 Segundo a *Power Compare*, empresa sediada na Nova Zelândia e que se ocupa da análise comparativa entre companhias, projetos específicos e preços, a mineração de *bitcoin* já é responsável por 0,13% do consumo total global de eletricidade. Fonte: Revista Infomoney, disponível em <http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7112594/mineracao-bitcoin-consome-mais-energia-que-159-paises-juntos>. Acesso em: 9 fev. 2018.

Há também riscos estruturais e finalísticos no que diz respeito à cadeia de blocos, relacionados com ataques de *hackers*, defeitos de armazenamento de informação, ilicitudes pelo anonimato propiciado pela rede criptográfica e garantia de manutenção das condições iniciais do sistema, o que aponta na direção da necessidade de regulação para além das normas costumeiras e criptográficas criadas pelas próprias bases técnicas da *blockchain*.

2 A falibilidade do direito estatal em regular aplicações em cadeia de blocos: o exemplo das criptomoedas

A inexistência de garantias, pela inexistência de intermediários públicos nas transações via cadeia de blocos, assim como o isolamento virtual dos negócios, sem que os mesmos se projetem em bens e serviços reais, são fatores que potencializam os riscos ante o caráter cíclico dos aspectos econômicos, com prejuízos que podem se projetar política e socialmente, daí a preocupação cada vez maior dos Estados com a regulação desse tipo de operação informatizada.

As restrições normativas, em nível nacional, dos contratos fechados em aplicativos que usam cadeia de blocos tem sido, contudo, um grande fator de volatilidade econômica. A cada notícia de novos regulamentos, em diferentes países, há uma oscilação negativa dos valores de moedas digitais e uma diminuição de utilização de contratos inteligentes em geral. Ao contrário, quando estabelecimentos e instituições reguladas pelo poder público passam a aceitar e a operar esse tipo de ferramenta, há um incremento valorativo e quantitativo das mesmas.

A colocação de dois eventos em confronto comprova tais fatos: em 10 de dezembro de 2017, quando a Bolsa de Chicago passou a admitir negociações de contratos futuros em *bitcoin* houve um salto valorativo da moeda de 21% em menos de 48 horas. Já as meras especulações de restrições regulatórias pelos governos da Coreia do Sul e da China, em 16 de janeiro de 2018, redundou numa queda diária de mais de 14%, no que se refere ao *bitcoin*.

Apesar disso, as regulações nacionais se espalham em muitos países. Uma das normas mais conhecidas e que produziu mais impacto foi a introduzida pelo Departamento de Serviços Financeiros de Nova York, em 2014, e que criou a necessidade de uma licença pública para intermediar operações com criptomoedas já mineradas (*BitLicense*),

assim consideradas qualquer tipo de unidade que for usada como meio de troca ou forma de valor existente apenas em meio digital¹⁸.

O Estado de Nova Iorque não fez incidir a necessidade de licença a pessoas que mineram moedas virtuais diretamente na *blockchain* e nem interferiu nas transações individuais, entre possuidores, utilizando a rede *peer to peer*, pois isso seria completamente ineficaz.

Contudo, o Estado passou a exigir licença das corretoras e bolsas que intermediam a compra de moedas já mineradas, o que indica que a preocupação da autoridade pública, nesse caso, está voltada para a vigilância sobre a corretagem. Para além disso, criou-se também uma taxa de processamento em prol do Departamento Financeiro do Estado de Nova Iorque, o que demonstra interesse arrecadatório. Essa licença passou a ser exigida, a partir de 2015, por outros Estados norte-americanos, entre os quais Massachusetts e Califórnia.

A iniciativa normativa de Nova Iorque indica que o poder público reconhece que os ativos criptográficos vieram para ficar como novos meios de pagamento, e que a sua tecnologia subjacente de cadeia de blocos é uma força potencialmente transformadora de vários aspectos da sociedade, incluindo políticas públicas e empreendedorismo privado.

Contudo, a regulação de Nova Iorque fechou corretoras e bolsas que não preenchiam os requisitos de funcionamento para obter a *BitLicense* e tem dificultado a implementação e o financiamento de *startups* de criptomoedas ante a burocracia e o alto custo relacionado com a taxação inicial para obtenção da licença e adequação das empresas, o que tem feito com que várias iniciativas, nesse campo, tenham migrado para outros Estados da federação norte-americana ou outros países¹⁹.

No Brasil se encontra em discussão, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2.303, de 2015, que busca implantar controle sobre ativos criptográficos de pagamento (ACP) em geral. Tem havido discussões sobre a taxação das operações com moedas virtuais, mas o texto inicial propõe uma regulação infralegal prudencial pelo Banco Central que tenha o objetivo primordial de impedir lavagem de dinheiro

18 Item “p”, Seção 200.2 Definições, Parte 200 Moedas Virtuais, Capítulo I Regulamentos do Superintendente de Serviços Financeiros, Título 23 Departamento de serviços financeiros – Códigos, regras e regulamentos do Departamento de Serviços Financeiros do Estado de Nova Iorque. Disponível em <http://www.dfs.ny.gov/legal/regulations/adoptions/dfsp200t.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2018.

19 Fonte: <https://www.btcsoul.com/noticias/bitlicense-muito-papel-pouco-sentido/>. Acesso em: 2 fev. 2018.

e outras atividades ilícitas e a proteção do consumidor em face das corretoras, bolsas e *hackers*.

O projeto brasileiro reconhece expressamente competência ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF para fiscalizar e regular esses “arranjos de pagamento”, termo utilizado pelos deputados federais²⁰.

O Japão optou por uma política mais liberal, ao tratar as criptomoedas como dinheiro, aplicando legislações financeiras já existentes sobre transações com *yen* aos ativos virtuais, o que vai na direção de um incentivo público às *fintechs*, que são todas as iniciativas tecnológicas para otimizar o mercado financeiro, sobretudo utilização da cadeia de blocos para agilidade e rapidez nos pagamentos sem descurar da eficiência, custo, segurança e transparência.

Outros países, como Barbados, adotaram regulamentação que permite inclusive o incremento das reservas estratégicas internacionais do país pela aquisição de criptomoedas, como forma de diversificação para pulverização de riscos econômicos sistêmicos²¹. Especula-se, por outro lado, que países fechados, como a Coreia do Norte, estejam financiando seu desenvolvimento armamentista, ao arrepio dos tratados internacionais, por meio do acúmulo de criptomoedas²².

Ponto importante e comum a todos esses países é o que permeia a eficácia dessas regulações nacionais. Normas internas que venham a regular o uso em geral de aplicativos em cadeia de blocos significarão a submissão das operações a uma autoridade nacional de controle, desvirtuando a natureza extraterritorial das operações, com possibilidade de imposição de riscos macroeconômicos aos ativos negociados e diminuição da liberdade e igualdade entre os usuários com base no local da transação.

Esses efeitos indesejados já são sentidos em face de algumas ações estatais restritivas. Em dezembro de 2017 o Banco Central chinês proibiu ofertas iniciais de moedas digitais (ICO – *Initial Coin Offering*).

20 Texto disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1361896.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2018.

21 Fialdini advogados associados. Texto disponível em <https://pagamento.me/as-moedas-virtuais-e-sua-regulamentacao-em-outros-paises-parte-2/>. Acesso em: 2 fev. 2018.

22 UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Coreia do Norte conseguiu mais de US\$ 200 milhões em bitcoin, diz especialista, *Revista Eletrônica Infomoney*. Disponível em <http://www.infomoney.com.br/mercados/bitcoin/noticia/7317718/coreia-norte-conseguiu-mais-200-milhoes-bitcoins-diz-especialista>. Acesso em: 8 mar. 2018.

Essa medida, obviamente, só se estendeu ao território chinês. A eficácia, contudo, só vem ocorrendo no sentido da paralisação das atividades de lançamento de novas moedas ou empreendimentos *blockchain* sediados e registrados na China, mas as ofertas continuaram a ocorrer, patrocinadas por chineses e voltadas para apoiadores/compradores chineses, com a única diferença de que eram registradas e sediadas em outros países. Em muitos casos os empreendedores e compradores não precisaram sequer sair da China para continuar a operar os aplicativos *peer to peer*, e o governo não pôde acusar desrespeito às suas normas restritivas.

A ineficácia das regulações nacionais se prende ao fato muito simples de que na cadeia de blocos não existe uma delimitação físico-geográfica sobre a qual o poder do Estado possa atuar. Há um desvanecimento dos conceitos de espaço e tempo pelo advento dessa nova tecnologia²³.

A *internet* alarga o processo de influência intercomunitário e os próprios Estados, quando pequenos, podem ter suas economias desestabilizadas pela movimentação brusca de grandes somas de capital em tempo exíguo, o que põe em xeque a posição histórica do controle público.

As “nuvens de informação” facilitam a criação de identidade cultural a partir de interesses comuns, desmistificando a dicotomia entre nacional e estrangeiro, com o deslocamento do sentido sistêmico de contrato social para o plano da transnacionalidade.

O ciberliberalismo não se liga ao absentismo estatal e nem acredita na utópica espera da intervenção social, abraçando o exercício da liberdade individual e coletiva de controlar o Estado pelo aumento da transparência financeira e acompanhamento das políticas de governo com base na fiscalização propiciada pela rede mundial de computadores. Basta ver o impacto político cotidiano das informações retiradas dos portais governamentais que publicam os gastos públicos.

O lugar da cadeia de blocos é o ciberespaço, e não existe o conceito clássico de soberania ou poder público nesse ambiente. A cadeia de blocos tem criado seu próprio direito, precisa e pode criar suas próprias instituições jurisdicionais arbitrais, para além da legitimação do estado-nação-territorial, o que significa dizer que só uma regulação

23 VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência aprovada pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 50

global é capaz de preservar a liberdade e a igualdade entre aqueles que decidem utilizar seu hardware para manter em funcionamento uma cadeia computacional de blocos em escala planetária²⁴.

O ciberespaço é constituído pela conjugação de todas as ferramentas utilizáveis na rede mundial de computadores, criando um universo paralelo aos fenômenos físicos em que os usuários podem agir com liberdade e igualdade de condições, posto que as diferenças culturais, legais e de tempo e espaço não prevalecem, como historicamente ocorre no mundo real²⁵.

O espaço virtual não é físico ou geográfico, de modo que ele se assemelha a uma nova fronteira, mas que não pode ser conquistada por uma única nação, pois isto redundaria em alijamento indevido de todas as outras nações. Trata-se do campo do múltiplo, ou campo da transnacionalidade²⁶.

3 A regulação transnacional minimalista da cadeia de blocos a partir da *lex mercatoria* e da *lex cryptography*

Existe o que regular no âmbito dos aplicativos em cadeia de blocos, mas essa regulação é global ou não é viável. Isso é detectável por algumas premissas que cercam o fenômeno.

A primeira delas é a de que, no ciberespaço, os Estados soberanos são apenas mais uma pessoa, ou um nó na cadeia de blocos, de modo que nesse ambiente dificilmente haverá a preservação de condições ou cláusulas exorbitantes em favor do poder público ou possibilidade de uma influência soberana hegemônica como se pode observar nas relações internacionais clássicas, baseada unicamente na força militar ou econômica.

A segunda premissa é a de que, da mesma forma que a cadeia de blocos propicia contratos entre partes privadas, não se enxerga impedimento no sentido de que o poder público se valha da *blockchain*

24 JOHNSON, David R; POST, David. *Law and borders: the rise of law in cyberspace*. Stanford Law Review, v. 48, n.5, 1996, p. 1367-1402.

25 SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, dez. 2017, p. 61 a 78.

26 COEURÉ, Benoît. **The end of easy money**. Davos Bloomberg Panels. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/videos/2018-01-26/davos-panel-the-end-of-easy-money-video>. Acesso em: 29 jan. 2018.

para firmar contratos administrativos ou concretizar políticas públicas quando o ente federado se coloca como partícipe de um negócio em ambiente virtual, um hospedeiro ou validador do protocolo negocial, de modo que o princípio da equipotência libertária se impõe às próprias nações quando se trata de firmar um contrato ou até mesmo um tratado ou convenção internacional por meio da cadeia de blocos.

A terceira premissa é no sentido de que a cadeia de blocos não é um produto, um fornecedor ou uma implementação única, mas um conceito que pode ser criado e administrado por qualquer um, incluindo o próprio Estado. Trata-se de uma ferramenta para implemento e verificação de vontades no ciberespaço, de modo que as aplicações são muitas, da coleta de votos a registro de prontuários médicos, o que pode incluir o registro de licitações, contratos administrativos com empreiteiras e a concessão de benefícios ligados à seguridade social.

Desse modo, a cadeia de blocos tem natureza operacional, de simples meio para a execução da interação entre iguais, não dispensando aspectos normativos internos relacionados com cada área em que a ferramenta for aplicada. As bases do conceito de *blockchain* é que não são passíveis de legislação pelos Estados nacionais.

Nesse particular a normatização eficaz é aquela que for feita em ambiente transnacional com atenção à autorregulação consensual já existente na própria *internet*, pois não existe controle governamental único sobre ações *on line* que independem de localização física de quaisquer das partes contratantes (e muitas vezes uma das partes nem sabe onde fisicamente a outra está).

O cenário regulatório em torno da tecnologia *blockchain* se beneficiaria significativamente de uma convenção internacional que determinasse quais regimes de proteção aos investidores e consumidores são aplicáveis e em que locais vítimas de fraude ou falsas declarações podem iniciar seus processos.

As condições prévias para tal convenção estão indiscutivelmente instaladas. Existe uma convergência significativa entre o que se observa a cada dia nos Estados Unidos da América e os regimes de regulamentação de valores mobiliários da União Europeia. Substancialmente falando, a regulamentação de valores mobiliários em ambos os lados do Atlântico se destina a proteger a boa-fé objetiva.

Apesar desta convergência substancial, ainda existem fricções consideráveis entre estes dois regimes e entre os regimes de valores

mobiliários de outros países, a indicar necessidade de uniformização. Os EUA, por exemplo, tendem a restringir seus esforços normativos aos residentes nos EUA e a empresas dos EUA. Já o esforço de regulação da União Europeia tende a uma amplitude que independe da residência ou da nacionalidade dos negociadores virtuais.

A paisagem internacional atual, no que se refere à regulação das organizações de cadeias de blocos, quando presas a forças hegemônicas, sofrem um duplo risco: primeiro, que os regimes regulatórios sobrepostos exponham excessivamente os desenvolvedores e empreendedores de *startups* à insegurança jurídica territorial (desvio regulamentar); e, segundo, que o conteúdo contraditório dos regimes mine efetivamente a proteção dos investidores e dos consumidores (perplexidade regulatória).

Um outro problema poderia vir a ser o da adesão a essa potencial Convenção Internacional. A solução passaria pelos benefícios da ratificação, que deveriam exceder em muito os benefícios idiossincráticos da não ratificação. De um modo geral, uma convenção deveria ser acompanhada por uma regulamentação proibitiva unilateral, encerrando efetivamente o mercado nacional para os participantes da *blockchain* que não estiverem em conformidade com a norma geral e minimalista transnacional²⁷.

Uma Convenção Internacional para a regulação da cadeia de blocos não poderá olvidar, por outro lado, o fato de que já existe um direito costumeiro a permear as operações que se valem dessa tecnologia, sobretudo aquelas relacionadas com as criptomoedas. Essa lei entre as partes, no ambiente virtual, é reconhecível pelo direito brasileiro ante o que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que reconhece o costume como fonte normativa.

O costume negocial aponta na direção de uma desnecessidade de regulação supranacional exaustiva e no sentido de que, semelhantemente ao que ocorre entre comerciantes situados em nações distintas, quando nenhum deles pode invocar a norma do seu país para solução de conflito específico, assim também deve ser reconhecida a existência de uma *lex mercatória* virtual, que resultará naturalmente em autorregulação entre

27 HACKER, Philipp. THOMALE, Chris. *Crypto-securities regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*. Berlim e Heidelberg, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075820. Acesso em :08 mar. 2018

as partes²⁸. Mas para além da autorregulação há o que ser regulado por meio do direito transnacional, como se passa a expor.

3.1 A ilicitude pelo anonimato

As atividades no ciberespaço que se valem da cadeia de blocos têm o poder de gerar anonimato, ainda que a operação possua rastreabilidade pelo próprio registro aberto que identifica a transação. É o que se verifica com as moedas criptografadas, pois como explica Nakamoto, o sistema é “completely decentralizaed, with no central server or trusted parties, because everything is based on crypto proof instead of trust”²⁹.

Assim, a identificação pessoal do responsável pelo negócio é praticamente impossível, o que gera uma vantagem inicial, relacionada com a preservação do direito fundamental de intimidade e vida privada, mas uma desvantagem no que toca aos fins para os quais a moeda ou o contrato são usados. Esses fins podem ser ilícitos³⁰.

As criptomoedas³¹, por esse anonimato que propiciam, já facilitaram transações na *dark web* relacionadas com compra de drogas, prostituição, financiamento de atividades terroristas e lavagem de dinheiro³².

28 SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n.3, dez. 2017, p. 61 a 78.

29 NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin open source implementation of P2P currency*. P2P Foundation (Feb. 11, 2009). Disponível em <http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source>. Acesso em: 5 dez. 2017.

30 FILIPPI, Primavera de. The interplay between decentralization and privacy: the case of blockchain technologies. *Journal of Peer Production*, Issue 7: Alternative Internets. Posted on 17 oct 2016. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2852689. Acesso em: 5 dez. 2017.

31 O sítio eletrônico chamado *silkroad*, ou “caminho da seda”, que propunha transações anônimas na *dark web*, redundou em acusações formais contra os seus fundadores, entre os quais Ross Ulbricht, que trabalhava sob o codinome “*Dread Pirate Roberts*”. Ele foi preso em 2015 e condenado à prisão perpétua, sem possibilidade de obter liberdade condicional, sob acusações de lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e invasão a computadores — facilitando também o trabalho de grandes cartéis de drogas. Junto com ele foram apreendidos cerca de 3,6 milhões de dólares em *bitcoins*. A propósito: *Criador do site Silk Road é condenado à prisão perpétua*. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/05/criador-do-site-silk-road-e-condenado-prisao-perpetua.html>. Acesso em: 5 dez. 2017.

32 NICA, Octavian; PIOTROWSKA, Karolina; SCHENK-HOPPÉ, Klaus Reiner. *Cryptocurrencies: Economic Benefits and Risks*. Universidade de Manchester, FinTech working paper n° 2. Outubro de 2017. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059856. Acesso em 05 dez 2017.

Como já exposto, a mineração e a transferência *peer to peer* estão imunes a exigências de cadastro e identificação, bastando que sejam feitas em código aberto ratificado pelos mineradores, ou seja, não existe imunidade quanto ao uso da tecnologia de cadeia de blocos para transferências de valores com fins vedados pelo próprio direito internacional. Os mercados virtuais sozinhos não impedem a ilicitude dos fins, o que afeta a confiança do sistema, ainda que já existam tecnologias em desenvolvimento para amenização do problema.

A *startup civic33*, por exemplo, possibilita a identificação segura em diversos ambientes, impedindo fraudes. O sistema permite o uso de *QR code* para validar cada operação. Assim, o usuário se autentica em um dispositivo móvel (um celular por exemplo), usando sua digital ou face. A cada operação gera-se um código de validação, ou seja, confirma-se com a digital e o código gerado, como já fazem alguns bancos, a exemplo do Banco do Brasil.

Note-se que neste caso o Estado participa com o primeiro processo de identificação. A partir daí a empresa privada, usando a tecnologia *blockchain*, permite que o mesmo cidadão se identifique de forma simples e segura em qualquer lugar do mundo. Essa mesma tecnologia também permite o fluxo das informações pessoais a cada operação, simplificando cadastros. Por consequência, pode permitir a assinatura de contratos e a realização de pagamentos sem a necessidade de autenticação de firma ou acesso direto a conta bancária. Tudo pode se tornar automático e seguro.

Procura-se construir, no Brasil, um sistema de autenticação público, a partir da plataforma do cidadão, utilizando-se, entre outros, a base de dados de identificação de digitais do Tribunal Superior Eleitoral.

Essa mesma identificação poderia se proliferar com o uso da tecnologia de cadeia de blocos, seja diretamente, seja por meio de *startups*, para eventuais interessados, como já exposto acima. Essa possibilidade de identificação e rastreabilidade pode ser objeto de regulação em algumas situações.

Mas ainda que possam ser criados sistemas mais seguros de validação da identidade, por meio de criptografia, esse ponto, que se refere à prevenção do uso de moedas digitais para operacionalização do comércio de produtos ilícitos e lavagem de dinheiro, com possibilidade

de persecução penal para punição dos autores dessas condutas, é um primeiro ponto que desafia regulação transnacional³³.

3.2 *Pacta sunt servanda* no ciberespaço

Um segundo tópico de regulação geral, que se pode salientar, diz respeito à manutenção das condições iniciais da cadeia de blocos, ou seja, a preservação de direitos contra mudanças supervenientes das bases de lançamento da aplicação que se vale da *blockchain*.

Exemplificativamente, as plataformas normalmente limitam, de forma antecipada, a quantidade de moedas virtuais a serem emitidas em determinada rede. No caso do *bitcoin*, por exemplo, há uma limitação algorítmica ligada a vinte e um milhões de unidades de valor, o que significa garantia ao usuário contra fluxo emissor inflacionário que desvalorize o investimento. Após atingida a mineração total dessa quantia, não haveria mais mineração, mas apenas troca entre possuidores, a guindar para cima o valor das transações.

Mas como não há notícia de que alguma moeda digital tenha chegado a seu limite numérico, é impossível antecipar a maneira pela qual se poderá fazer uma expansão quantitativa daquele mercado sem violação de certas garantias fundamentais dos primeiros adquirentes.

A regulação de qualquer oferta adicional de moeda, após a proximidade do termo quantitativo final, é um ponto de regulação transnacional, sobretudo quando se vislumbra uma moeda digital como ativo global, ou seja, que permita transações entre as próprias nações sem que se faça uso de quaisquer das moedas dos países contratantes.

3.3 A responsabilização das corretoras e dos *hackers*

Quando as moedas criptográficas foram criadas a principal forma de aquisição se dava por meio da “simbiose de mineração”, em que o principal objetivo era manter o funcionamento da estrutura descentralizada da moeda, ou seja, a *blockchain*. Cada “minerador” conservava seus ganhos no disco rígido do seu computador, o que significava um risco, uma vez que esses dispositivos de armazenamento não são infensos a falhas eletrônicas ou a invasões de *hackers*.

33 LEE, Emily. *Financial inclusion: a challenge to the new paradigm of financial technology, regulatory technology and Anti-money laundering law*. Universidade de Hong Kong. *Journal of business law*, volume 6, p. 473-498, Hong Kong, 2017.

As corretoras de criptomoedas têm adquirido protagonismo no mercado por dois fatos: a) é preciso projetar o valor das criptomoedas no mundo físico, ou seja, fomentar e facilitar a sua troca por moedas nacionais, mercadorias e serviços; b) manter o registro contábil de uma operação com moedas digitais em ambiente de *hardware* doméstico implica assunção do risco inerente ao equipamento.

Verifique-se que as corretoras não são essenciais para a negociação de criptomoedas, assemelhando-se mais a uma casa de câmbio. As moedas podem ser transferidas de uma pessoa a outra anonimamente, o que ocorre por meio de endereços criados e criptografados na cadeia de blocos para transações individuais.

O que as corretoras fazem é, primeiro, transformar as criptomoedas em valores equivalentes em moeda nacional, e em segundo simplificar o processo, por meio de programas mais operacionais, com registro da operação em suas máquinas, assumindo o risco de defeito no equipamento. Esses dois processos são realizados em troca de uma taxa de custódia e de comissões que, em regra, superam em muito as cobradas na intermediação bancária de outros ativos financeiros³⁴.

Ocorre que a intermediação de moedas já colocadas no mercado pela cadeia de blocos traz para os clientes dessas empresas os riscos próprios da delegação de operação, sobretudo o furto do registro contábil armazenado na *blockchain* que, em última análise, é a única garantia de quem investiu³⁵.

Corretoras e bolsas de criptomoedas normalmente só aparecem como um sítio eletrônico financeiro, o que dificulta o processo judicial de responsabilização cível dessas pessoas jurídicas no caso de negligência, imperícia ou mesmo dolo no trato dos ativos virtuais de terceiros. Nada impede, por exemplo, que haja a encenação de um ataque de *hackers* e a utilização desse falso ataque como justificativa para fuga de responsabilidade.

34 A corretora “mercado bitcoin”, segunda maior do Brasil em 13/12/2017, cobra atualmente 1,99% de todos os depósitos feitos em real, na sua plataforma, para troca por *bitcoins*. A propósito: <https://www.mercadobitcoin.com.br/comissoes-prazos-limites/>. Acesso em: 13 dez. 2017.

35 No início de 2014 a maior corretora de *bitcoins* do mundo, a japonesa Mt.Gox, simplesmente saiu do ar levando consigo todos os *bitcoins* dos usuários. As autoridades financeiras do Japão se limitaram educadamente a dizer que não podiam fazer nada, recusando-se a intervir ou ajudar. A propósito: VENTURA, Felipe. *Mt. Gox, maior casa de câmbio para bitcoins, desaparece com dinheiro dos usuários*. Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/mt-gox-bitcoin/>. Acesso em: 13 dez. 2017.

É extremamente difícil aferir a verdade no campo da simulação virtual, sobretudo quando as operações de conversão de ativos entre o ciberespaço e o mundo real das moedas nacionais é feito de maneira tecnicamente monopolizada, por um único *insider*.

Por outro lado, a responsabilização dos atores de um *hack* real é igualmente difícil, pois como não existe autoridade de controle e o anonimato é a regra entre os usuários, não há como se valer dos mecanismos estatais típicos de punição dos ilícitos praticados por um invasor virtual, salvo por analogia, o que nem todo país permite, em face do princípio da legalidade estrita do direito penal.

3.4 Prevenção de monopólios e gestão de custos ambientais

Houve um tempo, há cerca de apenas seis a oito anos, em que a mineração de moedas virtuais era um passatempo doméstico que rendia algo, mas não muito. Atualmente a mineração de moedas digitais, no ambiente da cadeia de blocos, é uma atividade que ocasiona um imenso gasto de energia elétrica, *commodity* do mundo real produzida tanto pelo poder público como por pessoas privadas³⁶.

Uma pergunta que tem surgido, no campo das criptomoedas, é se atualmente vale a pena, sob ótica econômica, minerar esses ativos. Essa indagação deriva do fato de que a cada dia é necessário mais recursos: maior poder de processamento, melhor equipamento envolvido e maior gasto energético para a extração de criptomoedas.

A falta de uma resposta precisa para essa pergunta desencoraja muitos investidores, mas auxilia outros a aumentarem a sua fatia percentual de mineração e, conseqüentemente, de influência sobre a criptomoeda e a cadeia de blocos que a envolve.

Segundo vários sítios eletrônicos especializados, a China aposta que ainda vale a pena, e isso tem gerado uma concentração da atividade de mineração de criptomoedas cada vez maior na iniciativa privada daquele país. As empresas chinesas têm formado *pools* de mineração, ou seja, grupos privados de mineração cooperativos entre si, em vários pontos do mundo.

36 São raros os ordenamentos que fixam um monopólio de produção energética absoluto. No Brasil a iniciativa privada já é responsável por mais de 60% da capacidade de geração de energia instalada. A maior geradora de energia privada do Brasil é a empresa chinesa CTG – China Three Gorges, após a aquisição dos ativos da Duke Energy. Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/09/1923143-empresas-privadas-ja-detem-60-da-geracao-de-energia-do-brasil.shtml>. Acesso em: 22 fev. 2018.

Em março de 2017 quatro grupos cooperativos de mineração chineses – F2pool, Antpool, BTCC e BWpool - eram responsáveis pela mineração de cerca de 57,5% de toda a moeda bitcoin do planeta³⁷. Durante o ano de 2017 e 2018 a empresa líder do Antpool, chamada Bitmain, conseguiu desenvolver o primeiro chip de computador moldado para a mineração em cadeia de blocos (chip ASIC), o que fez com que a empresa, sozinha, passasse a validar cerca de 30% de todas as transações no ecossistema virtual bitcoin³⁸.

A Bitmain restringe o acesso de terceiros à tecnologia de processamento ASIC e tem desenvolvido fazendas de mineração fora da China, como na Suíça, em que uma jurisdição mais “amigável” e um ambiente regulatório favorável estão fazendo com que um número cada vez maior de *startups* e empresas usuárias de *blockchain* e criptomoedas se estabeleçam na região.

A cidade de Zug permite o pagamento de impostos e serviços com moedas virtuais³⁹. Semelhantemente ao que ocorreu na Califórnia na década de 70 e 80, quando uma parcela do seu território passou a ser conhecida como o “Vale do Silício”, o Cantão de Zug tem sido chamado de “Vale das Criptomoedas”⁴⁰.

Essa realidade aponta para duas possibilidades: a) em um determinado momento, no futuro, quem detiver maior capacidade energética, maior poder de processamento ou melhor equipamento pode se transformar em um ator majoritário da mineração de ativos virtuais, seja uma empresa ou um país; e b) a mineração de moedas virtuais revela um risco crescente de custo ambiental.

37 Conforme Revista eletrônica Guia do bitcoin, edição de 9 de março de 2017. Disponível em: <https://guiadobitcoin.com.br/entenda-o-que-sao-pools-de-mineracao-e-quais-sao-as-melhores/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

38 POLLOCK, Darryn. *Monopólio de mineração da Bitmain compromete a natureza descentralizada do Bitcoin*. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/news/bitmain-mining-monopoly-compromises-bitcoins-decentralized-nature>. Acesso em: 22 fev. 2018.

39 Crypto Valley is an ecosystem centered in and around the Swiss canton of Zug with active connections to international centers of blockchain innovation in London, Singapore, Silicon Valley and New York. A propósito, vide: <https://cryptovalley.swiss/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

40 Facilidade de licença de atuação, redução de impostos sobre ganhos de capital e aumento de disponibilidade de crédito são os fatores que favoreceram o surgimento do Vale do Silício e são os mesmos que favorecem a criação de um “criptocurrencies valley” no centro da Suíça. A propósito, vide: NOVAES, Rafael. *Conheça a história do Vale do Silício e suas primeiras empresas*. Disponível em <http://www.psafec.com/blog/conheca-vale-silicio/>. Acesso em: 22 fev. 2018

Custos ambientais compreendem os gastos relacionados direta ou indiretamente com a proteção do meio ambiente tendo em vista a necessidade de extração e produção de bens econômicos⁴¹.

Uma vez que as moedas digitais se projetem como um ativo global de negociação, é possível que países ou empresas detentoras de maior tecnologia de produção energética ou com muito poder de processamento de dados passem à condição de monopolizadores da atividade de validação de transações na *blockchain*, com o objetivo de concentrar a titularidade de criptomoedas como bens estratégicos em termos de relações comerciais e internacionais.

Assim, a positivação internacional de mecanismos de prevenção dessas práticas monopolistas merece atenção no diploma que vier a estabelecer uma regulação mundial das aplicações em cadeia de blocos, sobretudo no que se refere à sua aplicação para lançamento e manutenção de moedas virtuais.

Por outro lado, os impactos ambientais motivados pelo aumento de demanda energética para mineração de criptomoedas precisa ser mensurado e precisam ser estabelecidas fórmulas de compensação de custos entre países como forma de equilibrar a disputa pela validação das transações. Esse é outro ponto de regulação transnacional.

Considerações finais

O ciberespaço, enquanto local desmaterializado que deriva do surgimento da rede mundial de computadores, caracteriza-se como um espaço de comunicação equipotente entre seus usuários, onde as pessoas estão protegidas da subordinação política e podem dar vazão à sua liberdade de contratar e negociar sem imposições estatais, mas desde que haja uma proteção mínima calcada na mundialização do direito, pois onde há risco deve existir regulação.

A ferramenta descentralizada da cadeia de blocos integra um conjunto de fenômenos recentes, que vão da globalização ao surgimento da *internet*, da heterodoxia das Constituições à influência mundial de grupos privados, e todos esses fenômenos atentam contra a visão de soberania absoluta das nações, a atestar a redução do poder estatal no seu papel de produtor do direito.

41 CALLADO, A. L. C. *A importância da gestão dos custos ambientais*. Disponível em <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 21 fev. 2018.

O controle desses fatos disruptivos unicamente pelo direito transnacional é marca da interdependência que se desenvolve no seio de uma economia globalizada. Os governos sofrem uma erosão em sua autoridade política em face da porosidade das fronteiras, da dificuldade de controle de fluxos monetários, de mercadorias e informação. Trata-se de um caminho sem volta.

A *blockchain* nunca poderá, conceitualmente, ser uma instituição estatal, pois mesmo que o Estado seja seu criador a adesão não impositiva à mesma é que marcará o seu funcionamento, e essa relação entre usuários sempre partirá de uma horizontalidade coordenada, nunca de uma verticalidade subordinante.

As tentativas de regulação nacional das aplicações em cadeia de blocos esbarram, portanto, na falta de eficácia pela imaterialidade do local de aplicação, que é o ciberespaço, onde já existe uma densidade normativa multicultural, aberta, múltipla e relacional⁴²: a autorregulação costumeira dos usuários e as próprias condições iniciais para desenvolvimento criptográfico da *blockchain*.

Contudo, o anonimato garantido aos que transacionam nesse ambiente pode ser o motor de práticas ilícitas, sobretudo no campo financeiro. A manutenção das condições iniciais garantidas aos usuários que decidiram aderir à rede deve ser garantida. A fixação de proteção contra corretoras e *hackers*, com possibilidade de punição da má-fé, é necessária. Os riscos estruturais de monopólio e custos ambientais precisam ser gerenciados.

A enumeração de temas relacionados com cadeia de blocos que merecem regulação transnacional não é exaustiva e serve tão-somente para ratificar as opiniões no sentido de que a fonte normativa não deve estar exclusivamente em um Estado-nação⁴³.

Esses pontos pedem regulação transnacional, assim entendida a norma que seja feita a partir da contribuição igualitária de todos os envolvidos e interessados, ainda que não se dispense a anuência dos Estados e sua força cogente de execução. Em outros termos, a norma

42 MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Tradução de Hilda Pareto Maciel e Rogério Haesbaert. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008, p. 95.

43 COEURÉ, Benoît. *The end of easy money*. In: Davos Bloomberg Panels. Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/videos/2018-01-26/davos-panel-the-end-of-easy-money-video>. Acesso em: 29 jan. 2018.

reguladora da cadeia de blocos deve ser produzida no meio privado, mas implementada pelo Direito estatal.

Referências

CALLADO, A. L. C. *A importância da gestão dos custos ambientais*. Disponível em: <http://www.biblioteca.sebrae.com.br>. Acesso em: 21 fev. 2018.

COEURÉ, Benoît. *The end of easy money*. In: Davos Bloomberg Panels. Disponível em <https://www.bloomberg.com/news/videos/2018-01-26/davos-panel-the-end-of-easy-money-video>. Acesso em: 29 jan. 2018.

FILIPPI, Primavera de. The interplay between decentralization and privacy: the case of blockchain technologies. *Journal of Peer Production*, Issue 7: Alternative Internets. Posted on 17 oct 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2852689. Acesso em: 5 dez. 2017.

GANDEL, Stephen. *Opinião: bolha bitcoin vai estourar sob pressão da oferta*. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/noticias/bloomberg/2017/11/28/bolha-da-bitcoin-vai-estourar-sob-pressao-de-oferta-gadfly.htm>. Acesso em: 1 dez. 2017.

HACKER, Philipp. THOMALE, Chris. *Crypto-securities regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law*. Berlim e Heidelberg, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3075820. Acesso em: 8 mar. 2018.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. L&PM: Porto Alegre, 2017.

JOHNSON, David R; POST, David. Law and borders: the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, 1996.

LEE, Emily. Financial inclusion: a challenge to the new paradigm of financial technology, regulatory technology and Anti-money laundering law. *Journal of Business Law*, v. 6, p. 473-498, 2017.

MASSEY, Doreen. *Pelo espaço: uma nova política da espacialidade*. Tradução de Hilda Pareto Maciel e Rogério Haesbaert. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MUSE, Alexander. *How the NSA identified Satoshi Nakamoto*. Ago. 2010. Disponível em: <https://medium.com/cryptomuse/how-the-nsa-caught-satoshi-nakamoto-868affcef595>. Acesso em: 8 nov. 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Eletronic Cash System*. Mai. 2008. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em: 7 nov. 2017.

NAKAMOTO, Satoshi. Bitcoin open source implementation of P2P currency. P2P Foundation (Feb. 11, 2009). Disponível em <http://p2pfoundation.ning.com/forum/topics/bitcoin-open-source>. Acesso em: 5 dez. 2017.

NOVAES, Rafael. *Conheça a história do Vale do Silício e suas primeiras empresas*. Disponível em: <http://www.psafe.com/blog/conheca-vale-silicio/>. Acesso em: 22 fev. 2018.

NICA, Octavian; PIOTROWSKA, Karolina; SCHENK-HOPPÉ, Klaus Reiner. Criptocurrencies: Economic Benefits and Risks. Universidade de Manchester, *Fintech Working Paper*, n. 2, out. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3059856. Acesso em: 5 dez. 2017.

POLLOCK, Darryn. *Monopólio de mineração da Bitmain compromete a natureza descentralizada do Bitcoin*. Disponível em: <https://br.cointelegraph.com/news/bitmains-mining-monopoly-compromises-bitcoins-decentralized-nature>. Acesso em 22 fev. 2018.

SOUZA, Ranidson Gleyck Amâncio. Território das criptomoedas: limites à regulação estatal quanto à circulação de moedas no ciberespaço e possíveis alternativas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, n. 3, dez. 2017.

TAKAR, Téó. Empresas que começaram “no fundo do quintal” dominam mercado de bitcoins no Brasil. Disponível em: <https://www.uol/economia/especiais/corretoras-de-bitcoins.htm#faturando-alto-com-bitcoins>. Acesso em: 13 dez. 2017.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A democracia na América*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Coreia do Norte conseguiu mais de US\$ 200 milhões em bitcoin, diz especialista. *Revista Eletrônica Infomoney*. Disponível em: <http://www.infomoney.com.br/mercados/>

[bitcoin/noticia/7317718/coreia-norte-conseguiu-mais-200-milhoes-bitcoins-diz-especialista](#). Acesso em: 08 mar. 2018.

VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: Direito Internacional, globalização e complexidade*. Tese de Livre-Docência aprovada pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

VENTURA, Felipe. Mt. Gox, maior casa de câmbio para bitcoins, desaparece com dinheiro dos usuários. Disponível em: <http://gizmodo.uol.com.br/mt-gox-bitcoin/>. Acesso em: 13 dez. 2017.

WRIGHT, Aaron; FILIPPI, Primavera de. *Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographia*. Mimeo. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664. Acesso em: 1 dez. 2017.

Recebido em: 18 de julho de 2018.

Aceito em: 06 de dezembro de 2018.

CIDADANIA DIGITAL E SOLUÇÃO DE CONFLITOS DIGITAIS

DIGITAL CITIZENSHIP AND SOLUTION OF DIGITAL CONFLICTS

Danilo Henrique Nunes^I 

Juvêncio Borges Silva^{II} 

Fernanda Morato Silva^{III} 

^I Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestre em Direito. E-mail: dhnunes@hotmail.com

^{II} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Programa de Pós-Graduação em Direitos Coletivos e Cidadania, Ribeirão Preto, SP, Brasil. Doutor em Sociologia. E-mail: jsilva@unaerp.br

^{III} Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), Ribeirão Preto, SP, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: fernandamorato@live.com

Resumo: A Internet é hoje a mais poderosa ferramenta de comunicação, pesquisa e entretenimento utilizada pela humanidade em uma escala global. Entretanto, o comportamento individual e coletivo das pessoas na internet em muito se diferencia da conduta social comum de tais pessoas, o que não significa necessariamente que a internet é tida como “terra de ninguém”, isentando as pessoas de uma conduta adequada nos espaços digitais. Dentro desse contexto emerge o conceito da Cidadania Digital, correspondente ao uso das inovações tecnológicas de modo adequado, estabelecendo uma série de quesitos condizentes com o comportamento dos usuários e o uso em caráter geral da internet e de outras plataformas digitais. O presente artigo científico aprofunda, a partir do método hipotético-dedutivo, conhecimentos acerca da Cidadania Digital, passando por questões jurídicas como os Direitos e Deveres, as lides decorrentes da via digital e as questões envolvendo a responsabilidade civil dos usuários, correlacionando o ordenamento jurídico pátrio e o conceito da cidadania digital.

Abstract: The Internet is today the most powerful communication, research and entertainment tool used by mankind on a global scale. However, the individual and collective behavior of people on the Internet is very different from the common social conduct of such people, which does not necessarily mean that the internet is considered as “no man’s land”, exempting people from proper conduct in digital spaces. Within this context, the concept of Digital Citizenship emerges, corresponding to the use of technological innovations in an appropriate way, establishing a series of requirements that are consistent with the behavior of users and the general use of the Internet and other digital platforms. This article explores, from the hypothetical-deductive method, knowledge about Digital Citizenship, passing through legal issues such as Rights and Duties, disputes arising from the digital route and issues involving civil liability of users, correlating legal order and the concept of digital citizenship.

Palavras-chave: Cidadania Digital. | **Keywords:** Digital Citizenship. Rights and Duties. Conflicts Digitais. | and duties. Digital conflicts.

Sumário: Introdução. 1 Cidadania digital e o cidadão digital: caracterização.

1.1 Os nove elementos da cidadania digital. 2 Cidadania digital: direitos e deveres. 3 As lides cibernéticas e a cidadania digital: uma análise com ênfase nos crimes cibernéticos e exemplos práticos. A responsabilidade civil e a cidadania digital. Considerações finais. Referências.

Introdução

Inegavelmente, a tecnologia transformou de maneira significativa a percepção humana acerca das principais áreas de conhecimento da humanidade na atualidade. Alteraram-se preceitos fundamentais da economia, da política, da educação e até mesmo o modo como as pessoas se comunicam e obtém e disseminam informações. Com o desenvolvimento tecnológico acelerado, a tecnologia passou a integrar no cotidiano humano de forma ímpar e notável, norteando inclusive os processos de compra e venda na contemporaneidade.

Essa integração tecnológica se tornou emblemática através da popularização dos smartphones, do advento das redes sociais e do uso das mais variadas tecnologias no âmbito cotidiano da pessoa. A internet transformou-se em um mundo digital, que conta com um imenso fluxo de pessoas e informações. A possibilidade de anonimato decorrente do direito à privacidade e à liberdade e outros aspectos correlatos, entretanto, trazem à tona uma série de desafios.

A concepção de que a internet é uma “terra-de-ninguém”, onde não precisam ser respeitadas as leis, direitos e deveres que permeiam o dito “mundo real” vem sendo aos poucos derrubadas. Mesmo com o anonimato, há diversas formas de identificar as pessoas e obriga-las a reparar um determinado dano que fora inferido no meio digital. Os comportamentos inadequados, assim, vêm sendo coibidos na internet, a exemplo do que acontece na vida que ocorre fora dela.

Logo, estes são problemas que precisam ser enfrentados e que justificam a análise que será realizada no decorrer deste artigo científico.

Dentro desse contexto, surge o instituto da cidadania digital, que visa a concretização e o exercício da cidadania nas sociedades digitais, contemplando uma série de normas que norteiam a conduta e o comportamento adequados para os utilizadores dos meios digitais, sobretudo da internet. Essa cidadania digital é um conceito

relativamente recente e é abordada seguindo uma série de elementos que a caracterizam como um todo.

O presente artigo científico busca a realização de uma análise acerca da cidadania digital como um todo sob as perspectivas e óticas jurídicas. Para tanto, o artigo em questão será desenvolvido em cinco tópicos distintos, que contribuem para a produção de resultados e conclusões correlacionados a tal fenômeno. A introdução, na qual a temática é contextualizada e as primeiras ideias sobre o tema abordado são apresentadas; no segundo tópico busca-se a realização de uma apresentação conceitual acerca da cidadania e do cidadão digital, identificando e analisando os nove elementos norteadores idealizados por Mike Ribble. O tópico três abrange a cidadania digital sob a perspectiva dos direitos e deveres, contemplando que inevitavelmente, um indivíduo que contrai direitos, irá contrair responsabilidades e deveres, sobretudo no mundo digital. O quarto tópico parte de questões envolvendo os crimes cibernéticos para aprofundar as lides cibernéticas sob a ótica da cidadania digital. Por fim, O quinto tópico abrange a responsabilidade civil (ou seja, a obrigação de reparar dano causado a outrem) como um método de assegurar que a cidadania digital e a cidadania como um todo sejam exercidas de maneira plena.

Para não se ater tão somente a aspectos teóricos, são elaborados ao longo do presente estudo exemplos práticos fictícios que contemplam um melhor entendimento das questões aqui expostas. Esses exemplos são fundamentos a partir da interpretação e da compreensão dos conhecimentos aqui exibidos.

1 Cidadania digital e o cidadão digital: caracterização

Uma vez que há um crescimento em ritmo estrondoso acerca do uso da Internet e de outras tecnologias como os smartphones e tablets, surgiram uma série de novos conceitos: o marketing digital, o ciberespaço, os crimes virtuais, dentre outros. Um tema que vem ganhando grande destaque na atualidade, entretanto, é o conceito de cidadania digital, o qual será aprofundado no presente capítulo.

Neves aponta que devido à globalização da internet e das tecnologias, uma das tendências sociais da sociedade contemporânea se encontra no individualismo em rede (comunidades dispersas na via digital que ligam os indivíduos, sem atender às limitações físicas do espaço), estabelecendo um novo sistema de relações sociais cujo centro

é o indivíduo, que escolhe as redes das quais almeja participar o que pretende com essa escolha. Cidadão digital é um conceito atrelado ao individualismo, segundo a autora, e corresponde vulgarmente a qualquer pessoa que utilize a internet, entretanto, há uma série de outras nuances a serem aprofundadas quando tratamos do cidadão digital.¹

Nos estudos de Tomás Patrocínio, o cidadão digital é trabalhado como não tão somente um indivíduo que detém acesso à internet, mas sim como um ser que participa ativamente, agindo como um sujeito político dentro do ciberespaço. Isso implica que o ‘*netcidadão*’ é uma figura que forma um novo tipo de relação política, buscando soluções construtivas para os problemas e desafios que emergem e fazendo uso da internet para figurar como um indivíduo que atua em prol de questões importantes.²

De acordo com essas concepções, o cidadão digital seria aquele que ‘produz’. Um exemplo claro de cidadão digital é o criador de conteúdo da *Wikipedia*: o mesmo se torna um colaborador diante da comunidade digital, concedendo informações precisas e conhecimentos necessários para outros indivíduos. Em contrapartida, há uma série de informações falsas e imprecisas na mesma *Wikipedia*, inseridas nesse portal com o intuito de promover a desinformação, o que não é feito por um cidadão digital.

Sonia Sebastião, André Pacheco e Mariana Santos também conceituam a cidadania digital a partir da utilização de ferramentas digitais enquanto que potencializam a participação política na medida de sua valorização por parte dos cidadãos digitais. O exemplo trabalhado pelos autores questiona se, de fato, as ferramentas digitais podem ser dotadas de caráter político: trata-se da petição digital, que busca a assinatura digital dos cidadãos em prol de uma determinada causa ou evento. Para os autores, é indispensável considerar que a petição em caráter geral possui um caráter meramente simbólico, mas que a petição digital assume o mesmo caráter das petições tradicionais fazendo uso tão somente do acesso à internet. Com a atuação política dos usuários,

-
- 1 NEVES, Bárbara Barbosa. Cidadania Digital? Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica. *Revista Cidadania Digital*, 143-188, jun. 2010.
 - 2 PATROCINIO, Tomás. Educação e Cidadania global. In: GOUVEIA, Luís Borges. *Cidades e Regiões Digitais: Impacte nas cidades e nas pessoas* (pp. 15- 40). Porto: Fundação Fernando Pessoa, 2003.

os mesmos se tornam cidadãos digitais no sentido amplo do termo e contribuem para a produção da cidadania digital.³

Assim, os usuários da internet e de outras tecnologias podem fazer o uso adequado ou inadequado desta. O conceito de cidadania digital está relacionado justamente ao modo de uso da internet e de ferramentas digitais por parte dos seus usuários, de modo que o conceito diz respeito justamente às normas de comportamento adequado e responsável em face do uso de tecnologias.

1.1 Os nove elementos da cidadania digital

Para melhor compreensão acerca do conceito de cidadania digital e no que a existência dela implica, se faz de fundamental importância conhecer os ditos nove elementos da mesma. Esses nove elementos foram extraídos a partir do documento elaborado por Mike Ribble⁴ e são a base fundamental para a devida compreensão acerca da cidadania digital em sentido estrito. Aprofundando o documento elaborado pelo autor, os nove elementos da cidadania digital serão aprofundados de modo sintetizado no presente subcapítulo, sendo assim entendido: Etiqueta Digital, que é o primeiro elemento está relacionado aos padrões (ou procedimentos) de conduta na via eletrônica e é, de acordo com o autor, um dos problemas mais evidentes da Cidadania Digital. Os comportamentos inadequados em tal meio são percebidos quando observados, mas as pessoas ao entrarem no mundo digital não sabem no que consiste a etiqueta digital, que nada mais é do que o conjunto de normas e procedimentos de condutas adequados a tal meio. Trata-se de uma concepção que envolve o uso adequado e responsável dos usuários digitais e do ato de ensinar todos os que estão em tal meio em tornarem-se cidadãos digitais responsáveis na sociedade digital.

Já o segundo é a Comunicação Digital que nos informa que a revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas, o que não ocorria em épocas anteriores, com a comunicação por cartas ou mesmo com a comunicação pelos telefones fixos, por exemplo.

3 SEBASTIÃO, Sonia; PACHECO, André; SANTOS, Mariana. Cidadania digital e participação política: o caso das petições online e do orçamento participativo. *Estudos em Comunicação*, n. 11, 31-5, maio 2012.

4 RIBBLE, Mike. *Digital Citizenship in Schools*. 2010. Disponível em: <<https://www.iste.org/docs/excerpts/DIGC12-excerpt.pdf>>. Acesso: fev/2018.

As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. Uma vez que todos contemplam oportunidades de se comunicar e colaborar com qualquer pessoa, em qualquer momento e em qualquer lugar, é necessário versar sobre as decisões apropriadas para cada momento e opção advinda da comunicação digital.

A *Literacia* digital basicamente consiste no processo de ensinar e aprender sobre a tecnologia e sobre seu uso. As novas tecnologias, segundo o autor do documento não vem sendo ensinadas de modo adequado na escola (como vídeo conferências ou comunidades digitais como as *wikis*), mas passam a ocupar um lugar importante no mundo do trabalho. A necessidade de obtenção de informação *just-in-time* (informação imediata) requer capacidades sofisticadas de pesquisa e do modo de processar a informação (*literacia*). Assim, os alunos devem ser ensinados a aprender dentro da sociedade digital. Sempre que surge uma nova tecnologia é necessário pensar sobre ela e sobre seu uso e a cidadania digital envolve ensinar as pessoas de uma nova maneira, dominando a *literacia* da informação.

Noutro sentido, o Acesso Digital é relacionado à participação eletrônica plena em nossa sociedade. Quem faz uso da tecnologia deve estar consciente e apoiar o acesso eletrônico para todos promovendo a amplitude da Cidadania Digital, isto pelo motivo de que a exclusão digital é um conceito não abarcado pela Cidadania Digital dentro da sociedade eletrônica. Todos os indivíduos devem ter o acesso pleno e equitativo à tecnologia, de modo que os locais que contam com conectividade limitada também precisam ser contemplados por esse elemento, visando igualar as oportunidades de acesso digital em um novo patamar.

O Comércio Digital, na atualidade, representa dizer que uma parcela significativa da economia de mercado se concretiza de modo eletrônico, de modo que é indispensável abordar a compra e troca eletrônica de bens na via digital. Deve-se aceitar que compras e trocas legítimas e legais estão ocorrendo na internet, mas tanto o vendedor quanto o consumidor devem ter ciência acerca dos problemas associados às transações. No mesmo sentido há uma série de serviços e bens ilegais ou imorais presentes na internet, como a pornografia e os jogos de azar. Esse elemento diz respeito à utilização adequada do comércio digital dentro da economia digital.

A Lei Digital trata da ética da tecnologia na sociedade, ou seja, da responsabilidade eletrônica sobre as obras e ações por parte do usuário. O uso não-ético das tecnologias se manifesta sob formas de roubo ou do cometimento de crimes, enquanto o uso ético se manifesta respeitando as leis da sociedade. Os usuários das tecnologias devem compreender que roubar ou causar danos ao trabalho, à identidade ou à propriedade online é um crime. As regras da sociedade devem estar inseridas dentro de um contexto ético, de modo que as leis se aplicam a qualquer pessoa que está na internet. Fazer uso de informações de terceiros de modo ilegítimo, usurpar informações de terceiros, transferir ilegalmente músicas, plagiar, criar vírus e enviar spams são exemplos de condutas que vão contra a lei digital.

Os Direitos e a Responsabilidade Digital partem da prerrogativa de que, assim como nas constituições, existe uma Declaração de Direitos Básicos que são estendidos a todos os cidadãos digitais, os quais tem direito à privacidade e à liberdade de expressão, por exemplo. Os direitos digitais básicos devem ser abordados, discutidos e compreendidos no mundo digital, sobretudo diante das responsabilidades advindas da concessão de tais direitos. Os utilizadores devem contribuir para definir como a tecnologia pode ser utilizada de forma adequada.

Não se pode deixar de lado a Saúde e Bem-Estar Digital que se refere ao bem-estar físico e psicológico dos indivíduos dentro do contexto da sociedade tecnológica. A segurança da visão, de lesões por esforço repetitivo e de boas práticas ergonômicas devem ser abordadas de modo congruente em um novo mundo tecnológica. Além dos problemas físicos, outros problemas psicológicos (como a dependência ao uso da internet, ou o 'vício' em seu uso) devem ser abordados. Basicamente, esse elemento está condicionado ao ensino de que há perigos inerentes à tecnologia e a cidadania digital deve incluir uma cultura na qual os utilizadores devem ser ensinados a se protegerem através da educação e da formação.

Fechando este importante ciclo, há a Segurança Digital (ou autoproteção), o último e nono elemento trata das precauções para garantir a segurança em um mundo eletrônico. Em qualquer sociedade há indivíduos que cometem delitos e perturbam as pessoas e essa mesma prerrogativa é válida para a comunidade digital. Se em nossas casas fazemos uso de fechaduras e alarmes de incêndio para obter um certo nível de proteção, o mesmo deve ser feito para a segurança digital, não bastando tão somente confiar nos outros utilizadores para assegurá-la.

Trata-se das proteções contra vírus, das cópias de segurança de nossos dados e dos mecanismos de controle de nossos equipamentos. Como cidadãos digitais responsáveis, devemos proteger a nossa informação de terceiros que almejamos provocar danos ou perturbações.

Esses são os nove elementos que norteiam a cidadania digital. Conforme exposto, a cidadania digital não é nada mais do que a consolidação da cidadania que detemos no mundo real dentro do contexto das novas tecnologias e da concretização e consolidação de um novo mundo tecnológico.

2 Cidadania digital: direitos e deveres

Uma vez que já foram apresentados os principais pressupostos e fundamentos da cidadania digital, torna-se possível aprofundar questões envolvendo os direitos e deveres dos utilizadores no âmbito digital.

De acordo com Victor Gentili sempre que se fala em cidadania, é indispensável falar sobre o exercício de direitos por parte dos indivíduos. Em contrapartida, esses direitos culminam no fato de que são contraídos também deveres a serem cumpridos por parte dos mesmos indivíduos. Todo indivíduo que detém direitos em uma sociedade, deve também deter deveres.⁵

Essa perspectiva é trabalhada por Mike Ribble ao estruturar o sétimo elemento da cidadania digital (Direitos e Responsabilidades), prerrogativa que assimila a participação dos cidadãos que contraem direitos e deveres na sociedade dentro do mundo digital. Isso significa que o cidadão digital tem, por exemplo, Direito à Privacidade, mas o que o utilizador faz com sua privacidade é de sua responsabilidade, tendo o dever de cumprir às normas que vigoram na sociedade digital.⁶

O mesmo exemplo pode ser abordado dentro do contexto da liberdade de expressão. O utilizador tem direito a manifestar suas ideias e pensamentos de maneira livre. Entretanto, o utópico sentimento de ‘anonimato’ que as pessoas têm na internet, não assegura que os utilizadores possam, por exemplo, destilar discursos de ódio na internet.

Os Direitos e Deveres presentes nas sociedades digitais não deixam de existir fora dela. Uma pessoa que ataca a outra com dizeres

5 GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, n. 19, dez. 2002.

6 RIBBLE, Mike. Op. Cit.

racistas na internet, por exemplo, pode responder civil e criminalmente por suas ações. O mesmo vale para transações fraudulentas na internet, como ao comercializar um produto falso ou a criar golpes com o intuito de obter lucros dentro do mundo digital.

3 As lides cibernéticas e a cidadania digital: uma análise com ênfase nos crimes cibernéticos e exemplos práticos

A resolução de conflitos é outro aspecto intimamente atrelado à cidadania digital. Para que possamos abordar as lides cibernéticas, tomaremos como exemplo as prerrogativas dos crimes cibernéticos. Evidentemente, com o surgimento e expansão da internet, a plataforma virtual passou a se tornar cada vez mais abrangente, dinâmica e atrativa não tão somente aos usuários comuns, mas também para diversas empresas que encontraram na internet um meio de acumular e disseminar informações de maneira ágil e, em tese, mais segura.

A criminalidade, entretanto, também age dentro da grande rede de computadores. Milton Vargas⁷ leciona que sempre que incide atividade criminosa dentro da informática, estamos tratando de um crime cibernético, isto é, um crime que ocorre dentro do universo cibernético. Tais crimes passam a ser cometidos em ampla escala na contemporaneidade. Moisés de Oliveira Cassanti⁸ leciona que os crimes cibernéticos são praticados de maneira intencional por indivíduos que fazem uso da plataforma virtual para obterem indevidamente informações e dados por parte de terceiros sem contarem com o devido acesso a tais informações. O autor contempla o roubo de tais dados ou informações como a característica fundamental para que seja estabelecido e caracterizado o crime cibernético, dando ênfase para a utilização indevida de tais dados, violando os preceitos que norteiam a utilização da internet e obtendo vantagens indevidas ou causando prejuízo a terceiro mediante à exploração de tais informações.

O senso comum, aponta os hackers como as principais figuras criminosas dentro da internet, todavia, tal afirmação é incorreta, visto que ainda que segundo André Lemos⁹ os hackers são figuras que

7 VARGAS, Milton. *História da técnica e da tecnologia no Brasil*. São Paulo, UNESP/CEETEPS, 1995.

8 CASSANTI, Moisés de Oliveira. *Crimes virtuais, vítimas Reais*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

9 LEMOS, André. *Cibercultura: tecnologia e vida social na vida contemporânea*. Sulina, 2007.

possuem um grande domínio e conhecimento notável em relação ao trabalho virtual, empregando seus esforços e tal conhecimento notável para objetivarem melhorias nos sistemas de segurança e em softwares em caráter geral. De modo geral, os hackers utilizam técnicas especiais para procurarem por falhas e romperem barreiras de segurança dentro de um determinado sistema.

Moises de Oliveira Cassanti, entretanto, associa os crimes cibernéticos de maneira mais ampla com os crackers do que com os hackers, lecionando inclusive que ambas as figuras atuam no ambiente cibernético de maneira segregada. O autor leciona que, ao contrário da atuação dos hackers, a atuação dos crackers se dá no sentido de romper códigos e barreiras de segurança para que sejam alcançados objetivos criminosos, nos termos já apresentados no presente estudo.¹⁰

Manuel Castells¹¹, no mesmo sentido, leciona que o termo Cracker foi desenvolvido pelos próprios hackers na década de 1980, visto que os mesmos eram tidos como os criminosos cibernéticos, realizando a distinção entre os termos hacker e cracker. Partindo dessa premissa, colocam-se hackers e crackers em duas condições distintas: Os primeiros não visam causar danos e prejuízos a terceiros, enquanto os crackers voltam suas atividades para tais fins. De tal modo, os crackers são as principais figuras dentro do meio cibernético que fazem uso da internet para realizarem golpes e fraudes em todo o mundo, inclusive no Brasil. A popularização da internet, imediatamente trouxe para o meio virtual usuários e empresas que antes não faziam uso do mesmo e doravante passam a utilizá-lo com mais afinco. Os crackers, conhecendo tais sistemas de maneira abrangente, fazem uso de seus conhecimentos para realizarem atividades criminosas.

Dentro do contexto do cometimento de crimes cibernéticos (que vão contra a cidadania digital) é indispensável versar acerca do surgimento de conflitos que surgem a partir de tais ações criminosas.

Em um exemplo prático: supomos que um cracker faz uso de programas indevidos para roubar as informações de terceiros. Em posse dos dados do cartão de crédito da sua vítima, o mesmo efetua uma série de compras online. Esse criminoso pode ser identificado, por exemplo, ao solicitar que a entrega dos produtos adquiridos seja realizada em seu domicílio. Diante disso, surge a Lide, pois, uma vez que o criminoso

10 CASSANTI, Moises de Oliveira. Op. Cit.

11 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet*. Jorge Zahar, 2003.

é identificado, a vítima almeja que tal conflito seja sanado, com uma determinada pretensão, desejando que o criminoso seja punido e que os valores adquiridos de maneira indevida sejam ressarcidos.

Sob as perspectivas dos crimes cibernéticos, entretanto, não nos atemos tão somente aos crimes que envolvem prejuízos financeiros. Vamos trabalhar o mesmo exemplo supramencionado, entretanto, nesse caso, a pessoa não identificou objetivamente o criminoso e deduziu que algum desafeto seria o responsável pelo roubo de suas informações de cartão de crédito.

Mesmo sem a confirmação do autor do crime, a vítima vai às redes sociais e expõe o ocorrido, acusando seu desafeto de se apropriar de modo ilegal de suas informações, proferindo xingamentos a um terceiro que não teve participação na atividade criminosa e, portanto, é inocente. Nesse caso, a pessoa que fora vítima do crime de roubo digital, passa a se tornar a autora do crime de injúria e difamação.

Surge, nesse momento, uma nova Lide. A pessoa que fora acusada e difamada injusta e publicamente pode almejar que o conflito seja resolvido judicialmente, tendo a pretensão, digamos, de uma retratação pública por parte da autora do crime ou do pagamento de uma indenização por danos morais. Destaca-se ainda que mesmo que a pessoa vá a público para exaltar ou elogiar o criminoso devidamente identificado ou o ato criminoso publicamente se configura o crime de apologia de crime ou de criminoso na internet, conforme enunciado por Liara Ruff dos Santos, Luana Bertasso Martins e Francielle Benini Agne Tybush.¹²

Nesse sentido:

A existência do Direito está associado a jurisdição, e que sua função jurisdicional de resolução de conflitos entre pessoas e comunidades no espaço virtual, e de tutela jurisdicional do Poder público ou seja esteja conexas ao Estado. Ao que se trata dos crimes virtuais são os delitos praticados por meio da Internet que podem ser enquadrados no Código Penal brasileiro, e os infratores estão sujeitos às penas previstas na lei. O Brasil é um país que não tem uma legislação definida e que abranja, de forma objetiva e geral, os diversos tipos de crimes cibernéticos que ocorrem no dia a dia e que aparecem nos jornais, na televisão, no rádio e nas revistas. Na ausência de uma legislação

12 SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUSCH, Francielle Benini Agne. *Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo*. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria, p. 7.

específica, aquele que praticou algum crime informático deverá ser julgado dentro do próprio Código Penal, mantendo-se as devidas diferenças. Se, por exemplo, um determinado indivíduo danificou ou foi pego em flagrante danificando dados, dados estes que estavam salvos em CDs de sua empresa, o indivíduo deverá responder por ter infringido o artigo 163 do Código Penal, que é “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa”.¹³

Ora, as lides existentes no mundo digital podem e devem ser sanadas, fazendo uso da justiça. Atrelando tal tópico à cidadania digital, conclui-se que as práticas imorais e delituosas acabam tendo o escopo legal para a resolução de conflitos com base no ordenamento jurídico pátrio.

4 A responsabilidade civil e a cidadania digital

No presente capítulo será abordada a responsabilidade civil com enfoque na cidadania digital. Para tanto, se faz indispensável apresentar o instituto da responsabilidade civil, contextualizando-o com a cidadania. De acordo com Alexandre Dartanhan de Mello Guerra¹⁴ nos tempos iniciais da raça humana, os danos não eram contemplados pelo direito, de modo que não se cogitava a culpa e o agredido se voltava diretamente contra a agressão de modo selvagem e impreciso, sem qualquer possibilidade de que a vítima reagisse contra o agente causador do prejuízo com qualquer formalidade, de modo que o dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do indivíduo. Tal processo é denominado vingança privada.

De fato, o dano provoca naturalmente uma vontade de vê-lo ser reparado por parte da vítima. Entretanto, antes do advento ao Direito, não havia qualquer meio de reparação do dano sem que fosse instaurada a vingança privada. O autor supramencionado aponta que a reparação do mal através do mal por meio de pura vingança da vítima contra o ofensor pelo prejuízo ocasionado não cogita qualquer noção sobre culpa ou ressarcimento. A ‘vingança’, que antes era desregrada, passou ao domínio jurídico, sendo permitida ou proibida e executada de acordo com as condições estabelecidas por decisão proferida a partir de representantes do poder público.

13 Idem, *ibidem*, p. 7.

14 GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello et al. (coords.) *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

E é justamente através de tal concepção que pode ser caracterizada a responsabilidade civil. De acordo com Rogério Marrone de Castro Sampaio¹⁵ a responsabilidade civil pode ser conceituada na reparação de dano que uma pessoa causa a outra, determinando em quais condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano que foi causado a outra pessoa e quais os termos e medidas que retratam a obrigação de reparação do dano, a qual, no âmbito civil, é quase sempre pecuniária (pagamento em dinheiro), independente do dano ser de ordem física, à honra ou ao patrimônio de um indivíduo. Ora, trata-se de um tema amplamente relacionado ao exercício da cidadania e ao fato de que os indivíduos contraem direitos e deveres perante seus atos e ações na sociedade moderna.

De acordo com Paula Frassinetti Mattos a cidadania é o pressuposto para que seja imputada a responsabilidade civil e o sustentáculo dos direitos humanos, decorrente do processo de relação entre indivíduos dentro da sociedade, buscando legitimar a satisfação de exigências ou prescrições a partir de efeitos legais. A autora apresenta alguns pontos que atrelam a responsabilidade civil à cidadania.¹⁶

Uma vez que é ampliada a responsabilidade civil para as lesões morais, há o correspondente aumento da tutela de personalidade, fortalecendo a noção de cidadania como um bem juridicamente protegido. O respeito à pessoa humana (não levando em conta o seu patrimônio) é reconhecer a sua legitimidade e o valor possuído pela própria pessoa, ou seja, como um fundamento da cidadania. A responsabilidade civil, de tal forma, permite reconhecer a pessoa humana como cidadã.

A possibilidade de reparação às violações da cidadania inaugurou um novo direito redimensionado pelos direitos fundamentais (direitos humanos que supera o ponto de vista meramente contratual das relações humanas), uma vez que o respeito à pessoa humana é um efeito decorrente dos valores que a pessoa humana possui simplesmente por existir.

Desse modo, há uma importante conexão entre direitos humanos e responsabilidade civil, por meio do reconhecimento da cidadania para a atribuição de culpa ou dolo ao responsável, atuando como um

15 SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

16 MATTOS, Paula Frassinetti. *Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012.

instrumento de eficácia dos direitos fundamentais e um compromisso ético que reconfigura os clássicos institutos jurídicos que a acompanham.

Para contextualizar as questões envolvendo a cidadania e a responsabilidade civil sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, será utilizado o exemplo do dano moral. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho caracterizam o dano ou prejuízo como a “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”, de modo que o dano pode ser estendido aos direitos personalíssimos, como é o caso do dano moral.¹⁷

Por dano moral, compreendemos os danos ocasionados por fato violador subjetivo, atingindo os aspectos mais íntimos da personalidade humana, não sendo confundidos com meros dissabores da vida cotidiana e sim da própria valoração do indivíduo humano no ambiente sob o qual o mesmo está inserido. Quando o dano moral é comprovado, incide a compensação pecuniária em face da conduta ilícita do violador do direito personalíssimo.¹⁸

Trentin e Trentin (2012) buscaram correlacionar a responsabilidade civil sob as perspectivas da cidadania digital e do dano moral. O estudo em questão deu-se em uma análise sobre publicações ofensivas nas redes sociais e o direito à indenização por danos morais. Os autores apontam que diante dos abusos praticados na internet, o usuário responsável por dizer, publicar ou compartilhar mensagens indevidas deve ser responsabilizado civilmente pelos danos causados. O mesmo vale para os casos que envolvem a criação de perfis falsos e pela veiculação de informações e imagens ofensivas nas redes sociais, objetivando além de demandas relacionadas à retirada de perfis e fotografias nos sites, indenizações por danos morais.¹⁹

Nesse sentido:

No que tange a responsabilidade do usuário infrator, pode se observar, diante dos casos apresentados, que este sofrerá a responsabilização pelas informações ilícitas vinculadas no ambiente virtual, e o provedor do site de relacionamento será responsabilizado somente se deixar de excluir ou bloquear as

17 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 36.

18 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

19 TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Internet: publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global – REDESG*, v. 1, n. 1, jan./jun/2012. Disponível em: <www.ufsm.br/redesg>, p. 92.

imagens ou informações ofensivas, após transcorrido certo prazo desde a notificação feita pela vítima.²⁰

Ora, as questões envolvendo a cidadania digital e a construção de um novo mundo digital não representam, de forma alguma, possibilidades de extinção da responsabilidade civil. Esse instituto considerado de demasiada importância para o pleno exercício da cidadania está presente na internet como um todo, de modo que sempre que um infrator promover danos em detrimento de outrem, esse infrator pode ser enquadrado nos dispositivos legais atacados e, assim, ser obrigado ao ressarcimento do dano causado.

É uma tendência cada vez mais observável que o Direito passe a acompanhar as sociedades digitais. A concepção de que a internet é uma “terra de ninguém” não tão somente é ultrapassada, como também é equivocada. O Direito sempre atua de modo a legitimar a cidadania dos indivíduos (pessoa humana) e essa prerrogativa também é válida para o exercício da cidadania digital. Assim, assegurando a responsabilidade civil para a pessoa humana também na via digital, o Direito contribui para o pleno exercício da cidadania digital e para o desenvolvimento desta.

Considerações finais

Conforme apresentado, a concepção de que a internet e o mundo propiciado pelas ferramentas tecnológicas é um mundo paralelo sob o qual não recaem as leis e normas que vigoram na sociedade vem sendo cada vez mais derrubada. O Direito vem sendo aprofundado, praticado e aplicado no mundo digital, buscando coibir que as pessoas façam uso de tais ferramentas para o cometimento de crimes e, nos casos em que os crimes acontecem, passa a punir aqueles que realizam condutas ilícitas na internet.

Não é mais possível pensar no mundo digital como um mundo alheio ao que conhecemos como a ‘vida real’. De fato, estamos tão imersos no mundo digital que ele passou a fazer parte de nosso cotidiano, o que reforça a importância do conceito de cidadania digital, que aborda as normas e procedimentos para que o exercício pleno da cidadania também ocorra na via digital.

20 Idem, *ibidem*, p. 92.

O presente estudo buscou correlacionar a cidadania digital sob as perspectivas da doutrina jurídica e do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo uma análise concisa acerca de elementos que legitimam as pessoas humanas enquanto cidadãos dentro do mundo digital. Conforme apontado, diversas questões passam pela cidadania digital, como as possibilidades de resolução de conflitos (lides) e as questões envolvendo a responsabilidade civil, que também se estende ao mundo digital.

Embora seja um tópico consolidado na atualidade, a cidadania digital é um tópico relativamente recente e o qual vem sendo abordado de modo congruente por pesquisadores de diferentes campos do conhecimento, possibilitando a criação de normas e leis que vigoram na internet sob a tutela e jurisdição do Direito.

Conforme descrito no capítulo dois do presente estudo, a cidadania digital envolve o esforço de diferentes pessoas com o intuito de possibilitá-la e legitimá-las através de comportamentos e ações que buscam educar as pessoas quanto aos comportamentos e normas adequadas para o mundo digital. Diante disso, o presente estudo cumpre um papel importante para a concretização da cidadania digital, produzindo resultados que fomentam possibilidades de que mais pessoas tomem conhecimentos acerca dos mesmos.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRAGA, Diego de Melo; BRAGA, Marcos de Melo; ROVER, Aires José. *Responsabilidade Civil das redes sociais no Direito Brasileiro*. SID, 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aires_braga.pdf. Acesso: Fev/2018.

CASSANTI, Moises de Oliveira. *Crimes Virtuais, Vítimas Reais*. Rio de Janeiro; Brasport, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet*. Jorge Zahar Editor, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GENTILLI, Victor. O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação. *Revista FAMECOS*. Porto Alegre, n. 19, dez. 2002.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello et al. (coords.) *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

LEMONS, André. *Cibercultura: tecnologia e vida social na vida contemporânea*. São Paulo: Sulina, 2007

MATTOS, Paula Frassinetti. *Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2012.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NEVES, Bárbara Barbosa. Cidadania Digital? Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica. *Revista Cidadania Digital*, 143-188, jun. 2010.

PATROCÍNIO, Tomás. Educação e Cidadania global. In: GOUVEIA, Luís Borges. *Cidades e regiões digitais: impacte nas cidades e nas pessoas*. Porto: Fundação Fernando Pessoa, 2003.

RIBBLE, Mike. *Digital Citizenship in Schools*. 2010. Disponível em: <<https://www.iste.org/docs/excerpts/DIGC12-excerpt.pdf>>. Acesso: fev 2018.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Liara Ruff dos; MARTINS, Luana Bertasso; TYBUSCH, Francielle Benini Agne. *Os crimes cibernéticos e o direito a segurança jurídica: uma análise da legislação vigente no cenário brasileiro contemporâneo*. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria/RS.

SEBASTIÃO, Sonia; PACHECO, André; SANTOS, Mariana. Cidadania digital e participação política: o caso das petições online e do orçamento participativo. *Estudos em Comunicação*, n. 11, 31-5, maio 2012.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Internet: publicações ofensivas em redes sociais e o direito à indenização por danos morais. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* –

REDESG, v. 1, n. 1, jan.jun/2012. Disponível em: <www.ufsm.br/redesg>.

VARGAS, Milton. *História da técnica e da tecnologia no Brasil*. São Paulo, UNESP/CEETEPS, 1995.

Recebido em: 19 de julho de 2018.

Aceito em: 22 de novembro de 2018.

A POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL E SUA RELAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

ANTI-CORRUPTION EFFORTS IN BRAZIL AND ITS RELATIONSHIP IN THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

Filipe Pinto Monteiro¹

Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis^{II}

¹ Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Pouso Alegre, MG, Brasil.
Mestrando em Direito. E-mail: filipe_mont@hotmail.com

^{II} Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Programa de Pós-Graduação em
Direito, Pouso Alegre, MG, Brasil. Universidade Estadual de Campinas, Campinas,
SP, Brasil. E-mail: anaelisasqa@gmail.com

Resumo: O presente artigo problematiza a relação entre o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar no Brasil e a corrupção, vistos a partir da transição de um paradigma desenvolvimentista para um modelo liberal. Buscou-se analisar, através de revisão de bibliografia, o modelo de Bem-Estar Social implantado na América Latina e suas particularidades, com posterior transformação na década de 80, quando adquire caráter eminentemente liberal e proporciona grande trânsito de agentes privados junto ao Estado, influenciando as relações de poder e no crescimento de prática corruptivas, visto que não se atentou para a devida regulamentação desse novo paradigma. Então, pondera-se que a sociedade almeja por novas políticas públicas que respaldem as relações entre público e privado, a fim de salvaguardar os direitos sociais fundamentais dos cidadãos, sendo essa nova agenda de combate à corrupção no Brasil iniciada com a Lei 12.846/13, mediante um novo marco pela efetividade no cumprimento da função social da empresa.

Palavras-chave: Estado de Bem Estar. Combate à corrupção. Direitos sociais.

Abstract: The present article problematizes the relationship between the development of the Welfare State in Brazil and corruption, seen from the transition from a developmental paradigm to a liberal model. It was sought to analyze the Welfare model implanted in Latin America and its peculiarities, with subsequent transformation in the 1980s, when it acquired an eminently liberal character and provided a great transit of private agents to the State, influencing the relations of power and the growth of corruptive practices, since it was not considered for the proper regulation of this new paradigm. Therefore, it is considered that society is striving for new public policies that support public-private relations in order to safeguard the fundamental social rights of citizens, and this new anti-corruption agenda in Brazil started with Law 12.846 / 13 , through a new milestone for effectiveness in fulfilling the company's social function.

Keywords: Welfare State. Anti-corruption efforts. Social rights.

Sumário: Introdução. 1 O Estado de bem-estar brasileiro e a corrupção. 1.1 Considerações sobre a consolidação do Estado de Bem-Estar Social e a prática corruptiva no Brasil. 1.2 O combate à corrupção no novo modelo de Estado de Bem-Estar Brasileiro. 1.3 Os novos institutos de combate à corrupção no Brasil. Considerações finais. Referências.

Introdução

O *Welfare State* é um fenômeno do último século, cujo crescimento e expansão se dá com maior força a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, alavancado pela necessidade de se reconstruir Estados que foram devastados, além da derrocada do liberalismo de então, incapaz de garantir direitos básicos aos cidadãos e concentrador das riquezas¹.

O desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social é vinculado à expansão da industrialização, pois nesse contexto a riqueza tende a se aglutinar e os direitos sociais tendem a ser mitigados, daí a necessidade de maior intervenção estatal para equalizar os meios de produção e a divisão da riqueza, visando minorar as desigualdades sociais².

Porém, pergunta-se: a presença de um Estado Social, que toma grandes proporções, poderia favorecer o aparecimento de prática delitivas, através de membros da iniciativa privada que almejam receber os benefícios de seu grande orçamento? Ou ainda, poderia se questionar se o Estado de Bem-Estar no Brasil estaria preparado para lidar contra as investidas de empresas e seus prepostos com o intento de se apoderar da máquina estatal?

Nesse contexto urge analisar um problema recorrente no Estado de Bem-Estar instalado no Brasil: a corrupção, em vista do texto constitucional de 1988, remodelador de um sistema político caótico das décadas de 60 a 80 e garantidor de vários direitos fundamentais. Como o Estado de Bem-Estar brasileiro deixou de ser desenvolvimentista e assumiu um paradigma liberal, alguns setores da atividade privada buscaram meios de se apropriar desse Estado e de seus recursos, a fim de garantir tão somente seus próprios interesses em claro prejuízo à coletividade, corrompendo os representantes do povo³.

- 1 ARRETCHE, Marta T. Emergência e desenvolvimento do Welfare State: teoria explicativas. In: *BIB*. Rio de Janeiro, nº 39, 1º semestre, 1995 p.16.
- 2 KING, Desmond S. *O Estado e as estruturas de bem-estar em democracias industriais avançadas*. São Paulo: Novos Estudos, 1988, p. 57.
- 3 DRAIBE, Sônia Mirian; RIESCO, Manuel. Estados de Bem-Estar Social e estratégias de desenvolvimento na América Latina. Um novo desenvolvimento em gestão? *Sociologias*, Porto Alegre, ano 13, n. 27, p. 220-254, mai./ago. 2011, p. 242.

A fim de combater as práticas espúrias entre os representantes do Estado e a iniciativa privada, uma nova política pública de combate à corrupção fora debatida e construída pela academia, em parceria com a população e o Legislativo, em atendimento a um anseio social urgente, dando ensejo à Lei 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção⁴.

O presente artigo problematiza o combate à corrupção com reflexo no Estado de Bem-Estar vigente, para então discutir a preservação de direitos sociais fundamentais mediante as políticas de combate à corrupção, em consonância com a função social da empresa e os princípios constitucionais que norteiam a atividade econômica no Estado.

1 O Estado de bem-estar brasileiro e a corrupção

1.1 Considerações sobre a consolidação do Estado de Bem-Estar Social e a prática corruptiva no Brasil

Para se discutir as relações entre Estado do Brasil e particulares é necessário compreender, antes de tudo, qual modalidade de Estado encontra-se instalada a fim de apreender como são formados os vínculos deste ente com a iniciativa privada. A leitura do texto constitucional mostra-se imprescindível, como também a compreensão dos fatos político-históricos relevantes do século XX que culminaram com a instalação do Estado de Bem Estar e suas transformações nas últimas décadas.

Arretche⁵, explicitando a teoria do surgimento do Estado de Bem Estar demonstra um ponto de convergência entre os autores do tema: a industrialização. Para a autora, o avanço das indústrias gerou uma nova modalidade de sociedade, que deixara os hábitos predominantemente camponeses e passara a ser estratificada, dividida entre os detentores dos meios de produção e aqueles subordinados ao sistema mecanizado.

A questão política não deve ser negligenciada, pois desde o final do século XIX até a expansão industrial do século XX, o liberalismo europeu favoreceu a criação de uma agenda de debates de direitos civis e políticos dos cidadãos, na qual se concentrava os direitos dos trabalhadores envolvidos no processo de industrialização, unidos

4 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 14.

5 ARRETCHE, Marta T. Op. Cit., p.5.

e sindicalizados em face da elite burguesa, detentora dos meios de produção⁶.

Draibe⁷, afirma que o desenvolvimento do Estado de Bem Estar Social possui forte vinculação ao pensamento Keynesiano, ao compreender que o capitalismo industrial do século XIX até metade do século XX, apesar de favorecer o desenvolvimento de muitas importantes tecnologias, estava gerando um enorme déficit social, que carecia de uma urgente resposta estatal para que se evitasse o caos. O motivo preponderante da discrepância social foi o êxodo de grandes contingentes populacionais para as cidades na busca de subempregos nas indústrias.

Segundo a autora, Keynes não nega as benesses do capitalismo e tampouco se aproxima do socialismo, porém compreende que a acumulação das riquezas por poucos detentores dos meios de produção traria o colapso social, sugerindo a intervenção estatal na economia e uma limitação ao liberalismo predominante, com foco num Estado que distribuisse renda e investisse em políticas sociais: o Estado de Bem Estar Social⁸.

O *Welfare State* brasileiro, assim como nos países da América Latina, é mais específico, pois o Brasil recebeu um processo de industrialização mais tardio se comparado às grandes potências, em especial entre as décadas de 30 e 70, de modo que desde esse período já é possível visualizar a edição de leis com cunho de proteção a direitos sociais, como os Institutos de Aposentadorias e Pensões – IAP, surgidos no final da década de 20, além da edição da Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, entre outros tantos institutos⁹.

Com o advento do texto constitucional de 1988, o Brasil avança na área social e consolida seu Estado de Bem Estar, mediante a incorporação de vários direitos sociais fundamentais, como o direito à saúde, à assistência social e à previdência social. Além, obviamente, da consolidação de direitos dos trabalhadores e da positivação da função

6 KING, Desmond S. Op. Cit., p. 59.

7 DRAIBE, Sônia Mirian. *Estado de Bem-Estar, desenvolvimento e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea*. In: 30º Encontro Anual da ANPOCS – GT19 – Políticas Públicas, Sessão 1 – Reformas institucionais e Políticas Sociais. Caxambu, Brasil, Outubro 24-28, 2006, p. 4

8 Ibid p.4.

9 BENEVIDES, Cláudia do Valle. *Um estado de bem-estar social no Brasil?* Dissertação (em Economia) – Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2011. p.63.

social, tanto da propriedade como da atividade empresarial, no artigo 170.

Por outro lado, para Pereira¹⁰, o Estado de Bem Estar Social clássico perdurou no mundo ocidental, inclusive no Brasil, até o final década de 70 e era um modelo estatal presente em todas as esferas da vida do cidadão, porém, com as graves crises fiscais e financeiras atravessadas pelo Brasil nas décadas de 80 e 90, buscou-se respostas no modelo neoliberal, com alguns objetivos bem específicos, em especial, reduzir a ingerência estatal nos assuntos privados e viabilizar a abertura do mercado. Verificou-se no Brasil, a princípio, certo êxito no controle da inflação em meados da década de 90 e também alguma estabilidade econômica, porém não fora o suficiente, pois as desigualdades sociais permaneceram, assim como a má distribuição de renda.

Nesse contexto, para referido autor, emerge o Estado gerencial, cedendo à iniciativa privada as atividades de mercado em geral, abrindo mão de muitos monopólios, porém promovendo o controle dessas atividades de maneira ativa, pois além do aparecimento das agências reguladoras, o Estado mantém em destaque o atendimento de direitos sociais já consagrados desde o Estado de Bem-Estar clássico¹¹.

Já Draibe e Riesco¹², ao fazerem uma reflexão sobre as duas últimas décadas do século XX, compreendem que há um distanciamento do conceito original de Estado de Bem Estar no Brasil, no entanto, ratificam que apesar das mudanças de paradigmas do *Welfare State* em países latinos, esta configuração de Estado ainda é presente e pode ser compreendida em duas etapas distintas: uma primeira que perdurou da década de 20 até os anos 80, com foco principal em desenvolvimento social e econômico de uma sociedade em processo de transição do rural para o industrial, nomeado pelos autores de Estado Latino Americano Desenvolvimentista de Bem Estar (ELABDES); e uma segunda etapa, com viés liberal, focalizada nas políticas do Consenso de Washington, globalização e abertura de mercado, marcos regulatórios, sem, contudo, perder-se o foco na manutenção de direitos sociais consagrados.

A mudança de paradigma dos ELABDES, em especial no Brasil, nas últimas duas décadas do século XX e início do XXI, é crucial para

10 PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil. In: VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado e Administración Pública. Lisboa, Portugal, outubro 08-11, 2002. p. 5.

11 Ibid. p. 6.

12 DRAIBE, Sônia Mirian; RIESCO, Manuel. 2011, p.245.

determinar a derrocada de um sistema desenvolvimentista de Estado, cujo foco principal era equilibrar as bases socioeconômicas a fim de garantir acesso a direitos sociais, ainda que distante de um ideal keynesiano, dadas circunstâncias de desenvolvimento e industrialização tardios, períodos de crescimento permeados por períodos de forte crise, inflação em pleno descontrole, planos econômicos equivocados, sem falar nos graves fatores políticos.

Sugere-se que todos esses fatores negativos foram preponderantes para o avanço de uma cultura neoliberal num Estado politicamente frágil e arrasado economicamente. A voracidade empresarial sobre o poder estatal ganha força e surge um novo ator econômico, o avanço tecnológico no mundo desenvolvido, que atraiu também a classe média para a desestatização, como uma resposta à inércia do combalido poder estatal de então¹³.

Nesse novo cenário, desenhado da década de 80 em diante, é possível tirar algumas conclusões. A princípio, fica claro que há um rompimento entre crescimento econômico e políticas sociais das décadas antecessoras, porém não a ponto de anular todas as conquistas, pelo contrário, alavancou-se um processo até então lento de desenvolvimento de novas estruturas sociais, pois, como houve uma abertura para a modernização e novas tecnologias, sugere-se o avanço em questões como urbanização, surgimento de novos atores no mercado de trabalho, em especial, a consolidação da participação feminina, melhora nos índices de educação da população e no atendimento à saúde¹⁴.

Ainda, sob influência do Consenso de Washington, Draibe e Riesco¹⁵ressaltam que se criou um ambiente favorável à empresas e capital estrangeiro, embora emergisse também um padrão de vida ligado ao consumismo e busca por melhores padrões de vida, muito influenciado pelo estilo americano, gerando assim uma relativização do pensamento conservador no meio da sociedade e abraçando-se valores liberais, altamente individualistas e competitivos.

Com o acolhimento desses novos valores liberais pela sociedade, a iniciativa privada passa a ter grande trânsito junto a governos, e estes começam a depender das empresas para dar andamento aos seus programas, surgindo no Brasil uma simbiose entre Estado e empresas,

13 Ibid p. 244.

14 Ibid p. 247.

15 Ibid p. 246.

sem contudo dar-se a devida atenção de que estas relações podem ser perigosas, se não forem devidamente reguladas. Como o país não se preparou para lidar com a ofensiva privada sobre o governo, com o passar dos anos o Estado encontra-se sob controle de uma elite empresarial, composta principalmente por grandes empreiteiras ávidas pelo orçamento público, como os últimos escândalos¹⁶ apontam, sendo urgente o remanejamento de novas políticas de combate à corrupção e novas regulamentações nas relações Estado/empresas a fim de garantir-se a manutenção dos direitos sociais fundamentais, como pleno emprego, livre iniciativa, previdência social saudável, cumprimento da função social da empresa, entre outros.

1.2 O combate à corrupção no novo modelo de Estado de Bem-Estar Brasileiro

Interessante apontar, conforme informam Dipp e Castilho¹⁷, que a Lei Anticorrupção teve por origem um debate democrático encabeçado pelo “Projeto Pensando o Direito”, que gerou o relatório “Responsabilização por ilícitos praticados no âmbito de pessoas jurídicas – uma contribuição para o debate público brasileiro”, em 2009, encabeçado pela Fundação Getúlio Vargas em parceria com o Ministério da Justiça e com a ONU, no qual uma pesquisa fomentada pela academia, além do debate aberto ao público, mediante canais de informação do Governo Federal, com possibilidade de sugestões e críticas, culminou com a pesquisa que direcionou o PL 6.826/10, posteriormente aprovado como Lei 12.846/13.

Nota-se, segundo Mendes e Carvalho¹⁸, que o tema “combate à corrupção” está em voga na sociedade brasileira há algum tempo, e nesse aspecto específico é notório que o Estado, através de seus

16 MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. Compliance, concorrência e combate à corrupção. São Paulo: Trevisan, 2017, p.25. informam que a “Operação Lava Jato”, iniciada em 17 de março de 2014, é a maior investigação de escândalos de corrupção da história do país, envolvendo uma enorme gama de crimes, todos relacionados à Petrobrás e suas subsidiárias, como: corrupção ativa e passiva, fraudes em licitações, contrabando, desvios de recursos públicos e fraudes fiscais, envolvendo inúmeros políticos, de vários níveis de governo, muitos empresários – em especial de grandes empreiteiras – e órgãos públicos. Já no início da operação, os valores apurados dos prejuízos ultrapassavam R\$42,8 bilhões de reais.

17 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. 2016 p. 14.

18 MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. 2017 p.22.

representantes, agiu de forma responsiva, como trata Carreirão¹⁹, pois existia uma sinalização da população de uma agenda urgente e até então pouco estudada. Houve, portanto, congruência política na edição da norma anticorrupção.

Dipp e Castilho²⁰ discorrem que a Lei 12.846/13 foi um marco de uma nova e necessária política anticorrupção, ao analisarem os motivos expostos pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, responsável por no ano de 2010, encaminhar o anteprojeto ao Legislativo para análise. Nesse momento, o então Presidente da República salientou que a lei iria suprir uma lacuna no ordenamento jurídico no tocante a responsabilização de pessoas jurídicas pelas prática de ilícios em face da administração pública, com ênfase em combate à corrupção, fraudes em licitações e contratos administrativos.

Verifica-se que há um liame entre o envio do projeto de lei pelo Executivo ao Legislativo como uma resposta à sociedade ao escândalo de corrupção mais recente do final da última década, o chamado “mensalão”, no qual cogitou-se, inclusive, a participação do referido Presidente. Nesse momento, como citado acima, a sociedade ansiava por políticas eficazes anticorrupção para se averiguar o passivo gerado pelos atos ilícitos de seus representantes.

A urgência de novas políticas de combate à corrupção não se trata apenas de um resgate da ética nas relações públicas, vai muito além, pois na vida dos cidadãos, em especial os mais pobres, é que se vê o ataque aos direitos sociais fundamentais, objetos do Estado de Bem Estar brasileiro, como no caso de hospitais desabastecidos de insumos básicos, incapacidade de gestão de recursos, falta de profissionais, em decorrência de verbas desviadas do orçamento. Na educação, escolas públicas com estrutura precária, às vezes com merenda escassa ou sem qualidade, pois os recursos foram desviados. Programas sociais deficitários porque o orçamento é insuficiente. Enfim, a atitude de poucos indivíduos gera danos em milhões²¹.

Oportunismo não falta quando se trata do combate à corrupção, pois enquanto a academia se dobra na análise do tema e a sociedade

19 CARREIRÃO, Yan de Souza. Representação política como congruência entre as preferências dos cidadãos e as políticas públicas: uma revisão de literatura internacional. In: *Opinião Pública*. Campinas, v. 21, nº 2., ago.2015 p. 394.

20 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. 2016 p. 23.

21 LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. Os efeitos deletério da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. In: *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 41, nº 136. 2014. p.427.

sugere alternativas, é comum aparecerem os “salvadores da pátria”, aqueles que compreendem ter um mandato divino para salvar a nação do perigo. Nesse aspecto, Leal e Schneider²² relembram que órgãos jornalísticos têm apontado esses juízes heróis como os grandes responsáveis pela ética nacional, porém de maneira irresponsável, visto que o combate a essas práticas vai muito além de algumas decisões judiciais e prisões de políticos e empresários, pois trata-se de uma questão de política pública, que poderia problematizar a questão com maior seriedade. Sugere-se que não é o Judiciário, por si só, que vai mudar a situação do país na base das “canetadas”. A implementação de uma nova política clama por mudanças de posturas, tanto do cidadão, quanto do Estado.

Para Leal e Schneider²³, a palavra “corrupção” diz sobre dois movimentos, o primeiro é a quebra de um vínculo de confiança subjetivo, permitindo que determinado sujeito interfira na vida alheia, podendo ser tanto na esfera pública ou na privada, ao seu modo, em prejuízo da coletividade, ou ao menos parte dela. O segundo movimento diz sobre uma completa relativização do que é o público, pois interessa apenas a vontade particular do sujeito. Quando se relativiza o público, ofende-se os pilares da democracia e os Direitos Fundamentais são alvejados.

Não se trata apenas do favorecimento a uma pessoa sobre a outra e os exemplos são vários, tanto na área pública quanto na iniciativa privada²⁴. Quando alguém paga um por atendimento médico público, quando um servidor aceita suborno para alocar um estudante na escola do bairro, quando tolera-se, mediante alguma vantagem, o comércio de resíduos tóxicos de uma região para outra, sem qualquer fiscalização, quando o patrão subjuga seu funcionário às condições precárias pois não é fiscalizado, ou paga para não ser fiscalizado, todos esses exemplos são de corrupção e há uma clara afronta o direito fundamental da igualdade,

22 Ibid p. 417.

23 Ibid. p. 418.

24 Os prejuízos causados à economia brasileira por atos de corrupção podem ser mensurados em algo entre 1% a 4% do PIB – Produto Interno Bruto – por ano. Não bastasse o trágico prognóstico, o país é sempre alvo de desconfiança por parte da comunidade internacional no tocante à seriedade e transparência de suas entidades governamentais, representantes políticos e a relação destes com grandes empresas privadas. (MENDES; CARVALHO, 2017, p. 22). *E.g.*, segundo notícia vinculada na revista “Época”, em 04/02/2017, o Brasil destinou 3,78% do seu PIB com segurança pública e, de acordo com notícia vinculada no site “politize” em 12/05/2017, o país dedicou 3,6% do seu PIB com saúde e 5,2% com educação.

isso sem mencionar no direito à dignidade da pessoa humana, à saúde, à educação.

Leal e Scheider²⁵ ressaltam que é impossível compreender a sociedade contemporânea sem elevação do nível de confiança entre os vínculos, seja público ou privado. Essa confiança é representada pelo discurso cívico, da ética e da moral, sem a qual não se fundamenta a qualidade democrática nas relações entre particulares, institucionais e políticas. Partindo daí, é possível prevenir-se da corrupção em sua forma mais comum, quiçá a pior: a corrupção cotidiana.

É salutar compreender que a efetivação dos direitos sociais fundamentais passa por uma postura ativa do Estado em coibir as práticas corruptas e, mais importante, garantir o acesso a esses direitos pela coletividade. Por outro lado, posturas omissas do poder estatal corroboram com a ineficácia de direitos fundamentais sociais, como o direito de acesso ao trabalho digno. Quando o Estado deixa de ser vigilante nas relações trabalhistas, torna-se factível a criação de redes de subempregos, exploração de mão de obra, escravidão, o que é também uma forma de corrupção (rompimentos de vínculos de confiança), porém no âmbito privado²⁶.

Moreira²⁷ relata sobre a inércia do Estado brasileiro em combater a corrupção até a promulgação da lei em 2013, pois o direito pátrio se limitava a responsabilizar apenas as pessoas físicas beneficiárias de atos ilegais, nada dizendo no tocante à responsabilização das pessoas jurídicas envolvidas. Verifica-se que a mudança veio já no artigo 1º da Lei Anticorrupção, ao dispor sobre a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas e seus atos em face da Administração Pública.

Uma nova política não é capaz de remediar todo um contexto corruptivo existente e a Lei 12.846/13 não pretende ser exaustiva em seu exame, tanto que não englobou a responsabilização criminal de pessoas jurídicas; porém é preciso reconhecer que se trata de uma primeira resposta robusta ao anseio social de relações transparentes e éticas, a qual ampliou os meios disponíveis de combate a ilícitos e estimulou as empresas a se adequarem às novas medidas, através de criação de redes de governança, propagação de novos institutos, ao menos no Brasil,

25 Ibid p.418.

26 Ibid p. 424.

27 MOREIRA, Fábio Lucas. Breves anotações sobre a lei anticorrupção. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader de (org.) O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 65.

como os acordos de leniência, canais de denúncia internos, programas de integridade e cumprimento de normas – *compliance*²⁸.

Compreende-se, por fim, que a política anticorrupção era uma agenda necessária ao país e verifica-se um grande avanço na edição da Lei 12.846/13, ao abordar institutos já consolidados ao redor do mundo e com comprovada eficiência, visando-se garantir a função social da empresa.

1.3 Os novos institutos de combate à corrupção no Brasil

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Anticorrupção estabelece a responsabilidade objetiva²⁹ – cível e administrativa – pela prática de atos contra a administração pública por parte de sociedades empresárias, devidamente organizadas (registradas na Junta Comercial e portadoras de um CNPJ) ou não (sociedades de fato). Extraí-se do comando legal que a simples prova de conduta ilícita e seu nexos de causalidade, já seria suficiente para gerar a responsabilização do agente. O avanço trazido pela lei está no fato de que condutas corruptivas deixam pouco ou nenhum rastro, daí a importância de se aplicar a responsabilidade objetiva do agente, pois facilita a produção da prova e deixa uma mensagem clara aos empresários de muita atenção em seus negócios, isso sem excluir a responsabilidade pessoal do envolvido³⁰.

Partindo do conteúdo normativo, se algum agente da empresa, mesmo não sendo o sócio, agir corruptamente, a responsabilidade cível e administrativa da própria empresa nasce. Portanto, a conduta dos sócios passa a ser algo tão importante de cuidado quanto o negócio em si, pois os investimentos e tomadas de decisões passam a surtir efeitos extra econômicos e pode resvalar na imagem da pessoa jurídica.

28 Ibid p. 80.

29 Segundo DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 831, a responsabilidade civil é um instituto de natureza patrimonial inserido no ordenamento jurídico pátrio, tanto na Constituição da República quanto no Código Civil, dispondo sobre a necessária responsabilização de agente que causa dano a um terceiro, podendo ser subdividida em responsabilidade civil subjetiva, quando presentes os elementos: ação ou omissão ilícita, dano causado pela conduta, nexos causal entre a conduta e o dano, culpa (negligência, imperícia ou imprudência) ou dolo (intenção do agente) do agente. Com relação à responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa ou dolo é dispensado, sendo necessário para sua configuração, tão somente a ação ou omissão ilícita, dano causado pela conduta e o nexos causal entre dano e conduta. Portanto, ao dispor sobre a responsabilidade objetiva do agente, a lei anticorrupção dispensa a necessidade de se provar o dolo ou a culpa quando da confirmação do ato ilícito.

30 MOREIRA, Fábio Lucas, 2017 p. 65.

É prudente dizer que a política de combate à corrupção tratada é voltada para a iniciativa privada, pois seria impossível conceber que a própria administração pública (indireta) atue em contrariedade à própria administração, ou seja, por apreço ao princípio da supremacia do interesse público, os comandos da lei não se enquadram às empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, não obstante, seus prepostos sejam individualizadamente responsabilizados por seus atos, e não a pessoa jurídica³¹.

O artigo 7º dispõe sobre a aplicação de sanções administrativas, sendo que empresas amparadas por programas de conformidade, ou *compliance*, terão abatimentos em multas. Ou seja, o Estado delega ao particular uma nova responsabilidade: a de gerir eticamente seu negócio através de um programa de *compliance* devidamente estruturado e regulado pelo Decreto 8.420/15 (publicado com o objetivo de regulamentar a lei). Em contrapartida, essas empresas serão beneficiadas em caso de sanções pelo Estado. Moreira³² ressalta que esta nova política³³ estimula empresas a investirem em programas voltados à práticas éticas, criando meios de detectar, investigar e sanar ilicitudes, subornos, fraudes em contratos, irregularidades em geral praticados contra a Administração Pública.

Outro destaque é sobre o processamento administrativo de responsabilização pelo próprio órgão atingido, pois amplia consideravelmente o poder de polícia dos órgãos da administração, que agora tornam-se os primeiros responsáveis por averiguar condutas supostamente ilícitas ocorridas em seu interior, sem necessidade de autorização de outro órgão ou Poder, conforme as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa³⁴.

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica também sofre uma ampliação em sua aplicação, pois o artigo 14 estende a possibilidade para o processo administrativo de responsabilização. É sabido que em casos de corrupção muitos agentes enriquecem e transferem esse patrimônio ilícito em nome próprio, escondendo-se atrás da proteção à pessoa jurídica. Portanto, agilizam-se as possibilidades de

31 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. 2016 p. 28.

32 MOREIRA, Fábio Lucas, 2017 p. 69.

33 O estímulo à criação de programas de *compliance*, iniciado pela lei anticorrupção, tem sido objeto de regulamentação de legislações estaduais, como uma exigência para que empresas possam contratar junto à órgãos públicos, vide, por exemplo: Lei 6.112/18 do Distrito Federal e Lei 7.7753/17 do Estado do Rio de Janeiro.

34 Ibid. p. 70.

detecção do ilícito e abrange-se o poder investigatório às pessoas físicas envolvidas³⁵.

O acordo de leniência³⁶, que é distinto da colaboração/delação premiada, é também tratado nos artigos 16 /17 e facilita a produção de provas e posterior responsabilização de toda uma cadeia de agentes envolvidos em ilícitos, que tendem a ser de difícil persecução³⁷. Apesar de já existir regulamentação sobre acordo de leniência em outras normas, como a lei antitruste (12.529/11), a nova política de combate à corrupção compreendeu que era necessário estimular o instituto, destinado exclusivamente para pessoas jurídicas, concedendo redução de multas, em troca de informações valiosas, atreladas a provas robustas e que alcancem a todos os investigados³⁸.

35 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. 2016 p. 75.

36 Segundo Dipp e Castilho (Ibid, p.79) o acordo de leniência é um instituto de natureza cível/administrativa destinado à pessoas jurídicas, com o objetivo de se obter provas ou elementos que auxiliem na obtenção de provas de atos ilícitos cometidos no âmbito corporativo entre seus representantes e servidores públicos ou políticos, a fim de se reduzir as sanções pecuniárias da empresa perante a autoridade estatal fiscalizadora. Já a colaboração premiada, segundo Lacerda e Silva (2017, p. 51) é um instituto jurídico de natureza penal, regulamentado pela lei 12.850/13, com o objetivo de se obter provas de crimes de difícil constatação, em especial, crimes de corrupção. Trata-se de acordo firmando entre delator (pessoa física), sua defesa e o Ministério Público ou Delegado de Polícia, no qual o delator deve confidenciar junto à autoridade pública detalhes sobre os ilícitos praticados pela organização criminal a qual ele era integrante, demonstrando os relatos através de provas, com o objetivo de obter redução em sua pena, por ter auxiliado a Justiça. Após a realização do acordo, o mesmo é enviado ao Juízo competente para sua homologação e posterior prosseguimento da ação penal, com a investigação dos fatos e provas contidos no acordo.

37 Em sede de “Operação Lava Jato”, Mendes e Carvalho (2017, p. 27) informam que entre 2014 e janeiro de 2017, sete acordos de leniência foram assinados junto ao CADE, com quatro empresas: Setal/SOG, Camargo Corrêa, Carioca Engenharia e Andrade Gutierrez. O acordo da empresa Setal Engenharia e Construções, em conjunto com a SOG Óleo e Gás e outras pessoas físicas (sociedades empresárias não personalizadas) dispunha sobre ocorrência de cartel em licitações de obras de montagem *onshore* da Petrobras. A Camargo Correa firmou dois acordos de leniência, sendo um dispondo sobre formação de cartel em licitação de obra na Usina Angra 3, e o outro acordo tratava sobre cartel em licitações para implementação das ferrovias Norte-Sul e Integração Oeste-Leste. A empresa Andrade Gutierrez realizou junto ao CADE três acordos de leniência, o primeiro tratou da formação de cartel e rede de corrupção na licitação da Usina Belo Monte, o segundo tratou da formação de cartel e fraudes em licitações para urbanização das favelas do Alemão, Manguinhos e Rocinha, todas no município do Rio de Janeiro, e o último dispunha sobre rede de cartel e corrupção em licitações para estádios da Copa do Mundo no Brasil, em 2014. A empresa Carioca Engenharia firmou acordo de leniência no sentido de confessar fraude em licitações e rede de corrupção no âmbito da Petrobras.

38 MOREIRA, Fábio Lucas, 2017 p. 75.

Finalmente, a lei ainda trata no artigo 18 sobre a questão de responsabilidade judicial dos envolvidos em atos de corrupção, estendendo ainda, no artigo 27, a responsabilidade às autoridades públicas que tomam conhecimento de infrações e não adotam as providências necessárias para apuração dos fatos, a fim de que toda a coletividade, tanto as entidades públicas, quanto privadas, estejam engajadas em combater a corrupção sem esperar por ações superiores³⁹.

Como observado, o resgate da ética no meio empresarial apresenta raízes na função social da empresa e seu papel no desenvolvimento econômico do país, um organismo que promove o desenvolvimento social e não visa exclusivamente o lucro. De acordo com Tomasevicius Filho⁴⁰, a ordem econômica brasileira é sustentada pelo trabalho e pelo capital, de modo que a livre iniciativa viabiliza o exercício da atividade econômica, no entanto, a liberdade da empresa não é plena, mas sim subordinada a assegurar aos indivíduos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Portanto, o empresário e a empresa somente podem usufruir dos benefícios da liberdade de iniciativa à medida em que sua atividade traga retorno benéfico aos cidadãos, não sendo admissível que a liberdade da empresa seja considerada a função individual do empresário, como único ente a ser atendido pelo desenvolvimento das riquezas.

A amplitude do artigo 170 da Constituição da República é grande, mencionando-se ainda o direito dos consumidores e a livre concorrência como fundamento social, ou seja, a empresa não pode prescindir de atender à contento aqueles que adquirem seus produtos ou serviços e devem participar eticamente do mercado a fim de que a concorrência seja estimulada, sempre sob as penas da lei⁴¹.

Portanto, sugere-se a necessidade do cumprimento da função social e comportamento ético, com o atendimento aos princípios legais por parte da empresa e de seus representantes perante o Estado, na preservação dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, as mais recentes políticas de combate à corrupção tem o fim de tornar o cumprimento da lei e dos princípios constitucionais como parte da cultura empresarial. É evidente que não é factível imediatamente

39 DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. 2016 p. 92.

40 TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais: São Paulo, RT 810/2003, p. 43-67, abr. 2003. p. 57.

41 Ibid p. 58.

eliminar do ordenamento a chance de ilicitudes, mas sim, minimizar as possibilidades e, caso detectadas, sejam rapidamente corrigidas.

Considerações finais

O Estado de Bem-Estar social foi essencial na reestruturação da sociedade do século XX, oriundo de revoluções liberais e devastado pelas desigualdades sociais de um capitalismo desenfreado. Esse novo Estado arrefece esse ímpeto voraz e determina limites à economia, de modo que se assenta na premissa de que o capital humano deve ser valorizado acima da própria economia e as riquezas devem ser partilhadas, pois o mercado livre apenas gerou pobreza para a maioria esmagadora de trabalhadores.

Na América Latina o processo de instalação do *Welfare State* foi retardado em decorrência de sua tardia industrialização, porém foi capaz de dar contorno desenvolvimentista à economia e garantir direitos sociais, como os direitos trabalhistas, previdenciários, acidentários entre outros, ao passo que ainda assim houve crescimento e expansão de mercado e tecnologia, provando-se que é possível desenvolver a nação e salvaguardar a coletividade.

Porém, a partir da década de 80, o Brasil saía de um conturbado momento político e adentrava numa redemocratização, que apesar de consagrar os direitos sociais em sua recente Constituição, torna-se um Estado de Bem-Estar com aspectos liberais, e nesse ínterim, corporações assumem papéis preponderantes na economia e política, e passam a conviver com o poder, sem que houvesse a devida regulação, tampouco debatiam-se como hodiernamente, políticas públicas para evitar a expansão da corrupção.

Com o agravamento da situação política do país, que na última década foi assolado por vários escândalos de corrupção envolvendo grandes empresas e políticos de renome, a agenda anticorrupção ganha destaque e passa a ser um objetivo social, posteriormente abraçada pela academia e pelo próprio Estado, que de forma responsiva toma para si o debate dessas novas e urgentes políticas públicas de combate à corrupção, e aprova a Lei 12.836/13, marcando um novo ciclo no âmbito da regulação econômica por parte do Estado de Bem-Estar brasileiro, garantidor de direitos sociais, porém até então frágil na efetivação destes direitos, sendo cogente a compreensão e disseminação dessas

novas políticas, a fim de buscar-se a excelência no cumprimento de função social da empresa e consolidação da ética de mercado.

Referências

ARRETCHE, Marta T. Emergência e desenvolvimento do Welfare State: teoria explicativas. *BIB*, Rio de Janeiro, n. 39, 1 semestre, p. 3-40, 1995.

BENEVIDES, Cláudia do Valle. *Um estado de bem-estar social no Brasil?* Dissertação (em Economia) – Universidade Federal Fluminense. Rio de Janeiro, 2011.

BLUME, Bruno André. *Quanto o governo investe em saúde e educação?* Disponível em: <<http://www.politize.com.br/quanto-governo-investe-saude-educacao>>. Data de acesso: 01/07/2017

CARREIRÃO, Yan de Souza. Representação política como congruência entre as preferências dos cidadãos e as políticas públicas: uma revisão de literatura internacional. *Opinião Pública*. Campinas, v. 21, n. 2, p. 393-430, ago. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DRAIBE, Sônia Mirian, Estado de Bem-Estar, desenvolvimento e cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: *30º Encontro Anual da ANPOCS – GT19 – Políticas Públicas, Sessão 1 – Reformas institucionais e Políticas Sociais*. Caxambu, Brasil, Outubro 24-28, 2006.

_____; RIESCO, Manuel. Estados de bem-estar social e estratégias de desenvolvimento na América Latina. Um novo desenvolvimento em gestão? *Sociologias*, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 220-254, maio/ago. 2011.

DIPP, Gilson; CASTILHO, Manoel L. Volkmer de. *Comentários sobre a Lei Anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2016.

KING, Desmond S. *O Estado e as estruturas de bem-estar em democracias industriais avançadas*. Novos Estudos: São Paulo, p.53-76, 1988.

LACERDA, Wagner Carvalho; SILVA, Maurício Faria. Aspectos controvertidos da delação premiada. In: PORTO, Vinícius;

MARQUES, Jader de (Org.) *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

LEAL, Rogério Gesta; SCHNEIDER, Yuri. Os efeitos deletério da corrupção em face dos direitos humanos e fundamentais. *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 41, n. 136, 2014.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. *Compliance, concorrência e combate à corrupção*. São Paulo: Trevisan, 2017.

MOREIRA, Fábio Lucas. Breves anotações sobre a lei anticorrupção. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader de (oOrg.) *O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PEREIRA, José Matias. Reforma do Estado e transparência: estratégias de controle da corrupção no Brasil. In: *VII Congresso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado e Administración Pública*. Lisboa, Portugal, outubro 8-11, 2002.

REVISTA ÉPOCA. *Gasto brasileiro com segurança alcança US\$91 bilhões*. Disponível em: <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/02/gasto-brasileiro-com-seguranca-alcanca-us-91-bilhoes.html>>. Data de acesso: 1 jul. 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT 810/2003, p. 43-67, abr. 2003.

Recebido em: 13 de agosto de 2018.

Aceito em: 12 de novembro de 2018.

DO MULTICULTURALISMO E O MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE DA ABORDAGEM INTERCULTURAL NO SISTEMA REGIONAL INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

*MULTICULTURALISM AND THE ENVIRONMENT: AN ANALYSIS
OF THE INTERCULTURAL APPROACH IN THE INTER-AMERICAN
REGIONAL SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS*

Antonio Hilario Aguilera Urquiza¹

Renata Pereira Nocera^{II}

¹ Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Campo Grande, MS, Brasil. Doutor em Antropologia. E-mail: hilarioaguilera@gmail.com

^{II} Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Campo Grande, MS, Brasil. Mestranda em Direitos Humanos. Mestre em Direito Ambiental. E-mail: renata.nocera@hotmail.com

Resumo: A abordagem interdisciplinar do meio ambiente atribuída ao novo cenário internacional de pluralismo cultural intensifica a necessidade de compreensão do estudo do multiculturalismo para o desenvolvimento de sua tutela. O sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos representa um importante papel histórico no que tange à aplicação deste entendimento, considerando que a prática tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem reconhecido a existência de inter-relações entre temas ligados ao meio ambiente e os aspectos da multiculturalidade em suas decisões de ordem ambiental. Assim, o presente texto realiza um estudo sobre as inter-relações entre o multiculturalismo e o meio ambiente, consubstanciado na atuação do sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional Ambiental. Multiculturalismo. Meio Ambiente. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

Abstract: The multicultural approach to the environment given to the new international scenario of cultural pluralism intensifies the necessity of understanding the study of multiculturalism for the development of its constituents. The Inter-American Regional System for the Protection of Human Rights represents an important historical role in the application of this understanding, given that the action of the Commission as well as the Inter-American Court of Human Rights has recognized the existence of inter-relations between themes linked to the environment and the aspects of multiculturality in its decisions on the environmental order. Hence the present text is a study on the inter-relations between multiculturalism and the environment, consubstantiated in the action of the Inter-American Regional System for the Protection of Human Rights.

Keywords: International Environmental Law. Multiculturalism. Environment. Inter-American System for the Protection of Human Rights.

Sumário: Introdução. 1 Do Multiculturalismo e a Proteção Internacional Do Meio Ambiente. 2 A Abordagem Intercultural no Sistema Regional Interamericano de Proteção Dos Direitos Humanos. Conclusão. Referências.

Introdução

A mundialização cultural avança e mostra o novo cenário internacional com o pluralismo cultural em todas as áreas de saber e vivências humanas. A complexidade da questão ambiental ultrapassa a simples noção de ecologia, encontrando explicação para os fenômenos que se manifestam junto aos mais diversos ramos do conhecimento.

A abordagem sobre a questão ambiental em caráter interdisciplinar vem sendo discutida e tratada por diversas fontes de referência, a fim de se constatar os novos paradigmas da tutela do meio ambiente.

O desempenho do sistema regional interamericano de proteção internacional dos direitos humanos, uma vez acionado no âmbito de suas competências em matérias de ordem ambiental, aponta para a necessidade de integração das especificidades culturais na concepção, medição e prática de um direito internacional ambiental adaptado ao novo cenário internacional de pluralismo cultural.

Desta feita, a presente pesquisa objetiva analisar as inter-relações entre o estudo do multiculturalismo e a proteção do meio ambiente no âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

De forma específica, demonstra as relações existentes entre os conceitos originados do estudo do multiculturalismo e o caráter interdisciplinar do direito ambiental, bem como analisa esta inter-relação através da atuação do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, que na atualidade vem contribuindo para o desenvolvimento desta temática.

Dessa forma, o tema proposto tem grande relevância e pertinência, considerando a necessidade de uma maior compreensão do caráter interdisciplinar do direito ambiental como um direito humano fundamental que deve ser tutelado e assegurado em todas as suas formas. Nesse sentido, será apresentado um estudo aprofundado utilizando-se o método dedutivo, tendo como base a revisão bibliográfica e documental.

Como resultado deste texto se espera demonstrar analiticamente os efeitos e contribuições da aplicação do estudo do multiculturalismo para proteção internacional do meio ambiente.

1 Do multiculturalismo e a proteção internacional do meio ambiente

A proteção do meio ambiente, em todas as suas formas, deve ser assegurada como um direito humano e como postulado que deve orientar os Estados e todos os poderes públicos no seu dever de protegê-lo para as presentes e futuras gerações. A tutela do meio ambiente adquiriu, assim, status de preocupação comum da humanidade, o que intensifica a necessidade de compreensão e aplicação de diversas fontes hermenêuticas, ao se considerar que o gozo dos direitos do homem depende de um meio ambiente global que o apóia.

Assim, o desenvolvimento do direito internacional ambiental¹, como um ramo do direito internacional público, nas últimas décadas, vem impulsionando uma adoção de políticas e normas de proteção ambiental no plano internacional cuja mudança de paradigma em relação à natureza e o ser humano promovem a superação do antropocentrismo, buscando uma nova relação fundamentada na solidariedade e cooperação internacional ambiental.

Essa concretização de valores relacionados ao respeito à dignidade humana corresponde ao processo de surgimento e desenvolvimento dos direitos humanos. Para Bobbio², a dignidade da pessoa humana orienta o processo de criação dos direitos humanos, na medida em que representa uma concepção integradora de todos os valores sociais que se pretende concretizar em tais direitos.

1 Em 1972, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo. Também conhecida como Eco-92 ou Rio 92 e Cúpula da Terra (II CMMAD), tendo como um dos principais resultados a Agenda 21. Após a Eco-92, ocorreram três outras conferências da ONU, que visaram monitorar a implementação da Agenda 21 em nível planetário, as quais foram conhecidas também como Rio + 5, realizada em Nova York em 1997, a Rio + 10, também conhecida como Cimeira do Desenvolvimento Sustentável de Johannesburgo, que aconteceu em 2002, e a Rio + 15, que retorna a avaliação da Agenda 21, na cidade em que foi formulada e proposta, no Rio de Janeiro em 2007. No ano de 2012, a Rio+20, uma das maiores conferências convocadas pelas Nações Unidas iniciou uma nova era para implementar o desenvolvimento sustentável – desenvolvimento que integra plenamente a necessidade de promover prosperidade, bem-estar e proteção do meio ambiente. A Rio+20 afirmou princípios fundamentais – renovou compromissos essenciais – e deu-nos uma nova direção. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/alem-da-rio20-avancando-rumo-a-um-futuro-sustentavel>>. Acesso em: 24/12/ 2017.

2 BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Ed. Campus: RJ. 1992.

Afirma ainda Norberto Bobbio³ que o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico, e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Desta feita, a compreensão das inter-relações entre as questões ambientais leva-nos à necessidade de se analisar os principais mecanismos de proteção dos direitos humanos de modo que, como afirma Santos⁴: “aumentar a consciência de incompletude cultural é uma das tarefas prévias à construção de uma concepção emancipadora e multicultural dos direitos humanos”.

Através da hermenêutica diatópica, Boaventura Sousa Santos procura igualmente traçar um caminho para superar as dificuldades que surgem do diálogo intercultural. Para Santos, as premissas capazes de levar à transformação teórica e prática dos direitos humanos, de forma a contextualizá-los e aplicá-los como multiculturais, são as seguintes: a superação da tensão universalismo-relativismo; a constatação de que, embora todas as culturas possuam concepções de dignidade humana, nem todas elas a concebem em termos de direitos humanos; a verificação de diferentes versões de dignidade humana; a percepção da incompletude das culturas; e, finalmente, a aproximação entre as políticas de igualdade e de diferença⁵.

Will Kymlicka⁶ concilia o liberalismo com os direitos de cidadania cosmopolita das minorias culturais. A sua defesa das políticas e direitos multiculturalistas está fundamentada na cultura societal das minorias mais fracas e dos seus direitos fundamentais.

Já Charles Taylor⁷ (1998), defende as “políticas de reconhecimento público” na relação dialógica entre as culturas e o Estado Nacional com todos os componentes da sociedade multicultural. O espaço público é

3 Ibid.p.25

4 SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. v. 4 .p.446.

5 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

6 KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford: Oxford University, 1995.

7 TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Lisboa: Institute Piaget, 1998.

o lugar onde todos os grupos culturais devem procurar dialogar sobre qualquer tema vital para a sua existência individual e coletiva.

Para Krohling⁸, mencionando Raimundo Panikkar, nenhuma cultura é completa e que, a partir das incompletudes, devemos buscar o encontro entre as diferentes culturas, pois o diálogo supõe sempre o diálogo, que significa a reciprocidade mútua com o outro e não a ótica do poder ou da imposição de padrões culturais localizados no ocidente ou no oriente.

Prossegue seu estudo, apontando que o conceito mais simples e unânime entre antropólogos é que “*cultura é um modo de vida de um povo*” e que cultura é o processo acumulativo resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Conceitua ainda cultura, como um sistema coletivo de sentidos, signos, valores, práticas sociais, processos sócio-políticos, criados historicamente por grupos sociais para estruturar as suas identidades coletivas, como referência vital do seu dia a dia nas relações entre si e com outros grupos, nesse sentido, interculturalidade significa interface, troca, intercâmbio, reciprocidade, criação de espaços e de participação coletiva entre culturas diferentes.

Segundo as afirmações de Bobbio⁹, os direitos humanos estão vinculados à história de cada povo, mas o problema que está gerando discussão gira em torno de justificá-los com argumentos convincentes de que realmente levam o povo ao dever de protegê-los. Entretanto, o conceito de direito e moral não devem ser confundidos, visto que o primeiro fundamenta-se na objetividade e o segundo na subjetividade. Contudo, ambos são a base do sistema de normas vigentes. Então, é possível interpretar a fundamentação dos direitos humanos através de uma cultura universal, onde uma moral crítica faz parte do Direito, e os próprios direitos humanos passam a se constituírem como deveres recíprocos de toda a humanidade. Sendo algo irrenunciável, e que transcende o próprio indivíduo, os próprios indivíduos tornam-se sujeitos naturais da efetivação dos direitos humanos, sem afastar a figura do Estado e a obrigação deste de protegê-los.

Com relação a esta linha de estudo, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura) no preâmbulo da Declaração Universal Da Unesco Sobre Identidade Cultural de 2001¹⁰,

8 KROHLING, Aloísio. Os Direitos Humanos na perspectiva da Antropologia Cultural. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, 2008, p. 161.

9 Op. cit., 1992.

10 Em 2001, a UNESCO, com o objetivo de reafirmar sua preocupação com a

definiu cultura como: “o conjunto de traços espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que definem e caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e as letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os valores, as tradições e as crenças”.

Aprovou ainda em 1989, a Recomendação Sobre A Salvaguarda Da Cultura Tradicional, observando em seu texto dentre outros aspectos a importância social, econômica, cultural e política, do papel da cultura na história dos povos e ainda a necessidade de intensificar a cooperação e os intercâmbios culturais, entre outras modalidades, mediante a utilização conjunta dos recursos humanos e materiais.

A recomendação define o que é cultura tradicional e popular, com quais medidas os Estados-membros poderiam conservá-la e protegê-la, como seria possível difundir seu conteúdo e qual papel a comunidade internacional poderia exercer para “intensificar a cooperação e os intercâmbios culturais”. No geral, são feitas sete recomendações, sendo algumas delas subdivididas em mais algumas medidas, visando assegurar a proteção da cultura tradicional e popular além das fronteiras nacionais

Seu artigo 1º prevê que a diversidade cultural é tão importante para o ser humano quanto à diversidade biológica para os organismos vivos e constitui patrimônio da humanidade que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das gerações futuras. No artigo 2º frisa que o pluralismo cultural constitui a resposta política para o fato diversidade cultural.

preservação e o respeito à diversidade cultural, estruturou e a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural. Entre os destaques da declaração, destacam-se alguns pontos: A diversidade cultural é patrimônio comum da humanidade. A diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Em nossas sociedades, cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a uns só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. A diversidade cultural amplia as possibilidades de escolha que se oferecem a todos; é uma das fontes do desenvolvimento, entendido não somente em termos de crescimento econômico, mas também como meio de acesso a uma existência intelectual, afetiva, moral e espiritual satisfatória. A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes. Enquanto se garanta a livre circulação das idéias mediante a palavra e a imagem, deve-se cuidar para que todas as culturas possam se expressar e se fazer conhecidas.

A cultura tem sido retratada como o quarto pilar do desenvolvimento sustentável ou mesmo como dimensão chave para as suas metas. A noção de sustentabilidade cultural aponta para uma nova abordagem interdisciplinar, dedicada a aumentar o significado da cultura e a importância das suas características tangíveis e intangíveis nos campos locais, regionais e globais do desenvolvimento sustentável.

A cultura é um aspecto crucial da sustentabilidade, pois consegue ilustrar como encaramos os nossos recursos naturais, e, sobretudo como construímos e cuidamos das nossas relações com os outros a curto e longo prazo, com vista à criação de um mundo mais sustentável a todos os níveis sociais.

A integração das especificidades culturais na concepção, medição e prática do desenvolvimento sustentável é fundamental, uma vez que assegura a participação da população local nos esforços de desenvolvimento.

Disso resulta, o princípio internacional ambiental da participação¹¹, como um dos princípios de destaque em matéria de proteção internacional do meio ambiente, o que implica na implementação de mecanismos de ordem internacional para sua efetiva aplicação.

Porém, os aumentos presentes dos desafios ecológicos, econômicos e sociais, direcionam uma atenção cada vez maior para a aplicação do papel da cultura no desenvolvimento integrado da investigação e das políticas no campo da sustentabilidade¹².

Existem diversas iniciativas com o objetivo de integrar a cultura nos quadros maiores do desenvolvimento sustentável. Por exemplo, a “Agenda 21 Para a Cultura” é um documento de referência para as instituições governamentais definirem as suas políticas culturais no âmbito do desenvolvimento sustentável.

11 Declaração do Rio. Princípio 10. “A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. Disponível em: <http://onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em 26/05/2017”.

12 Op. cit., 2017.

Este documento é baseado nos princípios da diversidade cultural, direitos humanos, diálogo intercultural, democracia participativa, sustentabilidade e paz.

Por sua vez, iniciativas de carácter mais acadêmico como a Acção COST IS1007 (2011–2015) “Investigar a Sustentabilidade Cultural” apontam para uma compreensão alargada de base multidisciplinar sobre as inúmeras dimensões culturais que se podem e devem encontrar no seio do desenvolvimento sustentável¹³.

Assim, a abordagem intercultural aplicada ao direito internacional ambiental é um tema atribuído às noções de direito contemporâneas, considerando o novo cenário internacional de pluralismo cultural em todas as áreas de saber e vivências humanas, o que inclui as questões internacionais ambientais.

O sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos representa um importante papel histórico no que tange à aplicação do estudo do multiculturalismo ao direito internacional ambiental, principalmente quando passamos a analisar os precedentes da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, diante das demandas de ordem ambiental acionadas no âmbito de suas competências.

2 A abordagem intercultural no sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos

Tendo como base fundamental a Carta da Organização dos Estados Americanos, Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁴, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mesmo não possuindo

13 European Cooperation in Science & Technology. Disponível em: <http://www.cost.eu/>. Acesso em: 27 dez. 2017.

14 A Carta da Organização dos Estados Americanos é um tratado interamericano que cria a Organização dos Estados Americanos. Foi celebrada na IX Conferência Internacional Americana de 30 de abril de 1948, ocorrida em Bogotá. Entrou em vigência a 13 de dezembro de 1951. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é uma declaração internacional aprovada na mesma data, juntamente com a Organização dos Estados Americanos (OEA). Historicamente, este foi o primeiro instrumento internacional que declara direitos humanos, antecipando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada seis meses depois. Posteriormente, em 1969 se subscreve a Convenção Americana de Direitos Humanos (também conhecida como Pacto de San José de Costa Rica ou CADH) que entra em vigência em 1978 que estabelece o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

especificamente regulamentos de ordem ambiental, tem apresentado uma forte contribuição para os debates relativos aos grandes temas do direito internacional ambiental.

Quanto aos aspectos culturais a Convenção Americana de Direitos Humanos limita-se a estabelecer em seu artigo 26¹⁵ que os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais, educação, ciência e cultura.

Contudo, a prática tanto da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem demonstrado que no contexto regional interamericano é possível amparar e proteger temas ligados ao meio ambiente no plano das relações internacionais, cuja temática ambiental é abordada ressaltando-se os aspectos da multiculturalidade das relações internacionais contemporâneas.

De fato, a imensa maioria dos casos inerentes à temática ambiental no sistema interamericano decorre da constante utilização de áreas de florestas e de zonas rurais para o atendimento de demandas dos grandes centros urbanos por bens e serviços que variam do fornecimento de matérias-primas, alimentos, água e combustível, até o uso de áreas para depósitos de lixo. Nesse contexto, as populações mais vulneráveis à expansão econômica sobre os recursos naturais têm sido os povos indígenas, quilombolas e as comunidades camponesas das Américas¹⁶.

Como exemplo de proteção ambiental no sistema interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, apresentou a Resolução nº 12/85 do povo Yanomami vs. Brasil, sobre as inter-relações entre construção de uma rodovia em território amazônico habitado pela etnia Yanomami e o rápido processo de violação dos direitos à vida, à saúde, à liberdade, à segurança e ao direito de residência do grupo indígena.

15 Convenção americana de Direitos Humanos. Artigo 26. “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

16 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, n. 17, jan./jun. 2013, p. 211.

Ressaltou em seu informe anual 1984/85, no tópico “Resoluções Relativas a Casos Individuais”, que com relação ao caso Yanomami vs. Brasil:

El Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural¹⁷.

No caso *Mayagna Awas Tingni v. Nicaragua*¹⁸, sobre a concessão irregular de exploração madeireira em terras indígenas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu o Direito dos povos Indígenas à propriedade Coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade, à sua sobrevivência econômica.

Acrescentou que as comunidades indígenas têm direito a terra para preservar seu legado cultural e transmiti-lo a gerações futuras.

Já no caso *Moiwana v. Suriname*¹⁹ (Corte IDH, 2006), a Corte constatou que integrantes de uma comunidade quilombola (expulsos de suas terras tradicionais após uma chacina promovida pelo Exército surinamês) viviam sob intenso sofrimento psicológico decorrente do afastamento de seus hábitos culturais e religiosos, intensamente ligados ao contato com a natureza e às suas terras tradicionais, proferindo entendimento no sentido de que os dispositivos da Convenção Americana relativos aos direitos de propriedade, de circulação, de residência e de liberdade de religião estavam sendo violados.

Por sua vez, no caso *Yakye Axa v. Paraguai*²⁰ a Corte fortaleceu o entendimento de que o direito à vida não se restringe ao direito de

17 O direito internacional, no seu estado atual e cristalizado no artigo 27º do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, reconhece os grupos étnicos o direito à proteção especial para o uso da sua língua, o exercício da sua Religião e, em geral, de todas as características necessárias para a preservação da sua identidade cultural.

18 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.

sobrevivência em si, mas se estende à promoção de uma vida com dignidade, exercida de forma plena com o acesso aos benefícios da cultura, à saúde, alimentação, educação e ao meio ambiente sadio.

Ressalta-se ainda, que em ambos os casos a ineficácia ou inexistência de mecanismos da legislação interna dos Estados demandados em garantir aos povos tradicionais o direito de pleitearem juridicamente a propriedade de suas terras fez com que a Corte destacasse a violação do direito de reconhecimento da personalidade jurídica como forma de privação dos povos indígenas e das comunidades quilombolas do contato com a terra e seus recursos naturais.

Ao reconhecer a concepção indígena da propriedade, nota-se que o sistema regional interamericano vem utilizando o pluralismo, a comunicação intercultural, a valoração dos sentimentos humanos e das normas narrativas em seus posicionamentos, oriundos de uma temática contemporânea do direito.

O reconhecimento do pluralismo é verificado a partir do entendimento de que o alcance dos dispositivos da Convenção Americana não se limita aos valores culturais ocidentais²¹. Como exemplo, a Corte Interamericana em *Mayagna Awas Tingni v. Nicarágua*, ao concluir que os prejuízos ambientais da exploração madeireira irregular em território tradicional de grupos indígenas implicaram violações ao direito de propriedade das comunidades afetadas, demonstrou que a proteção ao direito de propriedade garantido pelo art. 21²² da Convenção Americana se estende ao conceito de propriedade comunal dos povos indígenas, exercido pela garantia de tais povos utilizarem-se dos recursos naturais de suas terras tradicionais como forma de manutenção de seus hábitos culturais, como religião, práticas agrícolas, a caça, a pesca e os modos de vida de suas respectivas comunidades.

Desta feita, a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos tem reiteradamente reconhecido o direito de propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais, e o dever de proteção que emana do artigo 21 de Convenção Americana.

21 Op. cit., 2013., p. 211.

22 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Artigo 21. “Direito à propriedade privada 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei”.

Em decisão recente, de 5 de fevereiro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou no o caso Povo Indígena Xucuru v. Brasil²³, cujo objeto versou sobre a violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru em consequência da demora de mais de dezesseis anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais, também pela demora na regularização total dessas terras e territórios, de maneira que o mencionado povo indígena pudera exercer pacificamente tal direito.

O caso submetido à Corte, em 16 de março de 2016 pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, se referiu à suposta violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, em consequência: i) da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e ii) da suposta demora na desintração total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito. O caso também se relaciona à suposta violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do alegado descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo, bem como da suposta demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com relação à parte das terras e territórios ancestrais do Povo Indígena Xucuru. A Comissão salientou que o Brasil violou o direito à propriedade, bem como o direito à integridade pessoal, às garantias e à proteção judiciais previstos nos artigos 21, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento (CoIDH, 2018).

Sobre os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, os representantes da comunidade indígena destacaram que o processo de demarcação da terra indígena ainda não foi concluído, pois há que considerar que o povo Xucuru espera há 27 anos obter o gozo pacífico e exclusivo de seu território. Sustentaram que o processo administrativo de delimitação e demarcação da terra dos povos indígenas é dividido em diferentes fases, inseridas num processo que deveria avançar de maneira sucessiva, sem nenhum tipo de complicação. No entanto, no caso do território indígena do povo Xucuru, o desenvolvimento de cada

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Casos. 12.728 Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Brasil*, sentença de 5 de fevereiro de 2018.

uma dessas fases não ocorreu de maneira automática, expondo o povo indígena a uma série de ameaças e inseguranças jurídicas. No que se refere às ações judiciais interpostas por não indígenas, afirmaram que excederam o prazo razoável de duração, de acordo com os parâmetros estabelecidos na Convenção. As ações apresentadas por terceiros careciam de complexidade, razão pela qual não há lugar para uma justificação para uma duração tão longa, destacando os efeitos nocivos da situação anterior. Em razão do exposto, os representantes concluíram que o Estado violou os artigos 8 e 25, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção²⁴.

Em sede de defesa, o Estado brasileiro afirmou que o regime jurídico brasileiro garante proteção maior às comunidades indígenas, consagrando a posse permanente da terra, a qual é inalienável, imprescritível e inembargável. São os povos indígenas que têm o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios, lagos, etc., respeitando sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições. A Constituição estabelece o dever da União de delimitar e proteger as terras indígenas²⁵.

Em decisão, a Corte declarou que²⁶:

A CORTE DECIDE, por unanimidade, 1. Julgar improcedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito pela Comissão; à incompetência *ratione materiae*, a respeito da suposta violação da Convenção 169 da OIT; e à falta de esgotamento prévio dos recursos internos, nos termos dos parágrafos 24, 25, 35, 36, 44, 45, 46, 47 e 48 da presente Sentença. 2. Declarar parcialmente procedentes as exceções preliminares interpostas pelo Estado, relativas à incompetência *ratione temporis* a respeito de fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte por parte do Estado, nos termos dos parágrafos 31 e 32 da presente Sentença. DECLARA: Por unanimidade, que: 3. O Estado é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 130 a 149 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 4. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, previsto nos artigos

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Casono. 12.728 Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros Brasil*, sentença de 5 de fevereiro de 2018.p.27

25 *Ibid.*, p. 28

26 *Ibid.*, p. 53-54

25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 150 a 162 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 5. O Estado não é responsável pela violação do dever de adotar disposições de direito interno, previsto no artigo 2o da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 21 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 163 a 166 da presente Sentença. Por unanimidade, que: 6. O Estado não é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, nos termos dos parágrafos 171 a 181 da presente Sentença. E DISPÕE: Por unanimidade, que: 7. Esta Sentença constitui, por si mesma, uma forma de reparação. 8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença. 9. O Estado deve concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fê pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença. 10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença, nos termos nela dispostos. 11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212 e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença. 12. O Estado deve, no prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento. 13. A Corte supervisionará o cumprimento integral desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez tenha o Estado dado cabal cumprimento ao nela disposto. 55 Corte IDH. Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte salientou que não é possível considerar uma violação da garantia de acesso ao Poder Judiciário relativo ao processo administrativo de demarcação, já que se trata de um processo iniciado de ofício pelo Estado, em cumprimento à Constituição. Os indígenas,

apesar da possibilidade de participar de todas as fases do processo administrativo demarcatório, não são autores, mas beneficiários da ação estatal e do resultado do processo administrativo. Segundo o Estado, é irrazoável declarar uma violação porque não foi retirado o último dos ocupantes não indígenas, sem levar em conta que a terra está demarcada e titulada há mais de uma década²⁷.

Quanto ao prazo razoável e a efetividade dos processos administrativos, a Corte salientou que a jurisprudência do Tribunal em outros casos que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial. Que os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana reiterando reiterou que o direito de toda pessoa a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo perante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais, “constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”. Além disso, no que diz respeito a povos indígenas e tribais, é indispensável que os Estados ofereçam uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades e suas características econômicas e sociais, além de sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes²⁸.

Outro aspecto que cumpre mencionar foi à ordem de criação pelo Estado brasileiro de um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial imposto aos membros do Povo Indígena, fixando a condenação ao montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para a constituição do referido fundo.

O caso ofereceu à Corte Interamericana a oportunidade de aprofundar sua jurisprudência em matéria de propriedade coletiva dos povos indígenas, sobre suas terras e territórios ancestrais e efetividade do acesso à justiça em questões ambientais. Além disso, o caso permitiu

27 Ibid., 2018, p. 28.

28 Ibid., 2018, p. 34.

à Corte fortalecer a aplicação dos direitos humanos com base nos aspectos culturais, usos, costumes e crenças de cada povo.

Conclusão

A tutela do meio ambiente adquiriu status de preocupação comum da humanidade, o que intensifica a necessidade de compreensão e aplicação de diversas fontes para compreensão das inter-relações originárias das questões ambientais.

A noção de sustentabilidade cultural aponta para uma nova abordagem interdisciplinar, dedicada a aumentar o significado da cultura e a importância das suas características, considerando que a diversidade cultural constitui patrimônio da humanidade que deve ser reconhecido e consolidado em benefício das presentes e gerações futuras.

O sistema regional interamericano de proteção dos direitos humanos representa um importante exemplo para essa linha de estudo, considerando que grande parte dos casos de ordem ambiental está relacionada diretamente as populações mais vulneráveis à expansão econômica sobre os recursos naturais como os povos indígenas, quilombolas e as comunidades campesinas das Américas.

Na América Latina, a CIDH tem respondido às situações de incompatibilidade entre distintos usos de um mesmo território, seja pelo tipo de atividades econômicas ou por fatores culturais e sociais. Ao reconhecer a concepção indígena da propriedade, nota-se que o sistema regional interamericano vem utilizando o pluralismo, a comunicação intercultural, a valoração dos sentimentos humanos e das normas narrativas em seus posicionamentos, oriundos de uma temática contemporânea do direito.

Além disso, é evidente a necessidade de se fortalecer as capacidades dos grupos de pessoas tradicionalmente vulneráveis nos processos participativos, como mulheres, povos indígenas e afrodescendentes, e de se reconhecer a diversidade de idiomas e culturas na região. A participação pública não pode estar restringida a poucos meios, como um só idioma, em países interculturais, ou um meio, como Internet, quando há sérias deficiências na cobertura. O Estado deve reconhecer os aspectos multiculturais, prestando especial atenção aos grupos vulneráveis ou excluídos deste processo.

Referências

ADEODATO, João Maurício. Bases para uma metodologia de pesquisa em direito. Disponível em: http://www.planejamentotributario.ufc.br/artigo_Bases_em_Direito.pdf. Acesso em: 28 maio 2017.

ALOÍSIO KROHLING. Os Direitos Humanos na perspectiva da Antropologia Cultural. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 3, 2008.

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

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso No. 12.728 PuebloIndígena Xucuru y sus miembros Brasil*.

_____. *Resolução n° 12/85 do povo Yanomami v. Brasil*.

_____. *Convenção americana sobre Direitos Humanos*.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 29 dez. 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.

_____. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

_____. *Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam*.

Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2006 Serie C No. 145.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. A convergência entre a proteção ambiental e a proteção da pessoa humana no âmbito do direito internacional. *Rev. Bras. Polit. Int.*, v. 50, n. 1, p. 121-138, jun. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v50n1/a07v50n1.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

_____. Notas e reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em matéria ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. *RevAmbient. soc.*, v. 13, n. 2, p. 243-259, dez 2010.

Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v13n2/v13n2a03.pdf>.
Acesso em: 28 maio 2015.

KYMLICKA, Will. *Multicultural citizenship*. Oxford: Oxford University, 1995.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito ambiental Brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Odireito internacional do meio ambiente eogreeningda Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Revista Direito GV*, n. 17, jan./jun. 2013.

_____. *The Environmental Protection in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights*. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/285618720The_Environmental_Protection_in_the_Jurisprudence_of_the_Inter-American_Court_of_Humann-Rights Acesso em: 29 dez. 2017.

PANIKKAR, Raimundo. La notion des droits de l’homme est-elle um concept occidental?, *Interculture*, v. XVII, n. 1, Cahier 82.

_____. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 205238.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva 2006.

RAMÓN. Martín Mateo. *Nuevos Instrumentos para la tutela ambiental*. Edit. Trivium. Madrid, 1.994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. v. 4.

_____. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

STEPHENS, Tim. *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge: Cambridge University Press.2009.

TAYLOR, Charles et al. *Multiculturalismo*. Lisboa: Institute Piaget, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

UNESCO. *Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imateria*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. *Declaração Universal Declaração Universal sobre a diversidade cultural*. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2017.

VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional Público*. São Paulo: Saraiva. 2009.

Recebido em: 12 de setembro de 2018.

Aceito em: 12 de novembro de 2018.

PACHA MAMA: LA MADRE TIERRA E A RESSIGNIFICAÇÃO DA TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA EM FACE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO DA AMÉRICA LATINA

PACHA MAMA: THE MOTHER EARTH AND THE RESSIGNIFICATION OF THE PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN THE FACE OF THE NEW CONSTITUTIONALISM OF LATIN AMERICA

Claudio José Amaral Bahia^I 

Claudia Mansani Queda de Toledo^{II} 

Flávio Euphrásio Carvalho de Toledo^{III} 

^I Centro Universitário de Bauru (CEUB), Programa de Pós-Graduação em Direito, Bauru, SP, Brasil. Doutor em Direito. claudio_amaralbahia@hotmail.com

^{II} Centro Universitário de Bauru (CEUB), Programa de Pós-Graduação, Bauru, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: mclaudia@univali.br

^{III} Centro Universitário de Bauru (CEUB), Bauru, SP, Brasil. Mestre em Direito. E-mail: flavio@ite.edu.br

Resumo: A indiferença pelo outro tomou conta, em nível mundial, da sociedade, estando esta esmagada pela necessidade de consumo e realização, momento em que os direitos fundamentais passaram a ser negligenciados com mais intensidade, aviltando-se a dignidade ínsita e indissociável do ser humano. Em um momento em que os regimes de força, perigosamente ascendendo sob um viés democrático, são apontados como possível solução das crises que permeiam o dia a dia, o novo constitucionalismo da América Latina, materializado na sua copérnica visão da Pachamama, pode ser o instrumento decisivo de retomada, por parte do Brasil, dos ideais que levaram e desaguaram na Constituição Cidadã de 1988. Nesse contexto, o presente trabalho teve por escopo demonstrar que o desenvolvimento do constitucionalismo na América Latina pode se converter em valiosa ferramenta à necessária ressignificação da tutela da dignidade

Abstract: The indifference towards the other has taken over society on a global scale, being overwhelmed by the need for consumption and realization, at a time when fundamental rights have been neglected more intensely, degrading the human being's inherent and inseparable dignity. At a time when regimes of force, dangerously rising under a democratic bias, are pointed out as a possible solution to the crises that permeate everyday life, the new constitutionalism of Latin America, embodied in its coined Pachamama vision, can be the instrument decisive for the resumption by Brazil of the ideals that led to and flowed into the Citizen Constitution of 1988. In this context, the present work had the purpose of demonstrating that the development of constitutionalism in Latin America can become a valuable tool for the necessary re-signification of the guardianship of human dignity, demonstrating that a qualified life, for its attainment, evolves

humana, demonstrando que uma vida qualificada, para seu atingimento, evolve um mínimo existencial ecológico, isto é, uma verdadeira e inseparável interação entre todos os elementos que compõem a Mãe Terra. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo e de pesquisa bibliográfica, o artigo foi estruturado em duas partes principais: novo constitucionalismo e Estado de Bem Viver e, em sua decorrência, a revalorização da diversidade e a ressignificação da dignidade humana, por meio do conceito de Pachamama.

Palavras-chave: América Latina. Novo constitucionalismo. Dignidade humana. Pachamama.

an existential ecological minimum, that is, a true and inseparable interaction between all the elements that make up the Earth Mother. Using the hypothetical-deductive method and bibliographical research, the article was structured in two main parts: new constitutionalism and welfare state and, as a result, the revaluation of diversity and the resignification of human dignity, through the concept of Pachamama.

Keywords: Latin America. New constitutionalism. Human dignity. Pachamama..

Sumário: Introdução. 1 Breves considerações acerca do novo Constitucionalismo Latino-americano e seu elemento inclusivo diferenciador: Estado de Bem Viver. 2 Pachamama: a valorização da diversidade e a ressignificação da vida digna. Conclusões. Referências.

Introdução

Levando-se em consideração o inusitado e preocupante cenário brasileiro da atualidade, remarcado pelo insistente retrocesso sobre a discussão de pautas que, aparentemente e em se tratando de direitos fundamentais, já haviam, de há muito sido superadas, necessário se faz uma profunda análise sobre os ensinamentos que são passados pela América Latina: muitos países coirmãos, recém superados os profundos traumas de violência e opressão, ressignificaram e continuam ressignificando, conceitos indelévels para o respeito da diversidade étnica e cultural e para a democracia, em especial no que diz respeito a concretização de uma vida digna.

Importante deixar assente que a profundidade e amplitude que a discussão merece, por evidência, não é a pretensão deste singelo artigo, mas sim, o de fomentar a pesquisa acerca do novo movimento constitucional deflagrado na América Latina e a viabilidade de utilizá-lo como instrumento de recuperação dos ideais constitucionais de 1988, os quais, infelizmente, se encontram hodiernamente escanteados, ou, num cenário mais generoso, em pleno processo de sucateamento de sua substância.

Ora, pois.

A luta pela inserção, ressignificação e proteção do ser humano¹, confunde-se, de certa medida, com a evolução dos movimentos constitucionais, principalmente quando estes são entendidos como técnicas de liberdade.

Utilizando-se como marco referencial teórico e temporal as revoluções americana (1776) e francesa (1789), impôs-se a necessidade de adoção de constituições escritas, que viessem a contemplar a organização e a estrutura estatais, a separação das funções do poder e um rol mínimo de direitos fundamentais, visando a derrocada dos regimes absolutistas vigentes e a instalação de um novo modelo, de caráter democrático.

Entretanto, com o passar do tempo, referido ideal sofreu com as intempéries do desatino humano, culminando com as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, obrigando que os Estados ressuscitassem o conceito e o valor de seus documentos constitucionais, reforçando sua supremacia hierárquica em relação as demais espécies normativas existentes, bem como, elegessem a proteção da dignidade humana como início e fim de sua razão de existir.

Diante da dificuldade inerente a conceituação do que viria a ser dignidade humana, mas entendendo que sua supressão não poderia acontecer ou ficar relegada a segundo plano, os países aliados houveram por bem em realizar um ‘pacto de não definição’, possibilitando-se, assim, que a esmagadora maioria dos textos fundamentais (aqui a redundância se faz necessária) positivassem sua tutela, em topografia normativa privilegiada, exceção feita aos Estados Unidos da América que até a presente data não traz expressamente referida tutela na Carta de 1787 e nem em suas emendas posteriores.

Todavia, é preciso deixar assente que, muito embora não se tenha a positivação do vetor em questão na constituição estadunidense,

1 GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo Tarso. *Dignidade da pessoa humana: na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 64: “[...] Desta forma, a dignidade está em construção, onde projeta-se indispensabilidade de uma perspectiva (e, portanto, contextualização) histórico cultural da dignidade, onde infere-se que o significado de dignidade da pessoa humana está intimamente ligado ao respeito inerente a todo ser humano, mas existe além disso, seu ideário que relaciona-se com a contingência histórica e cultural, sujeitando-se à evolução do processo civilizatório, em cada tempo e lugar, razão pela qual não se acha determinada em dimensão absoluta. Por isso, é um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento, onde percebe-se que o reconhecimento de uma dimensão cultural apresenta dignidade ao valor intrínseco reconhecido ao indivíduo, mas valorado como uma conquista pela ação concreta de cada sujeito [...]”.

seu conceito não é infenso a seu mundo jurídico, tendo sido trabalhado pela Suprema Corte, em especial no que diz respeito à aplicação e cumprimento de penas por condenados da justiça criminal.

Seguindo-se a marcha do tempo, e já em meados do século XX, necessário se faz enfatizar a inquietude que tomou conta da sociedade parisiense em 1968, inquietude essa que acabou por espraiair seus efeitos mundo afora, surgindo, então, o que se convencionou nominar de pós-modernidade², movimento que, ao enaltecer a necessidade de reconhecimento das diferentes inerentes a essência humana³, deu voz as minorias sociais, permitindo que a humanidade se veja efetivamente como ela é: com suas virtudes e com seus vícios!

Isso não deixa dúvida de que somos seres em constante e ininterrupta construção ou, nas palavras do gênio simples de Paulo Freire, seres em estado de transição, cuja incompletude somente pode ser amainada com a apreensão da diversidade do outro; eis a maior grandeza e virtude da humanidade: ser diferente!

-
- 2 BITTAR, Eduardo. C. B. *O Direito na pós-modernidade*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 94: “[...] A pós-modernidade, na acepção que se entende cabível, é o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionamento completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, ela inaugura sua mescla com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista como um conjunto de condições ambientais, para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.) [...]”.
- 3 BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 15: “[...] Esta constatação implica a convicção de que os direitos fundamentais na pós-modernidade devem ter a função de proteger os cidadãos não apenas do Estado, mas principalmente de todos os centros que de diversas formas acumulem poder e realizem discursos fortes, cuja tendência seja a subjugação dos mais fracos. É possível vislumbrar uma novel função para a dogmática dos direitos fundamentais: a função de proteger a todos dos males intrínsecos ao mercado e inerentes ao modo de viver da maioria das pessoas nos dias atuais. Um destes males, e talvez o que mais largamente esteja sendo difundido, reside no conjunto de atos humanos que causam as modificações no clima da terra [...]”.

O mais conhecido dos filósofos existencialistas, Jean Paul Sartre⁴, dentro do contexto acima alinhavado, trabalhou a questão do paradoxo da liberdade, descrevendo a pessoa humana como uma “ser em situação”⁵: ora, se é bem verdade o fato de que obstáculos são colocados no caminho de nosso desenvolvimento sem que tal tenha se dado por ato de nossa vontade, não menos verdade é que pela livre escolha se pode dar a devida destinação digna aos acontecimentos.

Entretanto, não se pode desconsiderar o fato de que a livre escolha quanto a tomada de decisões e prática de atos exige, necessariamente, que sejam colocadas, validamente, opções para serem analisadas e consideradas.

Quando se tem apenas um caminho, a sua adoção não é mais voluntária, mas sim, compulsória, compulsoriedade essa que também se torna visível quando, a despeito de existirem opções, tem-se que as informações sobre cada uma delas são desprovidas de fundamento e creditada: a chamada pós-verdade.

Infelizmente, ainda se encontra espaço para situações que nos remetem ao Mito Platônico da Caverna, preferindo-se as sombras da ilusão às luzes da realidade: ao invés de se construir, se destrói, se separa, se desune, afastando-se, de forma abissal, dos fundamentos republicanos estampados no art. 3.º da CF/88, afetando-se, sobremaneira, a autodeterminação e o respeito que devem proteger o núcleo bioético que forma o Estado brasileiro.

O Brasil, a despeito de suas disposições constitucionais amplamente voltadas a defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais e sociais dela decorrentes necessita, urgentemente, beber

4 STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2. Ed.. Petrópolis: Editora Vozes, 2016, pp. 516-517: “[...] A doutrina sartreana impõe ao homem uma responsabilidade enorme. O homem só pode retirar-se do nada e se defender de sua ameaça incessante, desenvolvendo-se por si mesmo, por assim dizer puxando-se por suas próprias tranças. Ele sozinho é responsável por si – ninguém mais, em particular nenhum Deus: Sartre é ateu. E o homem não é apenas responsável diante de si e por si, mas sempre ao mesmo tempo diante do outro e pelo outro. Como os seus romances bem o demonstram, é no entrelaçamento indissolúvel entre o eu uno e todos os outros, ou seja, na intersubjetividade, que se enraíza a ética sartreana. Assim, é consequente que Sartre tenha se empenhado desde o princípio pelo conhecimento e pela configuração da vida social e da vida política [...]”.

5 SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 602: “[...] Começamos a entrever o paradoxo da liberdade: não há liberdade a não ser em situação, e não há situação a não ser pela liberdade. A realidade humana encontra por toda parte resistências e obstáculos que ela não criou, mas essas resistências e obstáculos só têm sentido na e pela livre escolha que a realidade humana é [...]”.

da mesma fonte de movimentos basilares iniciados na América onde vive, participando, intensamente, do processo que Marcelo Neves denominou de transconstitucionalismo, ou seja, preconizando o diálogo entre as diversas ordens jurídicas, mormente quando o assunto é a defesa dos direitos humanos (no plano internacional) e dos direitos fundamentais (no plano interno).

Discursos de ódio, disseminados em progressão geométrica pelas redes sociais, passaram a fazer parte do cotidiano, deixando sobressair declarações assustadoras, recebendo perigosos aplausos da sociedade: é o retrato da fluidez decantada por Bauman⁶, materializada na baixa noção acerca dos direitos fundamentais que têm os cidadãos.

A dificuldade que vem sendo imposta nas pessoas, em especial as menos favorecidas, acaba por criar um efeito anestésico social, isto é, diante da busca incessante da (minha) felicidade⁷, o outro perde valor, importância e dignidade⁸, e, com o passar do tempo, torna-se o inimigo

-
- 6 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 8: “Os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo. Enquanto os sólidos têm dimensões espaciais claras, mas neutralizam o impacto e, portanto, diminuem a significação do tempo (resistem efetivamente a seu fluxo ou o tornam irrelevante), os fluidos não se atêm muito a qualquer forma e estão constantemente prontos (e propensos) a muda-la; assim, para eles, o que conta é o tempo, mais do que o espaço que lhes toca ocupar; espaço que, afinal, preenchem apenas “por um momento”. Em certo sentido, os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, o tempo é o que importa. Ao descrever os sólidos podemos ignorar inteiramente o tempo; ao descrever os fluidos, deixar o tempo de fora seria um grave erro. Descrições de líquidos são fotos instantâneas, que precisam ser datadas”.
- 7 KELLER, Rene J. *Direitos emergentes e cidadania: as lutas sociais urbanas por emancipações no cotidiano do capital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 79: “[...] O gerenciamento da biografia pessoal passa a ser, ao menos ideologicamente, atividade exercida de modo plenamente individual, no sentido de que ignora mediações identitárias vinculadas ao aspecto puramente econômico. A concretização dos projetos pessoais independem de estratificações de largos grupos, como as classes sociais o são, pesando a responsabilidade sobre a particularidade do indivíduo. A pessoa individualizada acredita tão somente no próprio esforço como caminho à realização, abandonando e dissolvendo qualquer tentativa de apregoa-la em categorias rígidas que não lhe passam sentido algum”.
- 8 NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume II: Dignidade e inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016, p. 104: “[...] Haverá violação da dignidade da pessoa humana quando alguém, independente das suas capacidades intrínsecas, de suas opções ou de seus actos, é desrespeitado na sua humanidade, ou seja, é tratado em termos que, de acordo com o sentido de justiça próprio do nosso tempo, evidenciam um não reconhecimento ou um desrespeito que denigrem a sua qualidade especificamente humana ou o seu valor de pessoa, ou lhe infligem uma humilhação potencialmente destrutiva de seu auto-respeito [...]”.

a ser combatido, permitindo, o renascimento de regimes totalitários, capitaneados por novos (pseudos) messias⁹.

Confrontando essa nefasta perspectiva, adentra-se ao constitucionalismo da diversidade apregoadado na América Latina como importante e decisivo instrumento de reconexão do Estado brasileiro aos ideais proclamados em 05 de outubro de 1988.

Com isso, aproveita-se para entender a imperatividade de migração do Estado de bem-estar, para o Estado de bem viver, com a devida harmonização do homem com o meio ambiente em que se desenvolve, afastando-se de um antropocentrismo irracional ou despótico¹⁰ que, tal qual o mito de Narciso, fará com que este o afogue em sua própria imagem refletida nas profundas e mortais águas da intolerância e da indiferença.

Em tempos sombrios como os atuais, nunca será demais rememorar que o ser humano deve ser o início e o fim de todo e qualquer sistema, a fim de que sejam definitivamente fechados os espaços para um triste retorno dos regimes de força.

9 MOREIRA, Adriano. *Ciência olítica*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 398: “[...] O internacionalismo, de conteúdo vago e de forma indecisa, parece ser a ideologia que dá cobertura a uma tal reivindicação, embora não seja fácil entender porque é que se espera de uma autoridade supranacional, em relação aos direitos do homem, um comportamento mais aceitável do que aquele que se critica aos poderes tradicionais. Entende-se que duma tal autoridade, seja qual for a forma que revista, se espere que eliminará os conflitos tradicionais dos Estados e dos povos, pela circunstância da fusão dos interesses no bem comum geral. Mas nada deixa supor que os direitos do homem estarão mais ao abrigo dos atentados, nem que um tal poder não será capturado em favor de setores privilegiados do mundo?”.

10 MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Por uma Constituição Gaia: a busca de um novo modelo constitucional para os animais não humanos e para a natureza*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 77: “[...] Inaugurando o que tem se convencido denominar de Novo Constitucionalismo Latino-Americano, a Constituição de Montecristi, como ficou conhecida, abre espaço para a rediscussão de cânones epistemológicos até então tido como absolutos. A Carta equatoriana é a primeira a romper ao menos duas grandes barreiras erguidas há muito pelo pensamento dominante lastreado no Iluminismo: a de que o homem é o senhor absoluto do mundo (antropocentrismo); e a de que o único conhecimento válido é aquele baseado nos fundamentos eurocêntricos renascentistas (na razão). Um ponto emblemático da Constituição demonstra tal constatação: o reconhecimento jurídico-constitucional dos direitos da natureza, ou direitos de Pachamama [...]”.

1 Breves considerações acerca do constitucionalismo latino-americano e seu elemento inclusivo diferenciador: estado de bem viver

O Direito, em face as inúmeras, ininterruptas e inesgotáveis transformações sociais, necessariamente torna-se permeável as novas demandas, buscando adaptar-se, adequadamente, aos novos atores sociais e, em especial, a concretização dos direitos que lhe pertencem em face sua dignidade¹¹, respeitando, assim, à *superdiversity* globalmente reconhecida¹²: há o intangível direito de ser e de continuar sendo diferente, invocando-se a profícua lição do sociólogo luso Boaventura de Sousa Santos¹³.

-
- 11 BOTERO J., Nodier. *Guías filosóficas y semiológicas para estudiar la Constitución Política de Colombia*. Armenia: Global Textos Ediciones, 2018, p. 74: “[...] Las tesis renovadoras para superar el paradigma moderno suponen el abandono del pensamiento ‘abismal’ que aparece separado de las realidades concretas y formular, a cambio, una nueva teoría crítica de la sociedad, (una crítica de la razón indolente, la llama de Souza Santos), que nos haga replantear el principio de la emancipación y proponer una nueva teoría de la historia como respuesta a la revolución tecnológica, para superar las dicotomías tradicionales (civilizado/bárbaro; blanco/negro; norte/sur; igualdad/diferencia) y privilegiar al conocimiento como el vehículo obligado para cualquier proceso emancipador. Así se podrán reformular nuevos principios y valores y apuntar a unas metas culminantes que impliquen el replanteamiento de la democracia en tempos de la globalización, reinventar la idea del Estado en clave igualitaria, solidaria y participativa y abrir nuevas posibilidades de intervenciones democráticas, nos dice Boaventura de Souza Santos. Por estas mismas vías críticas y epistemológicas podremos descifrar el simbolismo y la significación de nuevos valores de la modernidad que ahora han caído en la ambigüedad y el oscurecimiento conceptual ‘por un exceso del sentido que los neutraliza’. Estos son los principios para encontrar los nuevos significados de libertad, de igualdad, de autonomía, de subjetividad, de justicia, de solidaridad y las antinomias entre ellos [...]”.
- 12 ROCHA, Cláudio Hilsdorf; MACIEL, Ruberval Franco. Ensino de língua estrangeira como prática translíngue: articulações com teorizações bakhtinianas. *D.E.L.T.A.*, 31-2, 2015, p. 413: “[...] A acentuada ruptura com as noções de tempo, espaço e fronteiras que marca a atualidade vem afetando as bases do pensamento racionalista cartesiano, ressaltando as ideias de complexidade e superdiversidade para explicar as práticas sociais e nossa constituição linguística, cultural e identitária, como discutem Kumaravadivelu (2012), Blommaert e Rampton (2011), entre outros teóricos. Por sua vez, conforme discorre Vertovec (2007), termos como a condição pós-moderna, modernidade tardia, superdiversidade, entre outras possibilidades, surgem para abordar os diferentes aspectos e condições que caracterizam o funcionamento das sociedades contemporâneas, evidentemente marcadas pelo fluxo transnacional, também associado aos impactos das tecnologias digitais de comunicação e informação [...]”.
- 13 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 56: “[...] Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades [...]”.

Não se pode perder de vista, com supedâneo em Ulrich Beck¹⁴, que depois da Revolução Industrial, eclode, com mais intensidade, uma sociedade de risco, haja vista que, na mesma medida em que se verificam incontáveis desdobramentos econômicos e tecnológicos, assumem-se, concomitantemente, incontáveis e imprevisíveis situações de prejudicialidade.

Parece ser incontroversa a assertiva de que o Direito, enquanto meio regulamentador do comportamento humano, deve sempre, sob pena da completa e irrestrita perda de sua eficácia, acompanhar a evolução do meio social em que inserido, possuindo, assim, um caráter manifestamente dinâmico, pois dinâmica, frise-se, é a modificação dos conceitos, dogmas, condutas, posturas e anseios adotados pelos mais diversos tipos de sociedades existentes¹⁵.

Com apoio na sempre percuciente visão de Roberto Gargarella¹⁶, muito embora o desenvolvimento do constitucionalismo latino-americano encontre-se atrelado ao *start* norte-americano, não se pode negar que, diante de suas peculiares características, assumiu rumo próprio, bem definido e remarcado, passando por três momentos emblemáticos.

Inicialmente, e levando-se em consideração a recém libertação da condição de Colônia, o movimento constitucional latino-americano propagou a ideia de independência, apresentando um caráter mais conservador, atrelado a manutenção da ordem social pela força do Estado e a proteção religiosa (na prática, a tutela do catolicismo romano), alcunhando-se citado período como *la espada y la cruz*; dentro, ainda, desse primeiro movimento constitucional, avizinhou-se uma faceta

14 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011, p. 23: “[...] Na modernidade tardia, a produção social de *riqueza* é acompanhada sistematicamente pela produção social de *riscos*. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas surgidos a partir da produção, definição e distribuição de risco científico-tecnologicamente produzidos [...]”.

15 ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 86: “[...] a atual preocupação com o descumprimento de comandos constitucionais num contexto intervencionista de necessidades impostergáveis e, conseqüentemente, de exigências irrenunciáveis, traduz-se em disposições de Constituições modernas (Constituição iugoslava de 1974, Constituição portuguesa de 1976, Constituição espanhola de 1978), cujo influxo foi sentido pela Constituição brasileira de 1988 [...]”.

16 GARGARELLA, Roberto. III. Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente. In: MALDONADO, Daniel Bonilla (Org.). *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2016, p. 157-194.

radical, conclamando-se que a delegação do poder pertencente ao povo para representantes, nada mais era do que uma escravidão disfarçada (*la soberanía del pueblo*), desaguando no viés liberal, representado por um maior equilíbrio, pelo balanceamento entre o poder estatal e sua neutralidade em questões morais (*ni tiranía ni anarquía*)¹⁷.

A partir de meados do século XIX, deflagra-se o segundo período constitucional, apontando para o encontro entre as forças conservadoras e liberais, cujo traço mais marcante se deu acerca do sistema de freios e contrapesos, pendente ao Poder Executivo; adentrando-se ao século XX, o terceiro momento inaugura o constitucionalismo social, impulsionado, insista-se, pela centenária e paradigmática Constituição Mexicana de 1917¹⁸, marcadamente pioneira, no plano universal jurídico, verdadeiro sopro de esperança no que se refere à condução, definição e concretização do que hoje vaticina-se como dignidade humana, sendo a primeira que catalogou a proteção dos direitos dos trabalhadores¹⁹, situação essa que foi se espalhando na maioria dos Estados, notadamente na América Latina e, mais precisamente no Brasil, quando da promulgação da Carta Constitucional de 1934, muito embora, hodiernamente, ao menos em *terrae brasilis*, verifique-se perigoso retrocesso assecuratório em marcha.

17 GARGARELLA, Roberto. III. Doscientos años de constitucionalismo americano: los Estados Unidos y América Latina frente a frente. In: MALDONADO, Daniel Bonilla Maldonado (Org.). *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2016, p. 157-194.

18 PEGORARO, Luiz Nunes; TOLEDO, Claudia Mansani Queda de; VILLELA, Diego Fernandes Cruz. A prestação deo serviço público de saúde pelas organizações sociais. In: PEGORARO, Luiz Nunes (Org.). *Os 100 anos da positivação dos direitos sociais na Constituição Mexicana de 1917*. Bauru: Renovar, 2017, p. 151: “[...] Ainda que focada apenas na regulamentação das relações de trabalho, a Carta mexicana de 1917 é considerada o marco do Estado de Bem Estar Social, pois foi a primeira a positar direitos no sentido de proporcionar melhores condições de vida aos seus cidadãos, promovendo a igualdade entre eles. Nela, se encontra a regulação de matérias como a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria [...]”.

19 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 101: “[...] Os direitos econômicos, sociais e culturais identificados, abreviadamente, como direitos sociais, são de formação mais recente, remontando à Constituição de mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919. Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, em que se passa a considerar o indivíduo para além de sua condição individual. Com eles surgem para o Estado, certos deveres de prestações positivas, visando a melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material”.

É preciso ressaltar o processo de consolidação de um novo movimento constitucional, representado por três ciclos, a saber: 1.º CICLO, remarcado pela abertura à diversidade cultural, reconhecendo a existência de outras línguas, além da tida por oficial, regulamentando a proteção dos direitos indígenas, mantendo, todavia, o monismo jurídico; 2.º CICLO, apontando a superação a ideia do monismo jurídico e permitindo a incidência da jurisdição indígena; e, um 3.º CICLO, reconhecendo-se, constitucionalmente, a existência de outras nações, dentro da nação maior que convencionou-se nominar de Estado, razão pela qual a nação indígena, devidamente inserida no poder originário, integra a construção do País, destacando-se as Constituições da Bolívia e do Equador: mais do que isso, ressurgue, mais forte e conectado como Século XXI, a PACHAMAMA!²⁰

Exemplo dessa diferenciada visão, materializou-se em 2016, em decisão proferida pela juíza Maria Alejandra Mauricio, do 3º Juízo de Garantias de Mendoza, na Argentina, por intermédio da qual se concedeu *habeas corpus* em favor da chimpanzé ‘Cecília’, que vivia sozinha e confinada no zoológico daquela cidade, autorizando sua transferência para o santuário de primatas de Sorocaba, interior de São Paulo, destacando que a necessidade de observância dos direitos de

20 TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 315-316: “[...] O termo pachamama é formado pelos vocábulos ‘pacha’ que significa universo, mundo, tempo, lugar, e ‘mama’ traduzido como mãe. De acordo com vestígios que restaram, a Pachamama é um mito andino que se referente ao ‘tempo’ vinculado à terra. Segundo tal mito, é o tempo que cura os males, o tempo que extingue as alegrias mais intensas, o tempo que estabelece as estações e fecunda a terrada e absorve a vida dos seres. no universo. O significado ‘tempo’ advém da língua Kolla-suyu, falada pelos aborígenes que habitavam a zona dos Andes durante o processo de colonização. No transcorrer dos anos, com o predomínio de outras raças e de modificações na linguagem, pachamama passou a significar ‘terra’, merecedora do culto. Os aborígenes, antes do contato com os espanhóis, na língua Kolla-suyu, chamavam a sua divindade de PachaAchachi; depois substituíram a expressão ‘Achachi’ por ‘Mama’, designando mãe, talvez em razão da noção de ternura da Nossa Senhora, a senhora principal, decorrente da influência do catolicismo apregoado pelos colonizadores. Assim, na atualidade, há um consenso entre os autores que defendem que, entre os índios da Cordilheira dos Andes (Peru, Equador, Colômbia, Bolívia, Chile e Argentina), a Pachamama traz em si o sentido de “tierra grande, diretora y sustentadora de la vida.” (PAREDES, 1920, p.38). Pode-se entender que pacha significa o universo, o mundo, e mama significa mãe. Em outras palavras, Pachamama é uma deusa feminina que produz e que cria (QUIROGA, 1929, p. 215), seria a “Gaia, que, entre nosotros, se llama Pachamma y no llega de la mano de elaboraciones científicas, sino como manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia con a naturaliza.” (ZAFFARONI, 2012, p. 113). Em suma, a terra é um organismo vivo, é a Pachamama dos índios, a Gaia dos cosmólogos contemporâneos. [...]”.

incidência coletiva²¹, conectados com o interesse geral da sociedade: na aludida sentença considerou-se que, embora não seja humana, a chimpanzé perfazia a condição de sujeito de direitos²².

No Brasil, ainda que a vertente jurídica utilizada tenha sido outra, não se pode ignorar decisão proferida pela Juíza de Direito Marcia Correia Hollanda, da Quadragésima Sétima Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro²³ que, levando em consideração a inexistência de norma

21 RBDA, Salvador, V. 11, N. 23, pp. 175-211, Set - Dez 2016, p. 199: “[...] El Código Civil y Comercial recientemente sancionado incorporó en el art. 240 los límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes y estableció “El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1° y 2° debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas de derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.” Esta norma guarda estricta relación y coherencia con la Ley General de Ambiente N° 25675 del año 2002. El artículo relativiza el ejercicio de los derechos individuales en función de la protección de los derechos de incidencia colectiva, que son aquellos que garantizan a la humanidad una vida digna y sustentable a futuro [...]”.

22 RBDA, Salvador, V. 11, N. 23, pp. 175-211, Set - Dez 2016, p. 201: “[...] Resulta innegable que los grandes simios, entre los que se encuentra el chimpancé, son seres sintientes por ello son sujetos de derechos no humanos. Tal categorización en nada desnaturaliza el concepto esgrimido por la doctrina. El chimpancé no es una cosa, no es un objeto del cual se puede disponer como se dispone de un automóvil o un inmueble. Los grandes simios son sujetos de derecho con capacidad de derecho e incapaces de hecho, en tanto, se encuentra ampliamente corroborado según la prueba producida en el presente caso, que los chimpancés alcanzan la capacidad intelectual de un niño de 4 años. Los grandes simios son sujetos de derechos y son titulares de aquellos que son inherentes a la calidad de ser sintiente. Esta afirmación pareciera estar en contraposición con el derecho positivo vigente. Pero solo es una apariencia que se exterioriza en algunos sectores doctrinarios que no advierten la clara incoherencia de nuestro ordenamiento jurídico que por un lado sostiene que los animales son cosas para luego protegerlos contra el maltrato animal, legislando para ello incluso en el campo penal. Legislar sobre el maltrato animal implica la fuerte presunción de que los animales “sienten” ese maltrato y de que ese sufrimiento debe ser evitado, y en caso de producido debe ser castigado por la ley penal [...]”.

23 TJRJ, 47.^a Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, Processo n.º 0200124-64.2018.8.19.0001: “[...] Recebo a emenda de fls. 321. Retifique-se o polo passivo junto ao DRA. 2. Passo a reapreciar o pedido de tutela de urgência, em razão do aditamento da petição inicial que noticiou a aplicação de multa. 3. Como já salientado na decisão de fls. 295, a questão envolve a permanência de uma situação fática que foi tolerada durante anos nas dependências do condomínio, com a possível existência de regra de convenção proibindo a circulação de animais. 4. No entanto, melhor analisando os autos, verifico que não consta na Convenção do Condomínio qualquer vedação à circulação de animais domésticos o que, evidencia, a princípio, a abusividade da imposição da multa referida na notificação de fls. 343. Por outro lado, os documentos veterinários acostados referem o sofrimento do animal que, durante anos, circulou livremente pela galeria sem aparentemente criar embaraços a terceiros, mas está, atualmente, restrito a um pequeno espaço por força da ordem emanada pelo réu. 5. Assim, por entender que a plausibilidade do direito está demonstrada, a princípio, pela ausência de regra condominial que

condomínial que vedasse a circulação de animais domésticas em suas dependências, mas, também, o sofrimento causado ao gato “Rubinho” pela cessação de seus passeios que já perdura um quinquênio, concedeu tutela de urgência, a fim de permitir que o citado animal voltasse a ter a liberdade de ir e vir de outrora junto as dependências de uma galeria em Copacabana.

Outro marco latino americano de respeito profundo a dignidade humana, bem como aos direitos fundamentais e sociais que lhe são correlatos, diz respeito a recente série de decisões da Suprema Corte Colombiana, criando, por sua firme e comprometida atuação jurisprudencial, o ECI (Estado de Coisas Inconstitucional)²⁴, cujos benéficos efeitos acabaram sendo também sentidos no Brasil, quando do julgamento pelo STF, da ADPF 347²⁵.

justifique a imposição da multa e que, de fato, o estresse provocado no animal poderá provocar a debilidade de saúde, com conseqüente sofrimento emocional do autor, seu proprietário, DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA para determinar ao réu que se abstenha de impor e cobrar do autor ou de seus eventuais representantes as multas decorrentes da circulação do animal até decisão final desta lide, sob pena de multa equivalente ao dobro do indevidamente cobrado. 6. Cite-se e intime-se com urgência por OJA para cumprimento e oferecimento da contestação no prazo legal. Intimem-se [...]”.

- 24 Há que também se aplaudir a chamada *acción de tutela* (art. 86), exercida contra a violação de direitos fundamentais, de livre aforamento perante qualquer juiz da Colômbia. A par da explosão desse tipo de ação, a Corte Constitucional Colombiana tomou conhecimento da reiterada falha no que se refere a prestação de serviços estatais, reconhecendo-se, assim, situações de ECI, sendo a primeira de 1997 (SU-559, omissão dos municípios em filiar docentes ao Fundo Nacional de Prestações de Magistério), passando pela emblemática análise do sistema carcerário, em 1998 (*Sentencia T-153*), defendendo o direito da nominada “minoría indesejada”, além do conclamado caso do deslocamento forçado em 2004 (T-025).
- 25 INFORMATIVO STF 798, de 7 a 11 de setembro de 2015: O Plenário concluiu o julgamento de medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental em que discutida a configuração do chamado “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro. Nessa mesma ação também se debate a adoção de providências estruturais com objetivo de sanar as lesões a preceitos fundamentais sofridas pelos presos em decorrência de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-Membros e do Distrito Federal. No caso, alegava-se estar configurado o denominado, pela Corte Constitucional da Colômbia, “estado de coisas inconstitucional”, diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Postulava-se o deferimento de liminar para que fosse determinado aos juizes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no

Claro que nem tudo são aplausos.

Não se desconhece que a América Latina ainda apresenta vários problemas e tampouco se acredita em soluções mágicas ou expeditas²⁶; todavia, diante do novo movimento constitucional próprio, de natureza plurinacional e pluriétnica, que visa conclamar não só a defesa da dignidade da pessoa humana, mas, principalmente, a tutela da dignidade da vida, insistindo na necessidade de respeito e valorização conjuntas do meio ambiente e dos animais²⁷, constituindo-se na matriz do Estado de Bem Viver, cuja aplicação se encontra em constante movimento de

prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797. ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 9.9.2015.

26 TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; FREITAS, Vitor Sousa. Novo constitucionalismo democrático latino-americano: paradigma jurídico emergente em tempos de crise paradigmática. In: AVRITZER, Leonardo; et al (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 107: “[...] O movimento de construção de um novo constitucionalismo na América Latina como expressão de uma luta ampla de negação dos efeitos perversos do direito moderno no continente não caminhou em uma única direção e não se deu de uma vez. Ele ainda está em desenvolvimento, experimentando soluções diferentes, e sobre ele incidem abordagens diversas [...]”.

27 NEME, Eliana. *Limites constitucionais para a experimentação com animais: uma aplicação da dignidade da pessoa humana*. Bauru: EDITE, 2006, p. 129: “[...] Pela análise do disposto na Constituição, com a apresentação de algumas breves considerações sobre o meio ambiente e sobre a importância dos animais na história de vida do homem, somos forçados a aceitar o fato de que os direitos de todas as espécies que vivem nesse planeta estão inexoravelmente interligados, muito embora tenham tido até agora proteção distinta. Sem dúvida temos que entender que apenas a simultaneidade de proteção desses direitos poderá estabelecer a proteção necessária para a preservação da vida nesse planeta. Essa concepção é razoavelmente recente, e por esse motivo os estudos sobre o tema também o são, prejudicando uma noção inquestionável de que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é componente do sistema de direitos humanos [...]”.

construção e (re)construção, consiste uma valiosa lição a ser apreendida e, principalmente, praticada em terras brasileiras.

O Estado de Bem Viver²⁸ é a assunção do integral respeito pela diversidade humana e da absoluta necessidade de integração com o meio ambiente em que vive, entendendo-se que a destruição e o esgotamento da natureza levarão, com absoluta certeza, senão a sua completa extinção, a uma vida despregada de dignidade, o que se cumpre a todo custo evitar.

A necessidade de transposição do paradigma do Estado de Bem-Estar para o novel modelo do Estado de Bem Viver está firmemente lastreada, insista-se, no incontroverso fato de que o ser humano não detém em relação as mais diversas formas de vida a condição de *dominus*, mas sim de elemento integrante e integrador, em verdadeira condição de interdependência.

As prestações materiais que envolvem o Estado de Bem-Estar obviamente são de implemento indispensável a dignidade humana, porém são finitas e esgotáveis, momento em que, percebendo a necessidade de interação protetiva e respeitosa com a natureza e todas as outras formas de vida, as referidas prestações, razoáveis e proporcionalmente equilibradas, perduram no tempo, permitindo não só a manutenção da dignidade humana mas, beneficentemente, de toda a vida.

É preciso mudar!

2 Pachamama: a valorização da diversidade e a resignificação da vida digna

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, patrimônio desta e das vindouras gerações, como consabido, faz parte da terceira dimensão dos direitos fundamentais²⁹, apresentando

28 CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, pp. 208-209: “[...] *Buen vivir* es algo más y algo distinto a lo que suele entenderse por *bienestar*, en cuanto que base material necesaria para cualquier disfrute de derechos con dignidad y en libertad. Comienza por tomar en consideración la vinculación y dependencia entre humanidad y naturaleza para que la primera pueda subsistir y desenvolverse en tales condiciones de dignidad y libertad en común [...]”.

29 CANOTILHO, 1999, p. 362: “[...] Em terceiro lugar, não se trata apenas de direitos com um suporte coletivo – o direito dos povos, o direito da humanidade. Neste sentido se fala de *solidary rights*, de direitos de solidariedade, sendo certo que a solidariedade já era uma dimensão ineliminável dos direitos econômicos, sociais e culturais”.

natureza difusa e coletiva, complementando e ampliando o conceito de dignidade humana, valor-fonte de nossa Constituição Federal³⁰.

A proteção constitucional do meio ambiente, ainda mais diante da citada perspectiva intergeracional³¹, reveste-se, com mais força, na característica híbrida de direito e de dever fundamental, acoplando e correlacionando os mais diversos princípios, sejam humanos, sociais, sanitários, éticos, bioéticos, daí falar-se em dignidade da vida, expressão de maior amplitude e aplicabilidade. No Brasil, ainda se está muito longe de compreender a simbiose existente entre o ser humano e a natureza; entretanto, a Suprema Corte já enfrentou referida temática em diversas oportunidades, em especial apreciando a dicção proposta pelo art. 225 da Constituição Republicana³², destacando-se os julgamentos, em sede de controle concentrado, afetos a proibição de extração, industrialização, comercialização e distribuição do uso do amianto na variedade crisólita, dada sua natureza cancerígena (ADI 3.937); a vedação de atividades esportivas com aves das raças combatentes, dada a submissão a injustificado tratamento cruel (ADI 3.776), sendo, na mesma esteira, a proibição da nominada ‘farra do boi’ (ADI 1.856); a aplicação da técnica de interpretação conforme à Constituição, sem redução de texto, do §2.º do art. 4.º da Lei n.º 11.952/2009, de modo a afastar qualquer entendimento que venha a permitir a regularização fundiária das terras públicas ocupadas por quilombolas e outras comunidades tradicionais da Amazônia Legal (ADI 4.269), dentre outros.

30 Ibidem, p. 82.

31 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 89: “[...] Outro ponto importante na discussão acerca da relação entre dignidade humana e proteção do ambiente diz respeito ao reconhecimento da dignidade (e direitos?) das gerações humanas futuras. Com tal perspectiva, pode-se conceber o *princípio da solidariedade* numa dimensão intergeracional (mas sem desconsiderar a importância da solidariedade também no plano intrageracional), pois há um vínculo elementar na relação traçada entre o comportamento das gerações humanas contemporâneas para com o ambiente e os recursos naturais e a qualidade (ou mesmo viabilidade) da vida das gerações futuras [...]”.

32 http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacao/LegislacaoAnotada/anexo/a_constituicao_e_o_supremo_6a_edicao.pdf

A necessidade de efetivação de proteção ambiental não é uma preocupação somente de nosso País, existindo, por conseguinte, no meio internacional, uma série de instrumentos afetos a tutela em questão³³.

No século XX, verificando-se a maior incidência do direito internacional junto aos ordenamentos jurídicos internos, inaugurado pela Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América de 1949³⁴, passando pela Convenção sobre a Diversidade Biológica de 1992³⁵, pela Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países afetados por Seca Grave/Desertificação de 1994³⁶, pelo Protocolo de Kyoto de 1997, culminando, dentre outros, na Convenção de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica de 2000³⁷.

É evidente que todo e qualquer tratado que vise à proteção dos direitos do ser humano, acaba por espalhar seus efeitos coletivamente, envolvendo a interação ambiental que é intrínseca a nossa espécie³⁸.

Na América Latina, diante da riquíssima cultura do povo indígena, a ligação com a natureza se faz mais presente e real, momento em que, incorporando e ampliando o mito da Pachamama, diversos Estados assumiram um posicionamento de defesa do meio ambiente³⁹

33 ARAGÃO, Alexandra. Direito Constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 55: “[...] Por sua vez, o efeito directo do Direito Comunitário do Ambiente significa que, pela sua primazia, o Direito Comunitário pode corrigir o direito nacional, aplicando-se *em vez dele* ou mesmo *contra* ele [...]”.

34 Decreto n.º 58.054, de 23 de agosto de 1966.

35 Decreto n.º 2.519, de 16 de março de 1998.

36 Decreto n.º 2.741, de 20 de agosto de 1998.

37 Decreto n.º 5.705, de 16 de fevereiro de 2006.

38 AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 134: “[...] De qualquer forma, o limite do sistema econômico atual é ecológico. Para superar a crise civilizacional presente, urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer [...]”.

39 HERNÁNDEZ, Javier Gonzaga Valencia; FAJARDO, Alejandra Maria Aguirre; SARMIENTO, Melissa Ríos. Desafíos de la justicia ambiental y el acceso a la justicia ambiental en el desplazamiento ambiental por efectos asociados al cambio climático. *Revista Luna Azul*, n. 41, julio-diciembre, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia, 2015, p. 325: “[...] El tema ambiental cobra importancia y trascendencia en la sociedad actual, la cual todos los días es más consciente de la degradación ambiental que existe en el mundo y los efectos que produce sobre la población, generando consecuencias en la vida de las personas. Sin embargo y aunque en la actualidad el tema ambiental, tanto a nivel jurídico, social, cultural y

As Constituições da Bolívia⁴⁰ e do Equador⁴¹ são verdadeiros paradigmas nesse sentido.

Aliás, na Bolívia, encontra-se vigente a Lei de Direitos da Mãe Terra⁴², cujo diploma lhe define como sendo um sistema vivo e dinâmico, formado pela comunhão indivisível de todos os sistemas de vida e os seres vivos inter-relacionados, interdependentes e complementares que compartilham um destino comum, centro da vida do povo indígena, a ela consagrando os mesmos direitos que os possuem os seres humanos que dela desfrutam!

Eis a mudança drástica e benfazeja de paradigma: respeito ao ambiente em que se vive, fulcrada na experiência vivenciada pela diversidade dos povos que compõe a América Latina!

Trazendo-se a lume a descrição proposta linhas atrás, tem-se a Colômbia que, por meio do sentimento emanado em uníssono pelo seu povo etnicamente plural, tem uma relação sacra com o café, reconhecendo a importância do aludido produto da natureza em sua formação e desenvolvimento, podendo-se citar, como exemplo da personificação do quanto mencionado, o lindíssimo Parque Del Cafe⁴³, localizado em Montenegro, Departamento de Quindío.

Além de se preconizar a existência de um Estado Constitucional Socioambiental, desvela-se a necessidade de que o mínimo existencial

económico há tomado gran auge y relevancia, no puede decirse por esto que este tema es de reciente discusión y análisis, pues desde 1960 [...]”.

40 Constitución Política del Estado. PREÁMBULO: “[...] Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia [...]”.

41 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008: “[...] Capítulo séptimo. Derechos de la naturaleza Art. 71.- La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. [...]”.

42 TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamana e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Verdades do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 315: “[...] Pretende-se, com o tema “Proteção à Pachamama como instrumento da efetividade do direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano”, trazer uma reflexão acerca da proteção conferida à natureza como sujeito de direito e aos novos atores, pelas constituições da Bolívia, Equador e a Ley de Derecho de la Madre Tierra, como forma de garantir-lhes o efetivo direito à vida [...]”.

43 <http://www.parquedelcafe.co/>

seja qualificado pela ecologia⁴⁴, entendendo-se essa interação⁴⁵ como a que melhor propicia a dignidade da vida e sua necessária manutenção no planeta.

Nessa esteira, a questão do mínimo existencial vital deve também sofrer uma profunda e profícua alteração em sua composição, crescendo-se o valor ecológico em sua conceituação, a fim de que, verdadeira e respeitosa e inseridos e imbricados como se um só fosse, homem, sociedade e natureza possam se autodeterminar, usufruir da liberdade sonhada, vivendo e convivendo dignamente, momento em que serão definitivamente afastados, por total ausência de espaço e pertinência, ideias de indiferença e de autoritarismo.

Conclusões

Depois de realizada análise não tão profunda quanto se gostaria, da temática envolvendo a intrincada questão relativa ao direito/dever fundamental de proteção ao meio ambiente como corolário da nova significação da dignidade humana, verificou-se a necessidade de revitalização do modelo estatal em vigência, bem como de toda a sistemática que o norteou (e ainda norteia), levando-se em conspiração o movimento constitucional que permeia a América Latina.

44 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28: “[...] O respeito e a proteção à dignidade humana, como acentua Häberle, reclamam o engajamento do Estado, no sentido de que a garantia da dignidade humana implica seja a todos assegurado um mínimo existencial material. Tais condições materiais elementares constituem-se em premissas do próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade para a existência humana, em um ‘direito a ter e exercer os demais direitos’. Sem o acesso a tais condições existenciais mínimas, o que inclui necessariamente um padrão mínimo de qualidade ambiental, não há que se falar em *liberdade real ou fática*, quanto menos em um padrão de vida digno. A garantia do mínimo existencial ecológico constitui-se, em verdade, de uma condição de possibilidade do próprio exercício dos demais direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade, direitos sociais ou mesmo direitos de solidariedade, como é o caso do próprio meio ambiente [...]”.

45 HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 150-151: “[...] Além da guerra nuclear, nas próximas décadas o gênero humano vai enfrentar uma nova ameaça existencial que os radares políticos mal registravam em 1964: o colapso ecológico. Os humanos estão desestabilizando a biosfera global em múltiplas frentes. Estamos extraindo cada vez mais recursos do meio ambiente, e despejando nele quantidades enormes de lixo e veneno, mudando a composição do solo, da água e da atmosfera [...]”.

A par das dificuldades existentes, é inconteste o fato de que o Estado tem o dever fundamental e inafastável de fazer concretizar os princípios e objetivos da República estampados no seio do texto constitucional.

Não se pode negar a força hierárquica superior que possuem as normas constitucionais e, no âmbito destas, a importância e a amplitude daqueles regramentos basilares destinados à garantia dos chamados *direitos fundamentais*, verificando-se, em tal particular, que estes, com o advento da Carta Magna de 1988, passaram a ter eficácia plena e aplicação imediata, sempre no sentido de valorização humana e na busca incansável do pleno desenvolvimento da cidadania.

A vigia-mestra do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro é o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, encartado no inc. III do art. 1º da *Lex Major*, elevando a pessoa, o ser humano, independentemente de qualquer característica individual, à condição de elemento imprescindível e indispensável à fomentação de um verdadeiro Estado Constitucional Democrático, derramando, ainda, seus efeitos perante princípios outros, de assaz importância na preservação e no atingimento de tal desiderato, como, por exemplo, o princípio da isonomia cravado no *caput* do art. 5º do referido compêndio basilar.

O direito fundamental ao meio ambiente, bem como o efetivo acesso a instrumentos que mitiguem tal impossibilidade de concreção, faz parte do chamado *mínimo vital ecológico*, ou seja, faz parte de um núcleo material indispensável e intangível, derivado da própria condição humana, de modo que toda a vez que o Estado deixa de cumprir com aquilo que é inerente a essência do homem, pode e deve ser responsabilizado por tais omissões ou descumprimentos.

A cláusula geral de proteção à pessoa humana torna necessário interpretar e aplicar o Direito, a partir do respeito pela diferença, possibilitando a coexistência pacífica de diversas concepções de vida, ciente dos que as distingue e as une.

A existência digna ou a existência do homem como sujeito, insubstituível, irrepetível e insuscetível de se tornar objeto, é preservada pelo Direito por meio de instrumentos vários, a fim de que não perca sua capacidade de autodeterminação e de ser sujeito, não sendo comparado a simples objeto da ação do Estado ou de terceiros.

O novo movimento constitucional latino-americano, nascido da dor das guerras e da exclusão, afirmar-se como importante norte a ser

seguido pelo Brasil, a fim de que o pensamento basilar de 1988 volte a evidência e, com ele, o respeito a diversidade, ao meio ambiente e a dignidade que permeia toda forma de vida e, em especial, a humana.

A problemática em discussão somente terá a possibilidade de galgar solução juridicamente adequada, a partir do momento em que se emprestar, verdadeiramente, eficácia aos comandos constitucionais existentes, situação que pode ser aprendida com a experiência da América Latina e dos direitos de Pachamama, pois, do contrário, teremos, apenas e tão-somente, mero exercício de vã retórica.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro. *Estado de coisas inconstitucional no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho (Orgs.). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos batem a nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao Ambiente da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. *Introdução ao estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

BOTERO J., Nodier. *Guías filosóficas y semiológicas para estudiar la Constitución Política de Colombia*. Armenia: Global Textos, 2018.

BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: JusPodium, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. reimpr. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global: por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.

ESQUIROL, Jorge L. *Ficções do Direito Latino-Americano*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GASPARINI, Marcelo; RODRIGUES, Saulo Tarso. *Dignidade da pessoa humana: na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano*. Curitiba: Juruá, 2016.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o Século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HERNÁNDEZ, Javier Gonzaga Valencia; FAJARDO, Alejandra Maria Aguirre; SARMIENTO, Melissa Ríos. Desafíos de la justicia ambiental y el acceso a la justicia ambiental en el desplazamiento ambiental por efectos asociados al cambio climático. *Revista Luna Azul*, n. 41, julio-diciembre, Universidad de Caldas, Manizales, Colombia, 2015.

KELLER, Rene J. *Direitos emergentes e cidadania: as lutas sociais urbanas por emancipações no cotidiano do capital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MACHADO, Henrique Pandim Barbosa. *Por uma Constituição Gaia: a busca de um novo modelo constitucional para os animais não humanos e para a natureza*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MALDONADO. Daniel Bonilla (Org.). *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2016.

MOREIRA, Adriano. *Ciência política*. Coimbra: Almedina, 1997.

NEME, Eliana Franco. *Limites constitucionais para a experimentação com animais: uma aplicação do princípio da dignidade humana*. Bauru: EDITE, 2006.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume I. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra: Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana*. Volume II. Dignidade e Inconstitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2016.

NUSSBAUM, Martha C. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PANSIERI, Flávio; SOUZA, Henrique Soares de. *Mutação Constitucional à luz da teoria constitucional contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PEGORARO, Luiz Nunes (Org.). *Os 100 Anos da positivação dos Direitos Sociais na Constituição Mexicana de 1917*. Bauru: Renovar, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Constitucional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodium, 2016.

ROCHA, Cláudio Hilsdorf; MACIEL, Ruberval Franco. Ensino de língua estrangeira como prática translíngue: articulações com teorizações bakhtinianas, *D.E.L.T.A.*, 31-2, 2015.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca do sujeito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direitos Fundamentais*. São Paulo: Método, 2014.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. *A (in) diferença no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade humana: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz (Orgs.). *Direitos Humanos e Fundamentais na América do Sul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?)*: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*: ensaio de ontologia fenomenológica. Petrópolis: Vozes, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Filosofia Jurídica da alteridade*: por uma aproximação entre o pluralismo jurídico e a filosofia da libertação latino-americana. Curitiba: Juruá, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O Princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

STÖRIG, Hans Joachim. *História geral da filosofia*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ZILLES, Urbano. *Pessoa e dignidade humana*. Curitiba: CRV, 2018.

Recebido em: 21 de setembro de 2018.

Aceito em: 27 de novembro de 2018.

GOVERNANCE OF INTERNET OF THINGS AND ETHICS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE

A GOVERNANÇA DA INTERNET DAS COISAS E A ÉTICA DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Eduardo Magrani¹ 

¹ Fundação Getúlio Vargas (FGV), Rio de Janeiro, RJ, Brasil. Doutor em Direito.
E-mail: eduardomagrani@gmail.com

Resumo: A interação contínua entre dispositivos inteligentes, sensores e pessoas aponta para o crescente número de dados produzidos, armazenados e processados, alterando, em vários aspectos e cada vez mais, nosso cotidiano. Por um lado, o contexto de hiperconectividade pode trazer benefícios econômicos ao Estado, às empresas, além de conveniência aos consumidores. Por outro lado, o aumento da conectividade traz desafios significativos nas esferas da proteção da privacidade e da ética contemporânea, impactando, em última análise, a própria democracia. Esta tese aborda, do ponto de vista regulatório, alguns dos desafios enfrentados pelo atual estado de direito decorrente do avanço do cenário denominado Internet das Coisas.

Palavras-chave: Governança. Internet das coisas. Ética. Hiperconectividade. Inteligência artificial.

Abstract: The continuous interaction between intelligent devices, sensors and people points to the increasing number of data being produced, stored and processed, changing, in various aspects and increasingly, our daily life. On one hand, the context of hyperconnectivity can bring economic benefits to the State, companies, as well as convenience to consumers. On the other hand, increasing connectivity brings significant challenges in the spheres of privacy protection and contemporary ethics, impacting, ultimately, democracy itself. This thesis addresses, from the regulatory point of view, some of these challenges faced by the current rule of law arising from the advance of the scenario called Internet of Things.

Keywords: Governance. Internet of things. Ethics. Hyperconnectivity. Artificial intelligence.

From the 1980s, with the progressive development of computers in business and public administration, there was a perception that governmental and corporate practices in processing personal data were reducing individuals to mere data, threatening their fundamental rights and their freedom (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR, 2015).

On an even larger scale, this is the thesis reinforced by the Israeli writer Yuval Noah Harari (HARARI, 2015)¹ when dealing with the loss

¹ Harari argues in his work “Homo Deus” that we are moving towards a post-

of human freedom and what he calls the new religion of data (HARARI, 2016):

Humanist thinkers such as Rousseau convinced us that our own feelings and desires were the ultimate source of meaning, and that our free will was, therefore, the highest authority of all. Now, a fresh shift is taking place. Just as divine authority was legitimized by religious mythologies, and human authority was legitimized by humanist ideologies, so high-tech gurus and Silicon Valley prophets are creating a new universal narrative that legitimizes the authority of algorithms and Big Data. This novel creed may be called “Dataism”. In its extreme form, proponents of the Dataist worldview perceive the entire universe as a flow of data, see organisms as little more than biochemical algorithms and believe that humanity’s cosmic vocation is to create an all-encompassing data-processing system — and then merge into it. We are already becoming tiny chips inside a giant system that nobody really understands. Every day I absorb countless data bits through emails, phone calls and articles; process the data; and transmit back new bits through more emails, phone calls and articles. I don’t really know where I fit into the great scheme of things, and how my bits of data connect with the bits produced by billions of other humans and computers. I don’t have time to find out, because I am too busy answering emails. This relentless dataflow sparks new inventions and disruptions that nobody plans, controls or comprehends.

[...]

Even though humanists were wrong to think that our feelings reflected some mysterious “free will”, up until now humanism still made very good practical sense. For although there was nothing magical about our feelings, they were nevertheless the best method in the universe for making decisions — and no outside system could hope to understand my feelings better than me. [...]. This is just the beginning. Devices such as Amazon’s Kindle are able constantly to collect data on their users while they are reading books. Your Kindle can monitor which parts of a book you read quickly, and which slowly; on which page you took a break, and on which sentence you abandoned the book, never to pick it up again. If Kindle was to be upgraded

anthropocentric world where the value of reality is extracted from constant information processing by human and nonhuman agents. In a similar sense, Luciano Floridi argues that: “ICTs are bringing about a fourth revolution, in the long process of reassessment of humanity’s fundamental nature and role in the universe. We are not immobile, at the centre of the universe (Copernican revolution); we are not unnaturally distinct and different from the rest of the animal world (Darwinian revolution); and we are far from being entirely transparent to ourselves (Freudian revolution). ICTs are now making us realize that we are not disconnected agents, but informational organisms (inforgs), who share with other kinds of agents a global environment, ultimately made of information, the infosphere (Turing revolution)”.

with face recognition software and biometric sensors, it would know how each sentence influenced your heart rate and blood pressure. It would know what made you laugh, what made you sad, what made you angry. Soon, books will read you while you are reading them. And whereas you quickly forget most of what you read, computer programs need never forget. Such data should eventually enable Amazon to choose books for you with uncanny precision. It will also allow Amazon to know exactly who you are, and how to press your emotional buttons.

With the growing dissemination of Big Data and computing techniques, technological evolution and economic pressure spread rapidly and algorithms have become a great resource for innovation and business models. This rapid diffusion of algorithms and their increasing influence, however, have consequences for the market and for society, consequences which include questions of ethics and governance (SAURWEIN, 2015, p. 35-49).

Given that algorithms can permeate countless branches of our lives as they become more sophisticated, useful, and autonomous, there is a risk that they will make important decisions, replacing human beings (DIAKOPOULOS, 2015, p.398)². Accordingly, Danilo Doneda and Virgilio Almeida argue that to foment the integration of algorithms into social and economic processes, algorithms governance tools are needed (DONEDA, 2016, p. 60). The governance of algorithms (SAURWEIN; JUST; LATZER, 2015, p. 38-43)³ can vary from the strictly legal and regulatory point of view, to the purely technical point of view (SAURWEIN, JUST, LATZER, 2015, p. 62).

Among the regulation points are transparency, responsibility - which is linked to notions of justice and due process - and technical guarantees, as well as the development of ethical principles regarding the use of personal data (Big Data Ethics). It should be noted that algorithms are constantly working and facing unplanned and unprecedented situations frequently, so that their monitoring must be constant (SAURWEIN; JUST; LATZER, 2015).

2 As stated by Nicholas Diakopoulos, "We are now living in a world where algorithms, and the data that feed them, adjudicate a large array of decisions in our lives: not just search engines and personalized online news systems, but educational evaluations, the operation of markets and political campaigns, the design of urban public spaces, and even how social services like welfare and public safety are managed."

3 Among the governance options, which have their limitations and are influenced by contextual factors such as incentives and conflicts of interest, we have the following: (i) self-organization of individual companies; (ii) collective self-regulation; (iii) co-regulation and (iv) state intervention.

One of the main themes raised by doctrine when it comes to governance is the opacity of the algorithms. The problem of opacity is related to the difficulty of decoding the result generated by the algorithm. The human inability to decode the result of algorithms can create problems when they are used to make important decisions that affect our lives. Thus, there has been talk of the need for greater transparency, which could be achieved by regulating (DONEDA; ALMEIDA, 2016, p. 60-62).

According to the Report prepared by renowned names in the field of Digital Ethics, such as Luciano Floridi and Wendell Wallack (WALLACK, 2017):

A lack of scrutability or meaningful transparency can undermine the acceptability of deploying systems in situations where harm may occur to people, animals, the environment or institutions. Should the system fail and cause harm, it becomes critical to have a forensic capability to ensure similar accidents or failures do not occur, and to determine accountability and liability. This is especially important when outcomes are unexpected and/or not aligned with the original intent for which the system was deployed.

On this issue, researchers at the Oxford Internet Institute and Alan Turing Institute deepen the debate (MITTELSTADT, 2016):

The primary components of transparency are accessibility and comprehensibility of information. Information about the functionality of algorithms is often intentionally poorly accessible. Proprietary algorithms are kept secret for the sake of competitive advantage, national security, or privacy. Transparency can thus run counter to other ethical ideals, in particular the privacy of data subjects and autonomy of organizations.

[...]

The commercial viability of data processors in many industries may be threatened by transparency. However, data subjects retain an interest in understanding how information about them is created and influences decisions taken in data driven practices. This struggle is marked by information asymmetry and an “imbalance in knowledge and decision-making power” favouring data processors. Besides being accessible, information must be comprehensible to be considered transparent. Efforts to make algorithms transparent face a significant challenge to render complex decision-making processes both accessible and comprehensible. The longstanding problem of interpretability in machine learning algorithms indicates the challenge of opacity in algorithms. [...] Transparency disclosures by data processors

and controllers may prove crucial in the future to maintain a trusting relationship with data subjects.

On the need for greater transparency, it is worth mentioning that New York City has recently unanimously approved a bill aimed at government agencies that use algorithms to aid in legal proceedings. Seen as an algorithmic accountability bill, the first of its kind in North American legislative regulation, the standard will establish a task force to study how algorithms are used by city agencies to make decisions that affect New York citizens. The task force will concentrate its efforts on investigating algorithmic bias and whether any of the models discriminate against persons based on age, race, religion, gender, sexual orientation, or citizenship status (BERNARD, 2017).

As an example, the new North American regulation aims at providing a new interpretation on algorithms, avoiding its treatment as “black boxes”. It is important to emphasize that companies and governmental organizations should try to reduce the algorithmic bias and provide as much transparency as possible to the predictive models.

In Europe, the General Data Protection Regulation (GDPR) establishes the right to an explanation for any decision made by an algorithm and the right to opt for non-collection of data. Many suggest that this pattern is too broad and will have to be revised. However, it is working as a tool to hold stakeholders accountable. In addition, it has motivated engineers to explore ways to provide a greater degree of transparency on how *machine learning* algorithms make their decisions.

In addition, Google’s chief AI scientist, John Giannandrea, highlights the risks of inscrutable systems (KNIGHT, 2017):

It’s important that we be transparent about the training data that we are using, and are looking for hidden biases in it, otherwise we are building biased systems [...] if someone is trying to sell you a black box system for medical decision support, and you don’t know how it works or what data was used to train it, then I wouldn’t trust it.

Researchers at the University of Zurich (SAURWEIN, 2015, p. 37) argue that algorithm governance must be based on identified threats and suggest a *risk-based approach*, highlighting those related to manipulation, bias, censorship, social discrimination, privacy breaches, property rights and abuse of market power (SAURWEIN, 2015). To prevent these risks from materializing, it is necessary to resort to governance.

Besides the algorithm technology itself, other external factors influence its development and the need for its regulation. This is the case with databases. Algorithms become more useful as more data becomes available (DONEDA, ALMEIDA, 2016, p. 61). If data is fundamental to algorithms, which are inert until paired with databases (GILLESPIE, 2014, P. 169)⁴, one must analyze the legal treatment given to them, as they must be legitimate, correct, up-to-date and not based on illegitimate bias.

Considering the above, algorithms governance's techniques do not act directly on the algorithms themselves, but on the data that feed the algorithms. As noted by Danilo Doneda and Virgilio Almeida (DONEDA, ALMEIDA, 2016):

This is true for several tools already present in data protection legislation that, in some countries, have measures regarding transparency and fairness that apply directly to algorithms and the platforms that support their functioning. For instance, the provision that automated decisions shall be grounded on transparent criteria is commonly present in several pieces of data-protection legislation. The same happens with the right to ask for a human revision of automatically taken decisions.

After analyzing options and limitations on governance, researchers at the University of Zurich concluded that there is no one-size-fits-all solution, but there should be a mix between governance and a respect for each actor involved:

Analyses reveal that there is a broad spectrum of players, levels and instruments for the governance of algorithms, but there is no one-size-fits-all solution. Instead, there is the need for a governance mix consistent with the respective risks and applications in question and an interplay between instruments and diverse actors involved. The attention therefore has to shift to multi-dimensional solutions and combinations of governance measures that mutually enable and complement each other. (...) The search for an adequate governance mix is difficult because there is only limited knowledge about the development and the effects of regulatory interventions. The existing uncertainties call for further risk and technology assessment to strengthen the foundations for evidence-based governance in the domain of algorithmic selection. Risk-based approaches seem to be

4 The author notes that algorithm analysis must always be linked to data analysis: "Algorithms are inert, meaningless machines until paired with databases on which to function. A sociological inquiry into an algorithm must always grapple with the databases to which it is wedded; failing to do so would be akin to what was said at a public protest, while failing to notice that some speakers had been stopped at the park gates".

particularly appropriate for this purpose. They can monitor market and technology developments, assess the involved and emerging risks and develop problem-oriented, adaptive governance strategies. (SAURWEIN, 2015, p. 44).

However, Lucas Introna (INTRONA, 2016, p. 17-49), a professor at the University of Lancaster, believes that the best solution is not governance but governmentality. For the author, governance practices themselves should be governed because they are never completely safe as such. Governmentality, viewed as a meta-governance, would then consider the performative nature of governance practices (and their outcomes) and show the mutual constitutive nature of problems, domains of knowledge, and subjectivities commanded by governance practices. Calculative practices would relate to government technologies. They are domains of knowledge and expertise. Such practices contain some moral authority, as they impose neutrality and objectivity on a domain that has moral relevance (the author exemplifies with an algorithm designed to identify plagiarism). Based on this, he concludes:

Thus, understanding governing practices in the idiom of governmentality allows us to see how problems, technologies of governance, regimes of knowledge, and subjectivities become mutually constitutive of each other to create a regime of government that has no specific essence (location or unified action). All the performative outcomes are “never simply a realization of a programme, strategy or intention: whilst the will to govern traverses them, they are not simply realizations of any simple will”. (INTRONA, 2016, p. 39).

Nicholas Diakopoulos has another approach in dealing with algorithm related responsibility. He argues that the crucial point is autonomous decision making, since decisions made by algorithms can be based on heuristics⁵:

Algorithmic decisions can be based on heuristics and rules, or calculations over massive amounts of data. Rules may be articulated directly by programmers or be dynamic and flexible based on machine learning of data. Sometimes a human operator maintains agency and makes the final decision in a process, but even in this case the algorithm biases the operator’s attention toward a subset of information (DIAKOPOULOS, 2015, p. 400).

Within this logic of results based on bias, it is also important to highlight that the algorithms are programmed to classify the data sent to

5 Heuristics is a method or process created with the goal of finding solutions to a problem.

them and, often, mistakes can be made, and there may be false positives and false negatives. As Diakopoulos exemplifies (DIAKOPOULOS, 2015, P. 401), YouTube rates the videos submitted to the site according to the songs that are played to check for copyright infringement. A false positive, in this case, would be a video classified as infringing, but which, in fact, fits into a fair use hypothesis. A false negative, in turn, would be a video classified as fair use, but that, in practice, violated copyright.

Considering that algorithms exert power by themselves but are always influenced by human beings who created them, Diakopoulos states that liability must consider the intention of the creators of the algorithm, the process that influenced its design, and the agency that interprets the algorithms that generated results (DIAKOPOULOS, 2015, P. 398)⁶. Relevant to this discussion, the teachings of Nick Bostrom, a philosopher at the University of Oxford, and Eliezer Yudkowsky, co-founder of the Machine Intelligence Research Institute:

Another important social criterion for transactions in organizations is to be able to find the person responsible for getting something done. When an AI system fails in its assigned tasks, who is to blame? The programmers? The end users? Modern bureaucrats often take refuge in established procedures that widely distribute liability, so that a person cannot be identified or blamed for the outcome of catastrophes (HOWARD, 1994). The likely disinterested trial of a specialist system could turn out to be an even better refuge. Even if an AI system is designed with a user replacement, it is a must to consider the career incentive of a bureaucrat who will be personally blamed if the replacement goes wrong, and who would much rather blame the AI for any difficult decision with a negative result. (BOSTROM; YUDKOWSKY, 2011, p. 202-203).

This leads us to further discuss the moral and legal liability of these non-human agents (KNIGHT, 2017)⁷. To think about regulation,

-
- 6 “Algorithmic accountability must therefore consider algorithms as objects of human creation and take into account intent, including that of any group or institutional processes that may have influenced their design, as well as the agency of human actors in interpreting the output of algorithms in the course of making higher level decisions.”
- 7 This discussion complements the governance review and touches upon the areas of *Machine & Information Ethics & Philosophy of Technology*. Another possible nomenclature for these issues is Digital Ethics: “Digital ethics is the branch of ethics that studies and evaluates moral problems related to data, algorithms and corresponding practices. Its goal is to formulate and support morally good solutions (e.g. right conducts or right values) by developing three lines of research: the ethics of data, the ethics of algorithms and the ethics of practices. The ethics of data looks at the

it is crucial to go beyond the mere recognition of the agency power of Things and seek a careful analysis of the differences between technical artifacts and sociotechnical systems. This differentiation is justified by the level of complexity and potential of influence of each one, leading to different regulations.

Peter-Paul Verbeek in *Moralizing Technology: Understanding and Designing the Morality of Things* aims to broaden the scope of ethics to better accommodate the technological age, and in doing so, reveals the inseparable nature of humanity and technology. For Verbeek, technologies are “moral mediators” that shape the way we perceive and interact with the world and thus reveal and guide possible behaviors. In Verbeek’s words: “No technology is morally neutral, since every technology always affects the way in which we perceive and interact with the world, and even the ways in which we think – it mediates our lives.” (VERBEEK, 2011).

Referring to Bruno Latour’s theory, Verbeek concludes that humanistic ethics necessarily divide the world into two domains: the human on one side and the other (or the “non-human”), where human beings are subjects and non-humans are objects of human activity. Due to this approach, it becomes almost impossible to attribute any moral significance to technology. For this reason, our starting point is the scenario presented by Latour, according to which artifacts are also social actors. According to Latour (LATOURE, 2001, p. 245):

To conceive humanity and technology as opposing poles is, in effect, to discard mankind: we are sociotechnical animals and every human interaction is sociotechnical. We are never limited to social bonds. We never confront ourselves with objects alone. [...] The illusion of modernity was to believe that the more we grow, the more objectivity and subjectivity grow apart, thus creating a radically different future from our past. After the paradigm shift in our conception of science and technology, we now know that this will never happen and, in fact, never happened. [...] [The artifacts] deserve to be housed in our intellectual culture as full social actors. The artifacts are us. The aim of our philosophy, social theory and morality is to invent political institutions capable of absorbing this great history, this vast spiraling movement, this labyrinth, this fate.

generation, recording, curation, processing, dissemination, sharing and use of data. It is concerned with moral problems posed by the collection, analysis and application of large data sets. Issues range from the use of big data in biomedical research and the social sciences to profiling, advertising and data donation and data philanthropy, as well as open data in government projects”.

From Latour's teachings, it is possible to deduce that artifacts are endowed with agency and have the capacity to interfere and, for this reason, they must be considered full-fledged social actors. As with sociotechnical systems, on an even larger scale, justified by its greater complexity, as will be further explored in this article.

Although Latour's theory explores the role that each actor possesses, placing all of them on the same level of agency, it is important to consider that it is not all technical artifacts or sociotechnical systems that have the same capacity for influence in the interactions that occur between humans and non-humans. For example, the influence that a physical door holds in relation to an individual is considerably different from the influence generated by a *Thing* endowed with artificial intelligence and algorithms with *deep learning* technique. (WEB FOUNDATION, 2017)⁸

The technical artifacts, as explained by the Dutch theorist Peter Kroes, can be understood as man-made *Things (objects)*, which have a *function* and a *plan of use* (KROES, 2011, pp. 1-2 e 5-7). They consist of products obtained through technological action, designating the attitudes we take daily to solve practical problems, including those related to our desires and our needs (KROES, 2011, pp. 1-2 e 5-7). Technical artifacts involve the need for rules of use to be observed, as well as for parameters to be created in relation to the roles of individuals and social institutions in relation to them and their use (KROES, 2011).

As explained by Kroes (KROES, 2011):

Practical problems are not just resolved by introducing a bunch of technical artifacts into the world. With these artifacts come instructions for their use. And with these technical artifacts come also social roles for people and social institutions for enabling the use of the artifacts.

[...]

There is a huge variety of technical artifacts from very small to very big, from simple to complex, from component part to end-product and consisting of chemical materials, et cetera. What all of these things have in common is that they are material objects that have been deliberately produced by humans in order to fulfil some kind of practical function. They are often described

8 "Deep learning is a subset of machine learning in which the tasks are broken down and distributed onto machine learning algorithms that are organized in consecutive layers. Each layer builds up on the output from the previous layer. Together the layers constitute an artificial neural network that mimics the distributed approach to problem-solving carried out by neurons in a human brain."

as technical artifacts in order to emphasize that they are not naturally occurring objects.

[...]

We may therefore define a technical artifact as a physical object with a technical function and use plan designed and made by human beings. The requirement that the object must be designed and made by humans is added to ensure that any natural objects that happen to be used for practical purposes are not also termed technical artifacts. Those differences relate especially to the status of having a function and a use plan, and to the accompanying possibility of making normative assertions.

Technical artifacts, therefore, are specific objects (Things) with their own characteristics. Works of art, for instance, are not synonymous with technical artifacts. While these are man-made with clear practical objectives, those have no concrete utility and the skills required for their production are different from those required by engineers. Natural objects are also not to be confused with technical artifacts, since they are given by nature and do not have, in themselves, a practical function. However, natural objects can be transformed into technical artifacts if they go through a process of man-made transformation. For example, the wood of the trunk of a tree is something of nature but becomes a technical artifact when it is transformed by man into a closet and gains a concrete function.

Finally, technical artifacts are distinguished by two main points from the mere physical objects, and from the biological objects. First, they have a clear function and usage plan. Second, they are subject to an evaluation analysis as to whether they are good or bad and whether they work or not. (KROES, 2011, p. 7-13). Thus, it is possible to observe the great importance that the *function* and the *plan of use* have in the characterization of a technical artifact. These two characteristics are intimately connected with the goals that the individuals who created the object seek with it, so that they do not stray from the intended purposes.

Faced with this inseparability, the questioning of the morality of human objectives and actions extends to the morality of technical artifacts (KROES, 2011). Technology can be used to change the world around us and individuals' have goals – be them private and / or social – that can be achieved with the help of these technical artifacts. Considering that the objectives sought by the humans when creating a technical artifact are not separated from the characteristics of the object

itself, we can conclude that the technical artifacts have an intrinsically moral character.⁹

This is an important point to which attention should be given, since the debate about liability for consequences arising from the action of human created objects is still a controversial point: who would be held liable? The human or the object? We will return to this discussion later, soon after conceptualizing sociotechnical systems.

Therefore, alongside the technical artifacts, which can represent the simplest objects, with little capacity for interaction/influence, to the more technologically complex ones, we have the sociotechnical systems, which consist of a Network (embedding itself in the Latour's concept reflected in actor-network theory) that connects humans and Things, thus possessing greater capacity for interaction and unpredictability.

For a regulatory analysis, this concept is even more fundamental (KROES, 2011). Precisely because of its complexity embodied in a conglomerate of actants, causing socio-technical systems to have even less predictable consequences than those generated by technical artifacts. In addition, they generate a greater difficulty to prevent unintended consequences, and to hold agents liable in case of harm, since the "technological action", reflected in the sociotechnical system, is a sum of actions of actants' entanglement in the Network in an intra-relation.

To illustrate the difference between the concepts of technical artifact and sociotechnical system, we can think of the former being represented by an airplane, and the second by the complex aviation system. The sociotechnical system is formed by the set of interrelated agents (human and non-human actants - Things, institutions, etc.) that work together to achieve a given goal. The materiality and effects of a sociotechnical system depend on the sum of the agency of each actant. However, there are parameters of how the system should be used, which means that these systems have pre-defined operational processes and can be affected by regulatory laws and policies.

Thus, when a tragic accident involving an airplane occurs, it is necessary to analyze what was in the sphere of control and influence of each actor and technical artifact components of the Sociotechnical Network, but quite possibly we will observe a very complex and

9 There is a rich debate among scholars about whether certain elements such as conscience, free will, spontaneity, creativity and the role of reason constitute a necessary condition for the recognition of a moral agent (like the human agent).

symbiotic relationship between the components that led to this fateful result (SARAIVA, 2011). Moreover, this result is often unpredictable, due to the autonomy of the system based on an agency diffused and distributed among all components (actants) (LO, 2013).¹⁰

According to M. C. Elish, from Columbia University (ELISH, 2016):

It is common to see an airline representative at the gate of a canceled flight be yelled at by frustrated travelers, even though he neither caused the cancellation nor possesses the power to change it. On the front lines of large, bureaucratic systems, people positioned as the external interface of a system appear at once a metonym for the company and also as gatekeepers to the company. As gatekeepers, they seem to possess a degree of agency, a capacity to take effective action, which the customer does not. But in general, we know that such individuals do not represent the whole company, and that agency is only perceived, not actuated. We know, in most cases, these individuals are not responsible for the decisions that have led up to the situation. In instances like these, humans at the interface between customer and company are like sponges, soaking up the excess of emotions that flood the interaction but cannot be absorbed by faceless bureaucracy or an inanimate object. There may be affective ramifications for this misplaced blame, but the discerning customer or manager will know that the individual is not responsible. However, in automated or robotic systems it can be difficult to accurately locate who is responsible when agency is distributed in a system and control over an action is mediated through time and space. When humans and machines work together, who or what is in control? As control has become distributed across multiple actors (human and nonhuman), our social and legal conceptions of responsibility have remained generally about an individual. We developed the term moral crumple zone to describe the result of this ambiguity within systems of distributed control, particularly automated and autonomous systems. Just as the crumple zone in a car is designed to absorb the force of impact in a crash, the human in a highly complex and automated system may become simply a component – accidentally or intentionally – that bears the brunt of the moral and legal responsibilities when the overall system malfunctions.

10 Academics and companies have researched the vulnerabilities of the aviation industry by trying to propose a solution that involves clustered aircrafts, where one group of aircrafts share information and validate each other's transmissions, so that they form a group of "reliable aircrafts". This way, any false signal would be rejected by the group. These solutions are trying to add more layers of protection over existing technology, minimizing risks such as the hacking of an aircraft. These solutions are based on a perspective that sees not only airplanes as isolated technical artifacts but considering solutions that involve the sociotechnical system more broadly.

Considering these complex systems, the debate on liability and ethics – already raised when presenting technical artifacts - returns. Issues such as the liability of developers and the existence of morality in non-human actors – with a focus here on technological objects - need a response or, at least, reflections that contribute to the debate in the public sphere¹¹.

Bruno Latour's theory offers progress in confronting and discarding the formal binary division between humans and non-humans, but it places objects with complexities and objects with different values at the same level. Given this context, from a legal and regulatory point of view, assigning a different status to technical artifacts and sociotechnical systems, according to their capacity for agency and influence is justifiable and should be endowed with different moral status and level of liability. It is necessary, then, to distinguish the influence and importance that each Thing has in the Network and, above all, in the public sphere and, from there, to think about what can be done in the IoT scenario, from an ethical-regulatory point of view (LATOURE, 2001, P. 245).

For this analysis, we will focus on advanced algorithms with *machine learning*, and on robots equipped with artificial intelligence, considering that they are technical artifacts (Things) attached to sociotechnical systems with a greater potential for autonomy (based largely on the processing of Big Data) and unpredictability.

While technical artifacts, such as a chair or a glass, are artifacts “domesticated” by humans, i.e. more predictable in terms of their influence and agency power, it is possible to affirm that intelligent algorithms and robots are still non-domesticated technologies, since the time of interaction with man throughout history has not yet allowed us to foresee most of the risks in order to control them, or to cease them altogether. This clipping will allow us to work on the ethical theme of Things, in its most complex aspect.

Colin Allen e Wendell Wallach (WALLACH, ALLEN, 2008) argue that as intelligent Things, like robots,¹² become more autonomous

11 In its Habermas definition.

12 The 2005 UN Robotics Report defines a robot as a semi or fully autonomous reprogrammable machine used for the well-being of human beings in manufacturing operations or services.

and assume more responsibility, they must be programmed with moral decision-making skills for our own safety.¹³

Corroborating this thesis, Peter-Paul Verbeek (VERBEEK, 2001), while dealing with the morality of Things understands that: as machines (VLADECK, 2017) now operate more frequently in open social environments, such as connected public spheres, it becomes increasingly important to design a type of functional morality that is sensitive to ethically relevant characteristics and applicable to intended situations. With respect to which type of ethics to implement, it is defended that it must be a deontological matrix type, constructed within the deliberative procedural parameters defended by Habermas, but also considering the agency power of Things in a new-materialist perspective.

A good example is the Microsoft's robot Tay (REVISTA GALILEU, 2017), that helps to illustrate the effects that a non-human element can have on society. In 2016, Microsoft launched an Artificial Intelligence program named Tay. Endowed with a *deep learning* ability, the robot shaped its world view based on online interactions with other people and producing authentic expressions based on them. The experience, however, proved to be disastrous and the company had to deactivate the tool in less than 24 hours due to the production of worrying results (TECHNOBLOG, 2017).

The goal was to get Tay to interact with human users on Twitter, learning human patterns of conversation. It turns out that in less than a day, the *chatbot* was generating utterly inappropriate comments, including racist, sexist and anti-semitic publications. In 2015, a similar case occurred with "Google Photos". This was a program that also learned from users, to tag photos. However, their results were also unpleasant, and it was noticed, for example, that the bot was labeling colored people as gorillas (TECMUNDO, 2017).

The implementation of programs capable of "learning" to perform functions that relate to people creates new ethical and regulatory challenges, since it increases the possibility of obtaining results other than those intended or even totally unexpected. In addition, these results can cause harm to other actors, such as the discriminatory offenses generated by Tay and Google Photos.

13 Researchers at Delft University of Technology and Eindhoven University of Technology say that the values that should be taken into account in the development of these technologies are: health, safety, sustainability and privacy.

Particularly, the use of artificial intelligence tools that interact through social media requires reflection on the ethical requirements that must accompany the development of this type of technology. This is because, as previously argued, these mechanisms also act as agents in society, and end up influencing the environment around them, even though they are non-human elements. It is not, therefore, a matter of thinking only about the “use” and “repair” of new technologies, but mainly about the proper ethical orientation for their development (WOLF, 2017).

Microsoft argued that Tay’s malfunctioning was the result of an attack by users who exploited a vulnerability in their program. However, for Wolf et al (WOLF, 2017), this does not exempt them from the responsibility of considering the occurrence of possible harmful consequences with the use of this type of software. For the authors, the fact that the creators did not expect this outcome is part of the very unpredictable nature of this type of system.

The attempt to make Artificial Intelligence systems increasingly adaptable and capable of acting in a human-like manner, makes them present less predictable behaviors. Thus, they begin to act not only as tools that perform pre-established functions in the various fields in which they are employed, but also to develop a proper way of acting. They impact the world in a way that is less determinable or controllable by human agents. It is worth emphasizing that algorithms can adjust to give rise to new algorithms and new ways to accomplish their tasks (DOMINGOS, 2015)¹⁴, so that the way the result was achieved would be difficult to explain even to the programmers who created the algorithm (DONEDA; ALMEIDA, 2016, p. 60).

Also, the more adaptable the artificial intelligence programs become, the more unpredictable are their actions, bringing new risks. This makes it necessary for developers of this type of program to be more aware of the ethical responsibilities involved in this activity. The Code of Ethics of the Association for Computing Machinery (WOLF, 2017) indicates that professionals in the field should develop

14 Pedro Domingos, on learning algorithms: “Every algorithm has an input and an output: the data goes into the computer, the algorithm does what it will with it, and out comes the result. Machine learning turns this around: in goes the data and the desired result and out comes the algorithm that turns one into the other. Learning algorithms—also known as learners—are algorithms that make other algorithms. With machine learning, computers write their own programs, so we don’t have to”.

“comprehensive and thorough assessments of computer systems and their impacts, including the analysis of possible risks”.

In addition, there is a need for dedicated monitoring to verify the actions taken by such a program, especially in the early stages of its implementation. In the Tay case, developers should have monitored the behavior of the bot intensely within the first 24 hours of its launch, which is not known to have occurred (WOLF, 2017).

Furthermore, there is no way to determine with certainty what motivated Microsoft to remove the program: whether the production of offensive comments or the negative response received from users regarding the program. Nevertheless, the logic should be to prevent possible damages and to monitor in advance, rather than the remediation of losses, especially when they may be unforeseeable. To limit the possibilities of negative consequences, software developers must recognize those potentially dangerous and unpredictable programs and restrict their possibilities of interaction with the public until it is intensively tested in a controlled environment. After this stage, consumers should be informed about the vulnerabilities of a program that is essentially unpredictable, and the possible consequences of unexpected behavior (WOLF, 2017).

Another case¹⁵ involving artificial intelligence occurred in November 2016, when Google Translator developed its own language unintelligible to humans. A few months earlier, Google had installed the Google Neural Machine Translation system, which would learn to translate based on examples and achieve great accuracy in its task. The mechanism would have been programmed to translate certain languages for English. However, the system managed to translate languages directly with no interference, which means that the artificial intelligence system would have developed its own language, an *interlanguage* (SUMARES, 2016).

15 Another interesting case that helps us think about the autonomy of these agents is the creation and adoption of Tinder. It is estimated that it amasses a total of 50 million users. This platform intermediates encounters between different people who seek to connect with one another. Therefore, even relationships considered more intimate are engendered and made possible using applications like Tinder. In fact, the algorithm that supports the program is responsible for “deciding” who will appear to whom, based on criteria unknown to the users. Thus, interactions among registered people are established and influenced using the program code and algorithmic filtering, so that this - non-human - element influences these relationships.

A similar situation occurred recently with artificial intelligence developed by Facebook. The system would have been created so that Bob and Alice - names given to *bots* created by researchers - simulated negotiations in English to help researchers understand more constructive forms of negotiation. Nevertheless, Bob and Alice understood each other better by using unintelligible sentences for humans, and so they reached agreements faster. The system was deactivated and did not generate positive results for the research (ROBERTSON, 2017).

As can be seen from these examples - which tend to multiply -, the use of technology, with an emphasis on artificial intelligence, can cause unpredictable and uncontrollable consequences, so that often the only solution is to deactivate the system. Therefore, the increase in autonomy and complexity of the technical artifacts is evident, given that they are endowed with an increased agency, and are capable of influencing others but also of being influenced in the network in a significant way, often composing even more autonomous and unpredictable sociotechnical systems.

Although there is no artificial intelligence system that is completely autonomous, with the development of technology, it is possible to create machines that will have the ability to make decisions in an increasingly independent way, which raises questions about who would be responsible for the result of its actions and for eventual damages caused to others (VLADECK, 2014, p. 120-121). (CERKA, 2015, p. 376-389) According to the Report released at the World Economic Forum in 2017 (WORLD ECONOMIC FORUM, 2018): *The greatest threat to humanity lies in delegating authority and decisions to machines that do not have the intelligence to make.*

The ability to amass experiences and learn from massive data processing, coupled with the ability to act independently and make choices autonomously can be considered preconditions for legal liability. However, since artificial intelligence is not recognized today as a subject of law, it cannot be held individually liable for the potential damage it may cause (CERKA, 2015). In this sense, according to Article 12 of the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts, a person (natural or an entity) on behalf of whom a program was created must, ultimately, be liable for any action generated by the machine. This reasoning is based on the notion that a tool has no will of its own (CERKA, 2015).

On the other hand, in the case of damage caused by acts of an artificial intelligence, another type of responsibility is the one that makes an analogy with the responsibility attributed to the parents by the actions of their children (*strict vicarious liability*). Thus, adopting the theory of “robots as tools”, the responsibility for the acts of an AI could fall on its producer, users or their programmers, responsible for their “training” (SOMBRA; REGOTO, 2018)¹⁶. (CERKA, 2015, p. 376-389)

Another possibility is the model that focuses on the ability of programmers or users to predict the potential for these crimes to occur. According to this second model, a person can be held liable for an offense if it represents a natural and probable consequence of that person’s conduct. It only requires that the programmer or user acted deceitfully or has been negligent (ANDREWS, p. 552) considering a result that would be predictable. (HALLEVY, 2010)

Furthermore, regarding civil liability, George S. Cole refers to four types: (i) product liability, (ii) service liability, (iii) malpractice, and (iv) negligence. (COLE, 1990) The author argues that product liability is, at best, only partially applicable. The basic elements for its applicability would be: (i) the AI should be a “product”; (ii) the defendant must be an AI seller; (iii) The AI must reach the injured party without substantive change; (iv) the AI must be defective; and (v) the defect shall be the source of the damage. Hence the service liability would be, in the view of the author, better applied, but not well defined.

16 The problem with this approach is that Things start to train itself without needing human input. The evolution of this feature usually has the following narrative: “Just over 20 years ago, in 1997, chess champion Garry Kasparov lost his reign to the Deep Blue supercomputer. If in 1997 Deep Blue made history, in 2017 it was the turn of another supercomputer, the Alpha Go Zero, that won several human adversaries in the complex game “Go”. In fact, since its previous version, Alpha Go had been dominating the headlines by successively winning Go’s best players, largely because of its ability to gather data from its opponents and learn from matches played so far. The results obtained by Alpha Go Zero are relevant because it comes from an artificial intelligence technique called reinforcement learning, which is only possible due to the ability to store, process and analyze data, habits and tactics of the players. It is a technique in which, when trying different approaches to a problem, the computer learns the best solution, without, however, needing any programming or previous teaching by a human. In this way, the computer becomes capable of doing things without any programmer having to teach it beforehand. Alpha Go Zero has been trained only from its own experience with the personal data management of players and matches, which allows it to surpass human capabilities and operate in areas where humans are lacking. In the same sense, the newest version of the AlphaZero supercomputer, also through the reinforcement learning technique, dominated the game in just four hours after being programmed with the rules of chess (without any strategies), having been able to defeat the best chess computer program until then, the Stockfish.”.

(COLE, 1990) On the other hand, the author maintains that applying the malpractice liability, in turn, has great potential.¹⁷ Thus, the decision would lie between strict liability and negligence. The standard, in this case, should be set by the professional community. (COLE, 1990)

Still, as the field develops, for Cole, the negligence model would be the most applicable. However, it can be difficult to implement, especially when some errors are unpredictable or even unavoidable. To date, the courts have not yet formulated a clear definition of the responsibility involved in creating AIs which, if not undertaken, should lead to negligent liability. (COLE, 1990)

Should an act of an Artificial Intelligence cause damages by reason of deceit or negligence, manufacturing defect or design failure as a result of blameworthy programming, existing liability rules would most often indicate the “fault” of its creators. However, it is often not easy to know how these programs come to their conclusions or even lead to unexpected and possibly unpleasant consequences. This harmful potential is especially dangerous in the use of Artificial Intelligence programs that rely on *machine learning* and *deep learning* mechanisms, in which the very nature of the *software* involves the intention of developing an action that is not predictable, and which will only be determined from the data processing of all the information with which the program had contact.

Scientists from different areas are concerned and deliberate that conferring this autonomous “thinking” ability to machines can necessarily give them the ability to act contrary to the rules they are given (PAGALLO, 2013); (VLADECK, 2014, p. 120-121). Hence the importance of taking into consideration and investigating the spheres of control and influence of designers and other agents during the creation and functional development of technical artifacts.^{18 19}

17 Because the text was produced in 1990, the author states that the model of malpractice liability would not yet apply because programming was not officially a profession. However, this concept must be updated, since today this profession is widely recognized.

18 Accordingly, some relevant concerns are raised: Would it be possible hold liable the companies that designed, programmed, or manufactured the machine, even if they had included programming rules that would prevent harmful behavior to humans? Should creators be totally blamed whenever something goes wrong, even when projected machines “self-teach”? In that case, would the damage-causing conduct already prove defective? Or would one adopt a theory that values the subject’s economic position for accountability, that creators are in a better position to absorb the cost of harm than the person harmed?

19 The engineers are responsible for thinking about the values that will go into the

Often, during the design phase, the consequences are indeterminate because they depend partly on the actions of other factors and agents besides the designers. Also, since making a decision can be a complex process, it may be difficult for a human to even explain it. It may be difficult, further, to prove that the product containing the AI was defective, and especially that the defect already existed at the time of its production²⁰. (CERKA, 2015, p. 376-389)

As the behavior of an AI is not totally predictable, and its behavior is the result of the interaction between several human and non-human agents that make up the sociotechnical system and even of *self-learning* processes, it can be extremely difficult to determine the *causal nexus* (JUSBRASIL, 2018) between the damage caused and the action of a human being or legal entity. (MULHOLLAND, 2010).²¹

design of the artifacts, their function and their use manual. What escapes from the design and use manual does not depend on the control and influence of the engineer and can be unpredictable. That's why engineers must design value-sensitive technical artifacts. An artifact sensitive to constitutionally guaranteed values (deliberate in the public sphere) is a liable artifact.

- 20 With this regard, to enhance the transparency and the possibility of accountability in this techno-regulated context, there is nowadays a growing movement in civil society demanding the development of “explainable artificial intelligences”. Also, the debate around a “right to explanation” for algorithmic and autonomous decisions that took place on discussions around the General Data Protection Regulation (GDPR) is also a way to achieve the goals of transparency and accountability since algorithms are taking more critical decisions on our behalf and is increasingly hard to explain and understand its processes.
- 21 Caitlin Sampaio Mulholland addressed the problem of distributed irresponsibility (the name attributed in the present work to refer to the effect of the lack of identification of the causal nexus between the agent's conduct and the harm produced) in her theory of causality presumption. Caitlin Mulholland, in her analysis, addresses the scenario of lack of clarity in the causal nexus between agents reinforcing the concept of “alternative causality”. The concept of alternative causality allows us to identify that the damage was caused by a single behavior that, due to the cohesive characteristic of the group, remains impossible to attest. The objective of this liability is to seek reimbursement from the victim, assuming the causal nexus. According to Mulholland: “If there are several activities, each of which alone would have been sufficient to produce the damage, but in which uncertainty persists as to what caused it, each will be considered as the cause of the damage limited to the corresponding probability of having caused it “. (...) There is a single causal nexus that cannot be directly identified. Hence their presumption in relation to the group. (...) What is sought with the alternative causality is to enable the repair of damages caused by facilitating the burden of proof. Instead of having to prove that a person through his conduct has caused the damage that has afflicted it, he may rely on the presumption of causality, suffice it to prove that he has suffered damages and that the damage was the consequence of a certain activity performed by a certain group”. Mulholland's argument goes beyond the cases of: (a) joint liability of the accused; (b) liability attributed according to the causal contribution of each agent to obtain the harmful result; (c) the liability attributed to only one of the agents, when it is possible to identify the rupture of the causal nexus between successive actions.

According to the legal framework we have today, this can lead to a situation of “distributed irresponsibility” (the name attributed in the present work to refer to the possible effect resulting from the lack of identification of the causal nexus between the agent’s conduct and the damage caused) among the different actors involved in the process. This will occur mainly when the damage transpires within a complex sociotechnical system, in which the liability of the intelligent Thing itself, or of a natural or legal person, will not be obvious. (UNESCO, 2017)

As argued by Alan Turing and the Oxford Internet Institute (MITTELSTADT, 2016):

The modular design of systems can mean that no single person or group can fully grasp the manner in which the system will interact or respond to a complex flow of new inputs.” From traditional, linear programming through to autonomous algorithms, behavioural control is gradually transferred from the programmer to the algorithm and its operating environment. The gap between the designer’s control and algorithm’s behaviour creates an accountability gap wherein blame can potentially be assigned to several moral agents simultaneously.

Corroborating this thesis, according to the recent UNESCO Report (UNESCO, 2017) on “robotics ethics”:

The rapid development of highly intelligent autonomous robots, then, is likely to challenge our current classification of beings according to their moral status, in the same or maybe even more profound way as it happened with non-human animals through the animal rights movement. It may even alter the way in which human moral status is currently perceived. Although still resembling futuristic speculations, questions like these should not be dismissed lightly, especially in view of the fact that the “human-machine divide” is gradually disappearing and the likelihood of future appearance of human-machine or animal-machine hybrids or cyborgs (robots integrated with biological organisms or at least containing some biological components). [...] In all of these cases, there seems to be a “shared” or “distributed” responsibility between robot designers, engineers, programmers, manufacturers, investors, sellers and users. None of these agents can be indicated as the ultimate source

When we think, however, of the damage caused within sociotechnical systems, we have an even more complex application of the casual nexus and liability, since we are often talking about the action caused by a sum of agencies of human beings, institutions and intelligent things with autonomy and agency power. In this case, the focus on the economic group, despite being able to respond to various damage cases, may not be enough for the fair allocation of liability in the IoT era and for strong artificial intelligence.

of action. At the same time, this solution tends to dilute the notion of responsibility altogether: if everybody has a part in the total responsibility, no one is fully responsible. This problem is known as the “problem of the many hands”. [...] Robots may be used for purposes intended by their designers, but they may also be used for a variety of other purposes, especially if their “behaviour” can be “hacked” or “reprogrammed” by their end-users. Robots might have implications far beyond the intentions of their developers. It is impossible for roboticists to predict entirely how their work might affect society.

Another interesting point worth considering in this context is that flaws are natural and can be considered desirable for the faster improvement of a technical artifact. Therefore, a regulatory scenario that would extinguish all and any flaws or damages would be uncalled for. The ideal regulatory scenario would guide the development of the technical artifacts and manage it from a perspective of fundamental rights protection.

No reliable answers have yet been found on how to deal with the potential damages that may arise due to programming errors, or even due to *machine learning* processes that end up incorporating undesired conducts into the behavior of the machine that were not predicted by developers (HUNT, 2016). Therefore, establishing minimum ethical foundations for regulating purposes is just as important as developing these new technologies.

When dealing with Artificial Intelligence, it is essential to promote an extensive debate about the ethical guidelines that should guide the construction of these machines. After all, there is a strong growth of this segment of scientific research (ECONOMIA IG, 2017)²², regulatory scenario included. However, clear parameters of how to conduct this study, from the point of view of ethics, has yet to be defined. The need to establish a *regulatory framework* for this type of technology has been highlighted by some initiatives.

A conference was held in January 2017 in Asilomar (FUTURE OF LIFE, 2017), CA, aiming to establish the definitions of a series of

22 Recently, “Alpha Go”, an Artificial Intelligence developed by Google defeated for the second time the Chinese champion of the Chinese board game Go, considered one of the most difficult strategy games ever created. Just to have a dimension of the complexity of the game, *Go* has around 2.1×10^{17} possible positions on a board, while Chess admits a number of legal positions that is between the orders of magnitude 10 and 10. As a comparison, it is estimated that in the universe there are no more than 10 protons.

principles so that the development of Artificial Intelligence programs can be beneficial. The 23 principles are:

1) Research Goal: The goal of AI research should be to create not undirected intelligence, but beneficial intelligence.

2) Research Funding: Investments in AI should be accompanied by funding for research on ensuring its beneficial use, including thorny questions in computer science, economics, law, ethics, and social studies, such as:

How can we make future AI systems highly robust, so that they do what we want without malfunctioning or getting hacked?

How can we grow our prosperity through automation while maintaining people's resources and purpose?

How can we update our legal systems to be more fair and efficient, to keep pace with AI, and to manage the risks associated with AI?

What set of values should AI be aligned with, and what legal and ethical status should it have?

3) Science-Policy Link: There should be constructive and healthy exchange between AI researchers and policy-makers.

4) Research Culture: A culture of cooperation, trust, and transparency should be fostered among researchers and developers of AI.

5) Race Avoidance: Teams developing AI systems should actively cooperate to avoid corner-cutting on safety standards.

6) Safety: AI systems should be safe and secure throughout their operational lifetime, and verifiably so where applicable and feasible.

7) Failure Transparency: If an AI system causes harm, it should be possible to ascertain why.

8) Judicial Transparency: Any involvement by an autonomous system in judicial decision-making should provide a satisfactory explanation auditable by a competent human authority.

9) Responsibility: Designers and builders of advanced AI systems are stakeholders in the moral implications of their use, misuse, and actions, with a responsibility and opportunity to shape those implications.

10) Value Alignment: Highly autonomous AI systems should be designed so that their goals and behaviors can be assured to align with human values throughout their operation.

- 11) Human Values: AI systems should be designed and operated so as to be compatible with ideals of human dignity, rights, freedoms, and cultural diversity.
- 12) Personal Privacy: People should have the right to access, manage and control the data they generate, given AI systems' power to analyze and utilize that data.
- 13) Liberty and Privacy: The application of AI to personal data must not unreasonably curtail people's real or perceived liberty.
- 14) Shared Benefit: AI technologies should benefit and empower as many people as possible.
- 15) Shared Prosperity: The economic prosperity created by AI should be shared broadly, to benefit all of humanity.
- 16) Human Control: Humans should choose how and whether to delegate decisions to AI systems, to accomplish human-chosen objectives.
- 17) Non-subversion: The power conferred by control of highly advanced AI systems should respect and improve, rather than subvert, the social and civic processes on which the health of society depends.
- 18) AI Arms Race: An arms race in lethal autonomous weapons should be avoided.
- 19) Capability Caution: There being no consensus, we should avoid strong assumptions regarding upper limits on future AI capabilities.
- 20) Importance: Advanced AI could represent a profound change in the history of life on Earth and should be planned for and managed with commensurate care and resources.
- 21) Risks: Risks posed by AI systems, especially catastrophic or existential risks, must be subject to planning and mitigation efforts commensurate with their expected impact.
- 22) Recursive Self-Improvement: AI systems designed to recursively self-improve or self-replicate in a manner that could lead to rapidly increasing quality or quantity must be subject to strict safety and control measures.
- 23) Common Good: Superintelligence should only be developed in the service of widely shared ethical ideals, and for the benefit of all humanity rather than one state or organization".

As drawn from the text's responsibility section, designers and builders of advanced AI systems are considered stakeholders in the moral implications of their use, misuse, and actions of the Thing and its

damaging autonomous actions, with a responsibility and opportunity to shape these implications.

Additionally, the responsibility/liability of the designer should also be considered, coupled with the concern in guaranteeing values such as privacy, safety and ethics in the design of the artifacts. This aims to avoid problems *a posteriori*. But we have always to consider what was within the sphere of control and influence of the designer. We must think, therefore, of a “value-sensitive design”. As an example, we can mention the commands of: “*privacy by design*”, “*security by design*” and, “*ethics by design*”.

The degree of autonomy allotted to the machine must also be thought of, determining what degree of autonomy is reasonable and where substantial human control should be maintained. The structure contained in the table *below*, produced in the UNESCO (UNESCO, 2017) study, contains important parameters that help us think about these issues, at the same time trying to identify the different agencies involved. Although the proposed structure is simple, its implementation in terms of assigning responsibility and regulating usage is complex and challenging - for scientists and engineers, policy-makers and ethicists.

Decision by Robot	Human Involvement	Technology	Responsibility	Regulation
Made out of finite set of options, according to preset strict criteria	Criteria implemented in a legal framework	Machine only: deterministic algorithms/ robots	Robots' producer	Legal (standards, national or international legislation)
Out of a range of options, with room for flexibility, according to a preset policy	Decision delegated to robot	Machine only: AI- based algorithms, cognitive robots	Designer, Manufacturer, Seller, User	Codes of practice both for engineers and for users; Precautionary Principle
Decisions made through human-machine interaction	Human controls robot's decisions	Ability for human to take control over robot in cases where robot's actions can cause serious harm or death	Human beings	Moral

Alternatively, on 16 February 2017, the European Parliament issued a resolution with recommendations from the European Commission on *civil law* rules in robotics (2015/2103 (INL)). Among other issues, the document advocates for the creation of a European

agency for robotics and artificial intelligence, to provide the necessary technical, ethical and regulatory expertise (CMS LAW NOW, 2017).

The European Parliament also proposed the introduction of a specific legal status for smart robots as well as the creation of an insurance system or compensatory fund with the aim of creating a protection system for the use of intelligent machines.

Regarding the legal status that could be given to these agents, the resolution uses the expression “electronic person” or “*e-person*”. In addition, in view of the discrepancy between ethics and technology, the European directive rightly states that dignity, in a deontological bias, must be at the center of a new digital ethic.

The attribution of personality to intelligent robots (FAUTH)²³ seems correct and coherent with the gain of autonomy (HUPFER)²⁴ of

23 The characteristics most used for the foundation of the human personality are: consciousness; rationality; autonomy (self-motivated activity); the capacity to communicate; and self-awareness. Another possible social criterion is to be considered a person whenever society recognizes thus recognizes one (we can even apply the Habermasian theory here, through a deliberative process in the public sphere). Other theorists believe that the fundamental characteristic for the attribution of personality is sensibility, which means the capacity to feel pleasure and pain. According to Juliana de Andrade, based on the theory of ‘depersonalized entities’, defended by Daniel Lourenço: “Firstly, for us, as seen, the nonhuman animal is a sentient being, just like man, and, therefore, must have their interest in not suffering as well protected by our legal system - which, in fact, was already done by the 1988 Brazilian Federal Constitution, by prohibiting the practice of cruel acts against nonhuman animals. Hence, civilian legislation must adapt to this reality and recognize the status of a subject of law of the nonhuman animal”. In addition, the Law has already broken a major barrier to the attribution of personality by granting personality to legal entities. LOURENÇO, Daniel Braga. *Direito dos animais: fundamentação e novas perspectivas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. Ed., 2008, p.141. ANDRADE, Juliana. *A natureza jurídica dos animais: rompendo com a tradição antropocêntrica*.

24 The Kantian moral establishes its foundation in autonomy, whose realization implies the necessity of freedom and is characterized by the capacity to think and to act by oneself. According to this moral, every human being, as long as he is rational, can attain autonomy, that is, give himself the direction for his life. For this realization, it is enough that you have the courage to make use of your own understanding, that is, of thinking for yourself. It is necessary to remember, however, that for the human being to “self-determine”, he needs to live in community. Habermas complements this initial Kantian conception. In the words of Haide Maria Hupffer: “Habermas advances indicating that autonomy must also be understood as the principle of democracy. For Habermas, morality is a process of argumentation between a free and autonomous society. The author seeks to reconstruct the internal link between popular sovereignty and human rights by introducing the principle of discourse. Habermas introduces his way of interpreting the concept of autonomy, based on the principle of discourse, that is, autonomy lies in a communicative freedom, presupposed in the action that is guided by mutual understanding. For a norm to be universal, consensus is necessary, that is, for us to feel that we are the recipients of rights, it is necessary to be held as authors of law.”. The importance of bringing

Intelligent Things. In this sense, as argued by professor David Vladeck, from George Town University:

One solution would be to reconceptualize these autonomous, intelligent machines as entities with the status of a “person” under the law. Conferring “personhood” on these machines would resolve the agency question; the machines become principals in their own right, and along with new legal status would come new legal burdens, including the burden of self-insurance. This is a different form of cost-spreading than focusing on the vehicle’s creators, and it may have the virtue of necessitating that a broader audience - including the vehicle’s owner - participate in funding the insurance pool, and that too may be more fair.

The attribution of rights to robots and the creation of a personality of its own, is not a novelty. In Brazilian legal doctrine, Marco Aurélio de Castro in his work dated back to 2009, titled “Law and Post-Humanity: When Robots Will Be Rights Subjects” (CASTRO, 2009), already argued in that direction.

In line with Lehman-Wilzig’s teachings, Castro argues that there is no clear meaning for the concept of “person”, therefore it cannot be argued that to be deemed a person, it is necessary to be a human-being. Today we have the precedent of legal entities framed with the legal status of a person²⁵ (CASTRO, 2009)²⁶. Castro then defends the possibility of artifacts also falling under this concept, since a robot can perform activities previously considered to be exclusive to human beings, such as: predicting, choosing, learning, understanding, interpreting, analyzing, deciding, feeling²⁷, among other abilities and skills. In Castro’s words (CASTRO, 2009)²⁸:

Habermas to the text can be sustained by the fact that in Habermas morality is a result of an argumentative process between free and autonomous beings.

25 With the purpose, for example, of better managing the property rights.

26 The legal concept of a person is changeable and is constantly evolving. For example, Afro-descendants have once been excluded from this category, at the time of slavery. Therefore, one cannot relate the legal concept of a person to *Homo sapiens*. In analogy, etymologically the term robot means forced labor. There is nothing to prevent them from migrating to the category of rightsholders as well, since they perform the same actions as human beings.

27 A reservation is necessary at this point because even if robots can feel and demonstrate emotions as if they were sensuous, the authenticity of these reactions is questioned since they would not be genuine, but at most a representation (or emulation), analogous to human actors when they simulate these emotions in a play, for example, feelings in certain roles, not being considered by many as something genuine. Because of this, the Italian jus-philosopher Ugo Pagallo calls this ‘artificial autonomy’.

28 Original text: “Descobertos os elementos que, reunidos ou isoladamente resultam

Having discovered the elements that, together or separately, result in the personality of the jurisdictional individual, it is lawful to state that if another entity is found endowed with these same elements, the logical conclusion is to attribute the same judicial status of a person. [...] Brain and computer are not equivalent, a fact of little importance because if its manifestation is and effect or an intelligent act, what causes it will have to be intelligent, because what remains in the thought cannot be evaluated, only its result. What happens inside a computer, when in operation, is often an unfathomable mystery, as it is still the mystery of what occurs in the brain when we think.

Given that each Intelligent Thing has a different potential, Castro also advocates a differentiation analogous to the civil and penal distinction based on human capacity. Therefore, only intelligent Things with the same human characteristics could be considered absolutely capable. What he proposes is that parameters or thresholds be created so that, from a legal point of view, there are: incapable robots (those without moral responsibility), relatively capable robots (those who are monitored and supervised, and whose most critical decisions require human intervention), or those who are as capable as a human adult, without legal restrictions.

One of the important features to consider is the learning speed and individual evolution of the robot (based on data processing), which may represent in some cases the infeasibility of an educational process, thus limiting its moral and legal liability.

But how could one punish a robot? It could not be as simple as “pulling the plug”. In this case, there are two viable options: rehabilitation and indemnification. The first would involve reprogramming the guilty robot. The second, would be to compel the same to compensate the victim for the damage caused.

In such a context, the European resolution is of extreme relevance. The proposition in assigning a new type of personality, an electronic one, considering the characteristics of Intelligent Things,

na personalidade do indivíduo jurisdicizada, é lícito afirmar que, se outro ente for encontrado dotado desses mesmos elementos, a conclusão lógica é a de se atribuir o mesmo status jurídico de pessoa. [...] Cérebro e computador não se equivalem, o que pouco importa, pois, se a sua manifestação for um efeito ou ato inteligente, o que o causar haverá de ser inteligente, pois o que permanece no pensamento não pode ser de forma alguma avaliado, apenas seu resultado. O que acontece no interior de um computador, quando em funcionamento, muitas vezes é um mistério insondável, como ainda é o mistério do que ocorre no cérebro quando pensamos.”.

coupled with the idea of compulsory insurance or a compensatory fund can be an important first step.

The new European proposal reflects a practical and prompt response to the previously mentioned problem of “distributed irresponsibility”²⁹, which occurs when there is no clear connection between an agent and the harm generated.

Caitlin Sampaio Mulhollan addressed the problem of distributed/diffuse liability in her thesis on the presumption of causality. In her analysis, Caitlin Mulholland faces the scenario of unclear causal nexus between agents reinforcing the concept of alternative causality. According to Mulholland, in view of the existence of a single causal nexus that cannot be identified directly, we can infer its presumption from the economic group, making it possible to repair the damages caused by facilitating the burden of proof for the victim.

However, when we think of the damages that have occurred within complex sociotechnical systems, we have an application of the causal nexus and of even more challenging legal liability. This is because we are often talking about the action caused by a sum of agencies of human beings, institutions and intelligent things with autonomy and agency power of their own. In this case, the focus on the economic group, despite being able to respond to several cases of damages, may not be sufficient for the fair allocation of liability in the IoT and artificial intelligence Era (MULHOLLAND, 2010).

Therefore, as a pragmatic response to this scenario of uncertainty and lack of legal appropriateness, the European proposal suggests that in case of damages the injured party may either take out the insurance or be reimbursed through the compensatory fund.³⁰

29 This legal phenomenon is also called by other authors as “problem of the many hands” or “accountability gap”.

30 The type of insurance that should be applied to the case of intelligent robots and which agents and institutions should bear this burden is still an open question. The European Union’s recent report (2015/2103 (INL)) issued recommendations on the subject, proposing not only mandatory registration, but also the creation of insurance and funds. According to the European Parliament, insurance could be taken by both the consumer and the company in a similar model to those used by the car insurance. The fund could be either general (for all autonomous robots) or individual (for each category of robot), composed of fees paid at the time of placing the machine on the market, and / or contributions paid periodically throughout the life of the robots. It is worth mentioning that, in this case, companies would be responsible for bearing this burden. Despite this proposal, however, the topic continues open to debate, with new alternatives and more interesting models - such as private funds, specific records, among other possibilities - that will not be the subject of a deep analysis in this thesis.

It is worth highlighting the section on Liability as determined by the Resolution (PARLAMENTO EUROPEU, 2017) (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016):

Liability:

31. Calls on the Commission, when carrying out an impact assessment of its future legislative instrument, to explore the implications of all possible legal solutions, such as:

a) establishing a compulsory insurance scheme whereby, similarly to what already happens with cars, producers or owners of robots would be required to take out insurance cover for the damage potentially caused by their robots;

b) ensuring that a compensation fund would not only serve the purpose of guaranteeing compensation if the damage caused by a robot was not covered by an insurance – which would in any case remain its primary goal – but also that of allowing various financial operations in the interests of the robot, such as investments, donations or payments made to smart autonomous robots for their services, which could be transferred to the fund;

c) allowing the manufacturer, the programmer, the owner or the user to benefit from limited liability insofar as smart autonomous robots would be endowed with a compensation fund – to which all parties could contribute in varying proportions – and damage to property could only be claimed for within the limits of that fund, other types of damage not being subject to such limits;

d) deciding whether to create a general fund for all smart autonomous robots or to create an individual fund for each and every robot category, and whether a contribution should be paid as a one-off fee when placing the robot on the market or whether periodic contributions should be paid during the lifetime of the robot;

e) ensuring that the link between a robot and its fund would be made visible by an individual registration number appearing in a specific EU register, which would allow anyone interacting with the robot to be informed about the nature of the

f) creating a specific legal status for robots, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons with specific rights and obligations, including that of making good any damage they may cause, and applying electronic personality to cases where robots make smart autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently (EUROPEAN PARLIAMENT, 2016).

Still, this step should be closely followed by a continuous debate on the ethical principles that should guide such technical artifacts, coupled with an adequate governance of all the data used in the construction and development of these agents.

In addressing the importance of a profound discussion in society on creating a new personality and regulation of these new technologies, Lawrence B. Solum confirms that (LAWRENCE, 1992):

Our theories of personhood cannot provide an a priori chart for the deep waters at the borderlines of status. An answer to the question whether artificial intelligences should be granted some form of legal personhood cannot be given until our form of life gives the question urgency. But when our daily encounters with artificial intelligence do raise the question of personhood, they may change our perspective about how the question is to be answered. And so it must be with the hard questions we face today. Debates about the borderlines of status-about abortion, about the termination of medical treatment, and about rights for animals-will not be resolved by deep theories or the intuitions generated by wildly imaginative hypotheticals. Of course, many of us do believe in deep theories; we subscribe to a variety of comprehensive philosophical or religious doctrines. But in a modern, pluralist society, the disagreement about ultimate questions is profound and persistent. Resolution of hard cases in the political and judicial spheres requires the use of public reason. We have no realistic alternative but to seek principled compromise based on our shared heritage of toleration and respect. If there is no common ground on which to build a theory of personhood that resolves a hard case, then judges must fall back on the principle of respect for the rights of those who mutually recognize one another as fellow citizens.

From a legal standpoint, it is fundamental to keep in mind the new nature of a diffused liability, potentially dispersed in space, time and agency of the various actants in the public sphere. We need to think about the context in which assumptions on liability are made. The question that is presented to us is not only how to make computational agents liable, but how to reasonably and fairly apply this liability. We must, therefore, think of a “shared liability” between the different actors working in the sociotechnical network and their spheres of control and influence over the presented situations and over other agents.

However, we are still far from obtaining a reasonable consensus³¹ on the establishment of appropriate ethical parameters

31 In the present article, it is argued that the consensus must be constructed according to Jurgen Habermas's proposal, that is, through dialectical conflicts in the public sphere.

for the development of algorithms and other intelligent Things. These agents can influence relationships between people, shaping behaviors and world views, especially and more effectively when part of their operation enjoys high technological complexity and autonomy, as it happens in the case of Artificial Intelligence systems with the capacity of reasoning and learning according to *deep learning*³² techniques in artificial neural networks (AMARAL, 2015).

It is evident that these elements are consistently exerting more influence in the way we organize ourselves in society and, therefore, the scientific and legal advance cannot distance itself from the ethical issues evidently involved. The role of law in this context must be re-interpreted. The legal regulation, democratically construed in the public sphere, should provide the appropriate architecture to for the construction of proper ethical channels so that data can flow and non-human agents can act and be developed within the prescribed ethical-juridical limits. The limits must follow a post-humanist perspective, being capable of envisioning Things as agents in the public sphere, but with a human rights' based approach to guide its development.

Referências

ABBATE, Janet. *Inventing the internet*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1999.

ABITEBOUL, Serge; ANDRÉ, Benjamin; KAPLAN, Daniel. Managing your digital life. *Communications of the ACM*, v. 58, n. 5, p. 35, may. 2015.

ACCENTURE. *Digital Trust in the IoT Era*, 2015. Disponível em: <https://www.accenture.com/t20160318T035041__w_/us-en/_acnmedia/Accenture/Conversion-Assets/LandingPage/Documents/3/Accenture-3-LT-3-Digital-Trust-IoT-Era.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2017.

_____. *From productivity to outcomes: using the Internet of things to drive future business strategies*, 2015. Disponível em: <https://www.accenture.com/t20150527T211103__w_/fr-fr/>

32 *Artificial Neural Networks* (ANN) represent a network of multiple simple processors – “neurons” – in which each usually has a local memory. ANN is a complex adaptive system, so that it can change its internal structure based on the information that passes through it.

acnmedia/Accenture/Conversion-Assets/DotCom/Documents/Local/fr-fr/PDF_5/Accenture-CEO-Briefing-2015-Productivity-Outcomes-Internet-Things.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2016.

ADVANCED MP. Environmental impact of IoT. *Advanced MP*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.advancedmp.com/environmental-impact-of-iot/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

AGAZZI, Evandro. El impacto epistemológico de la Tecnología. *Argumentos*, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.argumentos.us.es/numero1/agazzi.htm>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

AGHAEI, Sareh; NEMATBAKSHI, Mohammad Ali; FARSANI, Hadi Khosravi. Evolution of the World Wide Web: from web 1.0 to web 4.0. *Internet Journal of Web & Semantic Technology*, v. 3, n. 1, jan. 2012. Disponível em: <<http://aircse.org/journal/ijwest/papers/3112ijwest01.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

ALLSEEN ALLIANCE MERGES with Open Connectivity Foundation to Accelerate the Internet of Things. *Allseen Alliance*, Beaverton, out. 2016. Disponível em: <<https://allseenalliance.org/allseen-alliance-merges-open-connectivity-foundation-accelerate-Internet-things>>. Acesso em: 25 jan. 2017

ALMEIDA, Kamila. Projeto pioneiro no Brasil, botão de pânico ajuda a reduzir violência no ES. *ZH Notícias*, abr. 2013. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2013/04/projeto-pioneiro-no-brasil-botao-de-panico-ajuda-a-reduzir-violencia-no-es-4119173.html>>. Acesso em: 25 jan. 2017.

ALMEIDA, Virgilio A. F.; DONEDA, Danilo; MONTEIRO, Marília. Governance Challenges for the Internet of Things. *IEEE Internet Computing*, jul./ago. 2015.

AMARAL, Gustavo Rick. Uma dose de pragmatismo para as epistemologias contemporâneas: Latour e o parlamento das coisas. *Teccogs: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas*, São Paulo, n. 12, p. 92-118, jul-dez. 2015.

DHANJANI, Nitesh. *Abusing the Internet of Things: Blackouts, Freakouts, and Stakeouts*. Newton: O'Reilly Media, Inc., 2015.

DIAKOPOULOS, Nicholas. Algorithm Accountability – Journalistic investigation of computational power structures. *Digital Journalism*, v. 3, n. 3, p. 398, 2015

DN. Tay, a inteligência artificial racista e cheia de ódio da Microsoft, voltou a aparecer. *DN*, mar. 2016. Acesso em: 16 ago. 2017.

DONEDA, Danilo; MENDES, Laura Schertel. Data Protection in Brazil: New Developments and Current Challenges. In: GUTWIRTH, Serge; LEENES, Ronald; HERT, Paul De. (Eds.) *Reloading Data Protection: Multidisciplinary Insights and Contemporary Challenges*. London: Springer, 2014

DONEDA, Danilo, ALMEIDA, Virgilio; MONTEIRO, Marília. Governance challenges for the Internet of Things. *IEE Computer Society*, v. 19, n. 4, p. 56-59, 2015.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Polity Press, 1992.

_____. *The Theory of Communicative Action*. Beacon Press. 1987. v. II

HARAWAY, Donna. A cyborg manifesto: Science, technology and socialist-feminism in the late twentieth century. In: HARAWAY, Donna. *Simians, Cyborgs, and Women*. The Reinvention of Nature. Nova York: Routledge, 1991.

HEWLETT-PACKARD COMPANY. *Internet of Things Research Study Report*, jul. 2014. Disponível em: <<http://h30499.www3.hp.com/t5/Fortify-Application-Security/HP-Study-Reveals-70-Percent-of-Internet-of-Things-Devices/ba-p/6556284#.VZR5HflVhHw>>. Acesso em: 8 fev. 2017.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2015.

LANE, Julia (Org.). *Privacy, Big Data and the Public Good: frameworks for engagement*. Cambridge University Press. 2014.

LATOUR, Bruno. *A esperança de pandora*: nsaios sobre a realidade dos estudos científicos. Trad.: Gilson Cesar Cardoso de Sousa. São Paulo: EDUSC, 2001.

_____. *Ciência em ação*: como seguir cientistas e engenheiros sociedade afora. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: UNESP, 2000.

_____. *Jamais fomos modernos*: ensaio de Antropologia Simétrica. Trad.: Carlos Ireneu da Costa. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

_____. On Technical Meditation – Philosophy, Sociology, Genealogy. *Common Knowledge*, v. 3, n. 2, p. 29-64, 1994.

_____.; WOOLGAR, Steve. *Laboratory Life*: The Construction of Scientific Facts. Princeton: Princeton University Press, 1986.

LAW, John. and SINGLETON, V. *Performing technologies' stories*: on social construtivism, performance, and performativity. *Technology and Culture*. 2000.

LAW, John; LODGE, Peter. *Science for Social Scientists*. London: Macmillan Press, 1984.

MAGRANI, Eduardo. *Democracia conectada*: a internet como ferramenta de engajamento político-democrático. Curitiba: Juruá, 2014.

MAGRANI, Bruno et al. *Direitos Intelectuais*, 2014. Disponível em: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u100/direitos_intelectuais_2014-2.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2017.

MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2000

MILLER, Georgia e KEARNES, Matthew. *Nanotechnology, Ubiquitous Computing and The Internet of Things*: Challenges to Rights to privacy and data protection. Draft Report to the Council of Europe, set. 2013.

PAGALLO, Ugo. *The Laws of robots*: crimes, contracts, and torts. Torino: Springer, 2013.

SAURWEIN, Florian; JUST, Natascha; LATZER, Michael. *Governance of algorithms*: options and limitations. *Info*, v. 17, n. 6, p. 35-49, 2015.

SCHATZBERG, Eric. From art to applied science. *Isis*, v. 103, n. 3, p. 555-563, 2012.

_____. Technik Comes to America: Changing Meanings of Technology before 1930. *Technology and Culture*, v. 47, n. 3, p. 486-512, jul. 2006. Disponível em: <<http://muse.jhu.edu/article/201479>>. Acesso em 27 mar. 2017.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared. *The new digital age*: Reshaping the future of people, nations and business. Londres: Hachette UK, 2013.

SJÖBERG, Mats et al. Digital Me: Controlling and Making Sense of My Digital Footprint. In: GAMBERINI, L. et al (Eds.). *Symbiotic Interaction*: Lecture notes in computer science. Padua: Springer, 2016. Disponível em: <<http://revistas.ua.pt/index.php/prismacom/article/viewFile/681/pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2017.

VERBEEK, Peter. *Moralizing Technology*: Understanding and Designing the Morality of Things, Chicago - London, The University of Chicago Press. 2011.

VLADECK, David C. Machines without principals: liability rules and artificial intelligence. *Washington Law Review*, v. 89, n. 1, mar. 2014.

WAHER, Peter. *Learning internet of things*. Birmingham: Packt Publishing Ltd, 2015.

WALLACE, K. A. Anonymity. *Ethics and Information Technology*, 1 (1), 23-35. 1999.

WALLACH, Wendell, et al. *Artificial Intelligence for the Common Good Sustainable, Inclusive and Trustworthy*. 2017. Disponível em: <<https://weforum.ent.box.com/v/AI4Good?platform=hootsuite>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

WALLACH, Wendell; ALLEN Colin. *Moral Machines: Teaching Robots Right from Wrong*. Oxford University Press, 2008.

Recebido em: 25 de setembro de 2018.

Aceito em: 12 de novembro de 2018.

A TEORIA JURÍDICA DE RONALD DWORKIN COMO EXPRESSÃO DE UMA TEORIA PRAGMÁTICA DO DIREITO

RONALD DWORKIN'S LEGAL THEORY AS AN EXPRESSION OF A PRAGMATIC LEGAL THEORY

José Emílio Medauar Ommati¹

Flávio Quinaud Pedron^{II}

¹ Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC Minas), Programa de Pós-Graduação em Direito, Serro, MG, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: emilioommati@gmail.com

^{II} Pontifícia Universidade Católica de Minas (PUC Minas), Programa de Pós-Graduação em Direito, Serro, MG, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: flavio@pedronaadogados.com.br

Resumo: O presente texto pretende discutir se a teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, pode ser caracterizada em alguma vertente daquilo que se denomina de perspectivas pragmáticas do Direito. De tal forma, pretende-se demonstrar que se pode estabelecer uma relação entre o pensamento de Dworkin e a postura desenvolvida por Wittgenstein em sua obra *Investigações Filosóficas*. Desta forma, quando o primeiro elabora uma crítica a teoria pragmática ele está se referindo antes a autores como Richard Rorty e Richard Posner, e não Donald Davidson e Ludwig Wittgenstein. Para tanto a pesquisa analisará reconstrutivamente o movimento do giro linguístico, quer sob o olhar do pragmatismo filosófico, quer sobre o olhar da hermenêutica filosófica, para identificar elementos de uma certa teoria pragmática na construção de Dworkin.

Palavras-chave: Giro Hermenêutico Pragmático. Wittgenstein. Dworkin.

Abstract: This paper intends to discuss whether Ronald Dworkin's theory of Law as Integrity can be characterized in some way of what is called pragmatic perspectives of Law. For this, it is tried to demonstrate that a relation can be established between the thought of Dworkin and the posture developed by Wittgenstein in his work *Philosophical Investigations*. Thus, when the former elaborates a critique on pragmatic theory he is referring first to authors such as Richard Rorty and Richard Posner, rather than Donald Davidson and Ludwig Wittgenstein. In order to do so, the research will reconstructively analyze the movement of the linguistic turn, both under the perspective of philosophical pragmatism and the perspective of philosophical hermeneutics, to identify elements of a certain pragmatic theory in the construction of Dworkin's work.

Keywords: Linguistic Turn. Wittgenstein. Dworkin.

Sumário: Introdução. 2 O Movimento do Giro Linguístico. 3 Ludwig Wittgenstein e suas *Investigações Filosóficas*. 4 A Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin e o Pragmatismo de Wittgenstein. Considerações Finais. Referências.

Introdução

O presente texto pretende discutir se a teoria do Direito como Integridade, de Ronald Dworkin, pode ser caracterizada em alguma vertente daquilo que se denomina de perspectivas *pragmáticas* do Direito.

Nesse sentido, pretendemos mostrar que há uma relação entre a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin, e uma certa perspectiva pragmatista, desenvolvida por autores como Donald Davidson, Ludwig Wittgenstein das Investigações Filosóficas. Isso porque o pragmatismo na filosofia pode ser compreendido a partir de diversas matrizes teóricas, muitas vezes antagônicas. Assim, ao contrário do que possa parecer, e será justamente isso que tentaremos mostrar, as críticas elaboradas por Ronald Dworkin contra o pragmatismo visam, na verdade, atacar apenas *algumas* vertentes consideradas pragmáticas, tais como a de Richard Rorty, Richard Posner, dentre outros. Considerando a teoria do direito como integridade, a partir dos ensinamentos de Ronald Dworkin, podemos perceber, contudo, uma certa vinculação a pressupostos pragmáticos constantes em autores já mencionados acima.

Para que consigamos atingir os objetivos propostos, o trabalho foi dividido em três grandes partes. Em um primeiro momento, faremos uma apresentação e análise do movimento filosófico denominado giro hermenêutico, apresentando os ganhos obtidos para o Direito com o giro de matriz gadameriana, já que a teoria do direito como integridade apresenta uma forte herança da hermenêutica tal como trabalhada por Hans-Georg Gadamer. Na segunda parte, discutiremos os avanços alcançados com as reflexões de Ludwig Wittgenstein em suas Investigações Filosóficas. *Já na parte final deste trabalho*, abordaremos o pensamento de Ronald Dworkin, tentando demonstrar justamente a relação entre a teoria do direito como integridade e o pragmatismo de Wittgenstein, concluindo que, se Dworkin critica o pragmatismo de Posner, por exemplo, sua teoria do direito como integridade não deixa de ser pragmática a partir das reflexões de Wittgenstein.

1 O movimento do giro linguístico

A questão sobre o que significa determinada coisa e como podemos apreendê-la é bastante antiga e já fora colocada por Platão, que entendia que as coisas carregavam em si sua ideia. Assim, ao falarmos “cadeira”, poderíamos nos entender, pois toda cadeira possui uma essência, imutável, apreendida pela razão humana. Portanto, embora existam cadeiras as mais diversas todas elas compartilham das mesmas características comuns, é dizer, da mesma essência (PLATÃO, 2001, p. 449-497). Essa teoria, conhecida como teoria das essências, perdeu por muito tempo, tendo, por exemplo, em Schleiermacher, um dos seus defensores na hermenêutica moderna.

Schleiermacher pretendeu fundar a moderna hermenêutica. Para ele, a interpretação deveria buscar a intenção do autor, mas não da forma em que pensada pelo autor,¹ mas atualizando-o, daí ele dizer que devemos compreender o autor melhor do que ele próprio se compreendeu (SCHLEIERMACHER, 2001).² Ele é citado por Grondin (1999) como um autor importante para a história moderna da hermenêutica, pois Schleiermacher **já percebe a** tarefa primordial da hermenêutica: tentar desfazer o *mal entendido*. Assim, formula regras hermenêuticas, tais como encontrar a unidade interna ou o tema de uma obra e encontrar a originalidade da compreensão, mas sempre sabendo que sempre permanece algo não descritível, algo que foge ao intérprete (SCHLEIERMACHER, 2001, p. 99-102; PEDRON; BONFIM, 2012, p. 52-53). Como afirma Gadamer (2003, p. 288), para Schleiermacher a interpretação e a compreensão se interpretam tão intimamente como a palavra exterior e interior e todos os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão. No entanto, como mostra Gadamer (2003, p. 289-298), Schleiermacher acredita na possibilidade de um método que cumprisse a tarefa essencial da hermenêutica: *evitar o mal-entendido*. Assim, Schleiermacher tenta fundar uma hermenêutica universal.

1 Palmer (1986, p. 96) explica que “o objetivo [de Schleiermacher] não é atribuir motivos ou causas aos sentimentos do autor (psicanálise), mas sim reconstruir o próprio pensamento de outra pessoa através da interpretação das suas expressões linguísticas”.

2 Sobre isso, Gadamer afirma que, em Schleiermacher, o processo de compreensão equivale à “repetição da produção originária de ideias, com base na congenialidade dos espíritos” (GADAMER, 2002, p. 115). Equivale a dizer que, para alcançar a perfeita compreensão, o intérprete deveria despir-se de seus conceitos e buscar efetuar a análise igualando-se ao autor do texto.

Também autores como Dilthey e Droysen tentaram resolver o problema do *mal-entendido*, agora sob a perspectiva histórica. Buscaram fundar um método objetivo para as ciências do espírito, já mostrando a importância do preconceito para fundar a compreensão (PEDRON, 2012; PEDRON; BONFIM, 2012, p. 54-55). No entanto, apesar de visualizarem a importância do preconceito, tentaram, paradoxalmente, exorcizá-lo, retirá-lo da busca do sentido dos textos, ainda presos ao modelo cientificista e positivista dos séculos XVIII, XIX e início do século XX (REIS, 2003; GRONDIN, 1999, p. 139-156).

Podemos dizer, utilizando a terminologia de Kusch, que para esses autores, como também para E. Husserl, autor importante para entendermos as ideias primordiais de Heidegger, a linguagem é vista como *cálculo*. Em outras palavras, para esses autores, a linguagem pode se tornar uma linguagem matemática, formalmente perfeita, sem vícios, portanto, completamente racional. Essa também era a pretensão inicial de Wittgenstein, no *Tractatus Logico-Philosophicus* (KUSCH, 2003; WITTGENSTEIN, 2001).

Será Heidegger quem mostrará a inadequação dessas ideias, iniciando o processo de reviravolta **linguística na filosofia**, abrindo o próprio caminho para as reflexões posteriores de Hans-Georg Gadamer (STRECK, 2011a; STRECK, 2011b). Assim, para uma correta compreensão de Gadamer, mister passarmos, mesmo que rapidamente, pela hermenêutica heideggeriana e, o que é mais interessante, para que compreendamos bem a hermenêutica de Heidegger, importante mostrarmos alguns aspectos da denominada fenomenologia, tal qual construída por Edmund Husserl, já que Heidegger pretendeu demonstrar alguns equívocos de seu Mestre Husserl.

Iniciemos, então, com uma questão: O que Husserl compreende por *fenomenologia*?

O termo é bastante amplo e pode englobar várias acepções se ficarmos apenas em seu sentido etimológico: estudo ou ciência do fenômeno (DARTIGUES, 2003, p. 1). Assim, a etimologia não nos ajudará muito, pois tudo pode ser fenomenologia, já que as coisas aparecem para nós como fenômeno. Também se buscarmos na filosofia, não será de grande ajuda. Assim, podemos encontrar uma fenomenologia de estilo kantiano ou hegeliano, mas, hoje, quando se fala em fenomenologia pensa-se imediatamente em Husserl, pois foi ele que pegou emprestado um termo antigo, remodelando-o, de forma a originar uma verdadeira revolução na filosofia do século XX.

A pretensão de Husserl, ao utilizar o termo fenomenologia, era a de tornar a filosofia e as ciências em geral realmente rigorosas, no sentido do positivismo da época. Assim, buscava Husserl, com o método fenomenológico, apreender as coisas como realmente elas são e não em sua aparência (DARTIGES, 2003; KUSCH, 2003). Para isso, ele tentou apreender a coisa em si, através do método que ele denominou de redução eidética.³ Esse método, em poucas palavras, significa que o pesquisador deve direcionar sua consciência para determinado objeto e, após isso, retirar do objeto visualizado tudo o que não é essencial, reduzindo-o à sua essência (DARTIGUES, 2003, p. 30-35). Como já afirmado acima, Husserl achava que esse método poderia ser aplicado a qualquer objeto. Contudo, quando Heidegger, um inteligente discípulo de Husserl, pretendeu aplicar o método fenomenológico ao ser humano, percebeu o fracasso da teoria.

Heidegger percebeu que, se aplicasse o método fenomenológico ao próprio homem, encontraria uma resposta paradoxal: a essência do homem, vale dizer, aquilo no homem que não muda, é o próprio fato da mudança. E não era só isso: Heidegger encontrou três coisas no homem que são imutáveis: a mudança, a relação do homem com o tempo e a linguagem (HEIDEGGER, 2000). Então, começa o movimento do giro hermenêutico, entendendo agora a linguagem não mais como cálculo, mas sim como meio universal. Em outras palavras, o homem é linguagem, é tempo e muda. Não é a toa que vai afirmar que o que caracteriza o ser do homem é o conhecer (HEIDEGGER, 2000). A essência do homem, que Heidegger passará a designar pelo termo *Dasein* (estar-aí no mundo, ser-aí no mundo, estar jogado no mundo, traduções todas elas imperfeitas e precárias para algo muito mais complexo e rico do que todas essas idéias juntas) é o fato da mudança. Daí ele dizer que o *Dasein* se caracteriza pela sua precariedade, é um ser para a morte, é decadente. Além disso, afirma que a verdade está no *Dasein*, sendo também ela precária, mutável, porque baseada na linguagem e na percepção do homem.

3 Há na obra de Husserl uma diferença que aqui não será trabalhada para simplificar sua teoria e por motivo de tempo e de espaço entre redução fenomenológica e redução eidética. A redução eidética somente é possível em razão da redução fenomenológica. Por redução fenomenológica, entende-se a redução da realidade ao que a consciência conhece. Assim, pode-se dizer que a realidade somente é apreensível por aquilo que a nossa consciência é capaz de conhecer. Nesse sentido, vide: DARTIGUES, André. *O que é a fenomenologia?* 8. Ed. São Paulo: Centauro, 2003.

Outro avanço da filosofia de Heidegger é que o homem é, em sua essência, a “memória do ser”, ele é o momento fundamental do evento de desvelamento do ser, só se podendo falar de linguagem, no sentido estrito da palavra, aí onde o ser se desvela, se abre, ou seja, no homem. O homem, ser histórico, quando pergunta, já o faz dentro de uma tradição cultural específica (OLIVEIRA, 2001, p. 201-202). Assim, Heidegger vai dar uma nova dignidade à noção de preconceito e de tradição, até aquele momento tidos como contrários à ciência. O Iluminismo foi o responsável pelo exorcismo da tradição e do preconceito, como idéias contrárias à racionalidade. Heidegger criticará tal entendimento.

Já se pode perceber a importância da filosofia de Heidegger, ao marcar que toda interpretação depende de uma posição prévia, visão prévia e uma concepção prévia. Mas, a filosofia de Heidegger foi mais além ao se questionar sobre a essência do ser, do homem enquanto tal.

Para Heidegger, o ser acontece como fenômeno na linguagem e enquanto linguagem. A linguagem, que só pode ser adequadamente pensada a partir da temporalização do tempo enquanto evento de revelação é um dizer, dizer no sentido original da palavra, isto é, mostrar, deixar aparecer, ver, ouvir. A linguagem deixa aparecer o ser como sentido; ela é, por isso, a casa do ser. Se o ser emerge enquanto linguagem, a linguagem é o caminho necessário de nosso encontro com o mundo, já que é o sentido que funda e instaura todo o sentido. Nesse sentido, o homem é originariamente diálogo, linguagem: diálogo com o ser, com o sentido originário que historicamente nos interpela. Ser homem é, assim, acolher o chamado como historicamente incondicionado e inevitável. Se o ser é revelação do sentido-interpelação, dom ele é, também, essencialmente mistério, pois esse sentido não é previamente determinável, já que provém da escuridão do inconceituável previamente. É um dar-se histórico, marcado pela imprevisibilidade, improgramabilidade de tudo o que é propriamente histórico (OLIVEIRA, 2001, p. 211-221).

A grande descoberta e importância da filosofia de Heidegger foi a intuição de que o nosso ser, o que nos marca como seres humanos, é a nossa temporalidade (STRECK, 2011b). Em outras palavras, somos tempo e, enquanto tal, nossa verdade é sempre datada, histórica e mutável. É sempre uma verdade que se sabe precária, passível de ser falsificada e modificada, o que não a invalida de forma alguma.

Heidegger, assim, modifica todo o pensamento filosófico até então, baseado na idéia de que temos acesso a um mundo que é externo a

nós. A própria linguagem seria uma criação externa para funcionar como uma ponte entre o interno e o externo. Já em Heidegger percebemos que a linguagem e o mundo estão interligados, o mundo se apresenta a nós enquanto linguagem. A compreensão do mundo e de todas as coisas, inclusive de nós mesmos, se dá a partir de uma tradição, de uma história, de uma compreensão prévia. Não há a essência da coisa, como pensava Platão, independente do ser que a visualiza. No entanto, afirmar a inexistência das essências não nos leva direto ao relativismo e ao ceticismo, pois estamos imersos em uma tradição, um pano de fundo de silêncio que dá sentido a nós mesmos e a tudo o que nos rodeia, àquilo que Gadamer chamou de *tradição* (PEDRON, 2012).

Tudo isso fica mais claro quando analisamos a filosofia de Gadamer que aprofundará as reflexões de Heidegger, de tal forma que o próprio Heidegger dirá que aquelas reflexões feitas por Gadamer em *Verdade e Método* sobre ele (Heidegger) não seria mais fiel ao seu pensamento (de Heidegger)⁴. Tudo porque Gadamer pretendeu, em *Verdade e Método*, se colocar, de um lado, entre Husserl e Heidegger, e por outro, Hegel.⁵

Hans-Georg Gadamer será o filósofo que marcará o giro hermenêutico na filosofia, ao aprofundar as pesquisas e estudos de Heidegger, mostrando a importância do preconceito para a produção da verdade científica. E mais, vai demonstrar de forma cabal que a ciência não pode abdicar do preconceito, que é inerente ao homem. O preconceito aqui deve ser entendido como aquele conjunto de valores e crenças arraigados no homem e que dá característica de humanidade ao próprio homem. Para Bittar:

O ser-no-mundo carrega esta experiência do estar-aí (Dasein) da qual não pode se desvincular; não posso modificar minha compreensão-de-mundo, pois ela é já determinada pela minha história-de-mundo, da qual não posso me alhear. As condições existenciais (ek-sistere, estar-aí) em que sou posto determinam também as condições com as quais interpreto e con-vivo com o mundo. A existência ou não dos “pré-conceitos” na determinação de todo sentido apreendido do mundo não depende da vontade humana. Os “pré-conceitos” existem, no sentido deste estar-aí contra o qual não se pode lutar, e estão presentes na avaliação

4 Heidegger teria afirmado sobre *Verdade e Método*: “Das ist nicht mehr Heidegger!”, que, em português, significa: “*Isto não é mais Heidegger*” (KUSCH, 2003, Parte IV).

5 Nesse sentido, a autocaracterização de Gadamer: “Zwischen Husserl und Heidegger – und Hegel...”, que, em português significa: “Entre Husserl e Heidegger – e Hegel...” (KUSCH, 2003).

de cada peça de nossa interação com o mundo. A vontade pode dizer não e renunciar aos “pré-conceitos”, mas esta é já uma postura claramente carregada de “pré-conceitos” e de tomadas de posição próprias de um sujeito histórico e gravado por uma experiência peculiar (BITTAR, 2002, p. 184-185).

De acordo com Gadamer:

Esse é o ponto de partida do problema hermenêutico. Por isso havíamos examinado o descrédito do conceito do preconceito no *Aufklärung*. O que, sob a idéia de uma autoconstrução absoluta da razão, se apresenta como um preconceito limitador, é parte integrante, na verdade, da própria realidade histórica. Se se quer fazer justiça ao modo de ser finito e histórico do homem, é necessário levar a cabo uma drástica reabilitação do conceito do preconceito e reconhecer que existem preconceitos legítimos (GADAMER, 2003, p. 416).

Além disso, Gadamer demonstrará nossa condição hermenêutica fundamental e da qual não podemos escapar. Somos seres históricos e que interpretam todos os eventos do mundo. Em outras palavras, todo o nosso mundo é um mundo de textos e das interpretações que fazemos desses textos. Se assim é, como podemos garantir a verdade e a cientificidade da ciência?

Certamente, não é mais apenas através de um método preconcebido e rígido, mas levando em consideração o peso da história e da tradição, em outras palavras, do pano de fundo de concepções e preconceitos que marcam a nossa vida.

Seriam apenas essas as inovações fundamentais de Gadamer? A resposta quem nos dá é Maria Luísa Portocarrero Ferreira da Silva. Para a filósofa portuguesa, a inovação fundamental de Gadamer não se esgota, como normalmente se pensa, no modo como o autor critica a ciência e o método enquanto leituras unívoco-inspectivas, habituais da experiência. Gadamer nos mostra exatamente que algo na experiência exige a sua repetibilidade. Para a autora, é este o núcleo simultaneamente fundamental e paradoxal da teoria gadameriana da experiência que exige uma atenção à dimensão positiva do preconceito. Em outras palavras, o processo da experiência, tal como é apresentado por Gadamer, é, em si mesmo, um processo aporético. Na experiência, espelha-se, no fundo, o paradoxo do existir: um ser sempre jogado entre o sentido que constantemente antecipa, exige e repete como sentido comum (ou universal) e o não sentido, ou limite, que permanentemente assalta, contrariando-a, toda a expectativa humana. Assim, se para Gadamer, a descoberta da estrutura heideggeriana da antecipação fundamental

de toda a experiência humana exige uma crítica à esquematização puramente gnosiológica da experiência, ela faz aparecer, também, a sua necessidade fundamental. A Hermenêutica deve hoje redescobrir como pressuposto a vontade humana de sentido universal, por detrás de toda a vontade humana de poder e reinterpretar a partir de uma reflexão sobre a temporalidade ou caducidade fundamental do existir. Por isso mesmo, a pergunta fundamental da hermenêutica gadameriana é a seguinte: *quais as consequências que surgem, para a Hermenêutica, do fato de Heidegger ter derivado a estrutura circular do existir, da sua temporalidade fundamental?*

Na resposta a esta questão, Gadamer conduz-nos diretamente para a problemática da autoridade, da tradição e da legitimidade do preconceito, isto é, faz-nos pensar nos dois aspectos fundamentais de um mesmo problema: o primeiro refere a verdadeira razão pela qual a ciência e toda a tradição metafísica evitaram pensar o puro não ser, implicado na experiência da finitude; o segundo faz aparecer a dimensão sempre finita, interessada, histórica ou preconceitual da repetibilidade e positividade de toda experiência humana.

Alargar a repetibilidade do sentido da experiência, unidimensionalmente explorada pela ciência e por toda a filosofia de tipo epistemológico não significa, pois, negar o seu sentido fundamental, mas descobrir a sua dimensão ontológica originária sem descurar a temporalidade e a negatividade essencial de toda a experiência.

Compreende-se, então, que a questão decisiva da experiência não possa hoje reduzir-se à da sua contribuição para a formação do conceito e do saber. A verdadeira experiência é, para Gadamer, sempre dolorosa e desagradável, exige uma inversão da consciência, mas nem por isso condena o homem, que a sofre, à errância e ao absurdo (SILVA, 1995, p. 8-9).

Para Gadamer, a nossa historicidade não é uma limitação, mas antes “condição de possibilidade” de nossa compreensão: compreendemos a partir de nossos pré-conceitos que se gestaram na história e são agora “condições transcendentais” de nossa compreensão. Compreendemos e buscamos verdade a partir das expectativas de sentido que nos dirigem e provêm de nossa tradição específica. Essa tradição, porém, não está a nosso dispor: antes de estar sob nosso poder, nós é que estamos sujeitos a ela. Onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível. Ela é a instância

a partir de onde toda e qualquer compreensão atual é determinada, possibilitada.

A preocupação fundamental do pensamento de Gadamer (2003) é a superação da filosofia da subjetividade. O que importa, acima de tudo, é vincular o sujeito que compreende à história, explicitar a precedência e a influência da história em todo conhecimento humano, em última análise, no ser do sujeito. Nessa perspectiva se revela ilusório o ideal de transparência plena do sujeito, articulado na filosofia moderna da consciência, como também o ideal do conhecimento pleno dos acontecimentos históricos como elaborou o historicismo moderno. A “onipotência da reflexão”, típica da filosofia moderna da consciência, é dobrada pela resistência de uma realidade que não se deixa sem mais absorver pela reflexão.

O sujeito já desde sempre se “experimenta” no seio de um mundo de sentido, ao qual ele pertence e que nunca simplesmente pode tornar-se seu objeto, pois é sempre o horizonte a partir de onde qualquer conteúdo singular é captado em seu sentido. Daí o caráter circular de toda compreensão: ela sempre se realiza a partir de uma pré-compreensão, que é procedente de nosso próprio mundo de experiência e de compreensão, mas essa pré-compreensão pode enriquecer-se por meio da captação de conteúdos novos (PEDRON, 2012; STRECK, 2011b). Precisamente o enraizamento da compreensão no campo do objeto é a expressão desse círculo inevitável em que se dá qualquer compreensão. Por essa razão, a reflexão hermenêutica é essencialmente uma reflexão sobre a influência da história, ou seja, uma reflexão que tem como tarefa tematizar a realidade da “história agindo” em qualquer compreensão. Numa palavra, a hermenêutica desvela a mediação histórica tanto do objeto da compreensão como da própria situacionalidade do que compreende. Esse é o círculo hermenêutico de Gadamer.

E é justamente por meio da linguagem que seria possível o desenvolvimento da experiência hermenêutica.

A compreensão, e esta é a tese central de Gadamer (2003, p.19), não é a transposição para o mundo interior do autor e uma recriação de suas vivências, mas um entender-se a respeito da “coisa”. Ora, a linguagem é o meio no qual se efetiva o entendimento entre os parceiros sobre a coisa em questão. Toda compreensão é interpretação, e toda interpretação se desenvolve no seio da linguagem, que quer deixar o objeto vir à palavra e, ao mesmo tempo, é a linguagem própria ao

intérprete (PEDRON, 2012). Assim, o problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem, e isso nada mais é do que a concretização da consciência da influência da História. Há, assim, uma relação essencial para Gadamer entre compreensão e linguagem (PEDRON; BONFIM, 2012).

A tese de que a essência da tradição é caracterizada por sua dimensão linguística (sua *linguicidade*) tem, para Gadamer (2003), consequências hermenêuticas. A tradição linguística é, no sentido estrito da palavra, “tradição”, isto é, não se trata, simplesmente, aqui, de algo que restou do passado. Tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita, cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender. A significação hermenêutica plena disso se desvela quando a tradição se faz escrita. A escrita traz, assim, algo novo para a situação hermenêutica, pois na forma da escrita o transmitido se faz simultâneo a qualquer presente, já que nele se efetiva a coexistência do passado e do presente. Pela escrita, qualquer presente pode ter acesso ao transmitido, pode, assim, alargar seu horizonte e enriquecer seu mundo com novas dimensões. A escrita realiza a transcendência do sentido acima da contingência histórica que gerou (OLIVEIRA, 2001, p. 227-233).

Para Gadamer (2003), o fundamento do fenômeno hermenêutico se encontra na finitude de nossa experiência histórica. E essa finitude pode ser demonstrada através justamente da linguagem e pelo fato de nos constituirmos linguisticamente. Assim, a nossa relação com o texto e com o próprio mundo é sempre circular, semelhante a um jogo, em que de um lado temos o texto e todo o sentido que a tradição nos legou desse texto, e de outro, temos o(s) leitor(es), com seus preconceitos, suas histórias de vida, a testar essa tradição a partir de sua vivência.⁶

Além do mais, algo que será fundamental para a hermenêutica jurídica será o fato de que, para Gadamer, qualquer ato de interpretação já é em si um ato de aplicação. É por isso que Gadamer dá os exemplos da hermenêutica teológica e jurídica, preocupadas com o momento da aplicação do texto. De acordo com Gadamer:

6 Sobre a questão da importância do jogo na filosofia de Gadamer e sua relação com os jogos de linguagem de Wittgenstein, vide: ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica Filosófica: Entre a Linguagem da Experiência e a Experiência da Linguagem*. 1ª reimpressão, São Leopoldo: Unisinos, 2003.

Tanto para a hermenêutica jurídica como para a teológica, é constitutiva a tensão que existe entre o texto proposto – da lei ou da revelação – por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação, no juízo ou na prédica, por outro. Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica (GADAMER, 2003, p. 461).

E, mais a frente, para reafirmar sua posição, apresenta o exemplo da hermenêutica jurídica; e o faz a partir da volta a Aristóteles, uma vez que é um autor importante, por ter ressaltado a importância do saber prudencial no ato de aplicação dos textos (GADAMER, 2003, p. 465-482). Assim, ao contrário do que se pensa, não há diferença entre a hermenêutica histórica e a hermenêutica jurídica. De maneira inicial, podemos dizer que o jurista toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado. O historiador jurídico, pelo contrário, não tem nenhum caso concreto do qual partir, mas procura determinar o sentido da lei, na medida em que coloca construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei diante dos olhos. Somente no conjunto dessas aplicações torna-se concreto o sentido de uma lei. O historiador não pode se contentar, portanto, em oferecer a aplicação originária da lei para determinar seu sentido originário. Enquanto historiador, ele está obrigado a fazer justiça às mudanças históricas pelas quais a lei passou. Sua tarefa será de intermediar compreensivamente a aplicação originária da lei com a atual (PEDRON, 2012).

Contudo, essa caracterização inicial do historiador do direito e do jurista não é, para Gadamer, satisfatória. É verdade que o jurista sempre tem em mente a lei em si mesma. Mas seu conteúdo normativo tem que ser determinado com respeito ao caso ao qual se trata de aplicá-la. E para determinar com exatidão esse conteúdo não se pode prescindir de um conhecimento histórico do sentido originário, e só por isso o intérprete jurídico tem que vincular o valor posicional histórico que convém a uma lei, em virtude do ato legislador. Não obstante, não pode sujeitar-se a que, por exemplo, os protocolos parlamentares lhe ensinariam com respeito à intenção dos que elaboraram a lei. Pelo contrário, está obrigado a admitir que as circunstâncias foram sendo mudadas e que, por conseguinte, tem que determinar de novo a função normativa da lei.

Já a função do historiador do direito é diferente. Aparentemente, a única coisa que ele tem em mente é o sentido originário da lei, qual seu valor e intenção no momento em que foi promulgada. Mas como

chegar a reconhecer isso, pergunta Gadamer (2003). Ser-lhe-ia possível compreendê-lo sem se tornar primeiro consciente da mudança de circunstâncias que separa aquele momento da atualidade? Não estaria obrigado a fazer exatamente o mesmo que o juiz, ou seja, distinguir o sentido originário do conteúdo de um texto legal desse outro conteúdo jurídico em cuja pré-compreensão vive um homem atual? Assim, para Gadamer, a situação hermenêutica é a mesma, tanto para o historiador como para o jurista, ou seja, ante todo e qualquer texto todos nos encontramos numa determinada expectativa de sentido imediato. Não há acesso imediato ao objeto histórico capaz de nos proporcionar objetivamente seu valor posicional. O historiador tem que realizar a mesma reflexão que deve orientar o jurista (GADAMER, 2003, p. 483-486).

2 Ludwig Wittgenstein e suas investigações filosóficas

A obra de Ludwig Wittgenstein pode ser dividida em *duas fases*. Na primeira fase, em que o autor escreveu o *Tractatus Logico-Philosophicus*, em 1922, Wittgenstein tenta construir uma teoria em que fosse possível, através de critérios claros e objetivos, dominar a linguagem e torná-la algo objetivo e científico. No entanto, sua tentativa foi vã, pois logo descobriu que a linguagem é fluida, não pode ser aprisionada, evoluindo com a história humana. Foi exatamente por essa razão que Wittgenstein reformulou completamente sua teoria exposta no *Tractatus*, quando escreveu suas *Investigações Filosóficas*. Se o *Tractatus* é uma obra magistral em termos de método, as *Investigações* é completamente o oposto: uma obra aparentemente sem coerência lógica, em que o autor simplesmente escreve, de maneira desordenada, suas impressões sobre o que seja a linguagem e a função que ela desempenha na vida humana.⁷

Mas, é nessa última obra de Wittgenstein que aparece um conceito fundamental que vai modificar toda a filosofia até então, o conceito de jogos de linguagem. Com esse conceito, Wittgenstein promove o giro pragmático na filosofia. Vejamos como se deu a construção desse conceito e a importância dele para a Filosofia como um todo.

7 Nesse sentido, basta ver os primeiros parágrafos das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

Começaremos pela crítica de Wittgenstein à teoria objetiva da linguagem, de acordo com a qual existe um mundo “em si”, cuja estrutura podemos conhecer pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem. A linguagem é instrumento secundário de comunicação de nosso conhecimento do mundo. Segundo essa teoria objetiva, no entender de Wittgenstein, essa é a única função ou, pelo menos, a função mais importante da linguagem humana.

No entanto, como diz Wittgenstein, para começar isso é falso em sua exclusividade, pois com a linguagem podemos fazer muito mais coisas do que designar o mundo. Escreve o autor nas suas Investigações Filosóficas:

23. Mas quantas espécies de frases existem? Porventura asserção, pergunta e ordem? – Há inúmeras de tais espécies: inúmeras espécies diferentes de emprego do que denominamos “signos”, “palavras”, “frases”. E essa variedade não é algo fixo, dado de uma vez por todas; mas, podemos dizer, novos tipos de linguagem, novos jogos de linguagem surgem, outros envelhecem e são esquecidos. (As mutações da matemática nos podem dar uma imagem aproximativa disso).

A expressão “jogo de linguagem” deve salientar aqui que falar uma língua é parte de uma atividade ou de uma forma de vida.

Tenha presente a variedade de jogos de linguagem nos seguintes exemplos, e em outros:

Ordenar, e agir segundo as ordens-

Descrever um objeto pela aparência ou pelas suas medidas-

Produzir um objeto de acordo com uma descrição (desenho).

Relatar um acontecimento-

Fazer suposições sobre o acontecimento-

Levantar uma hipótese e examiná-la-

Apresentar os resultados de um experimento por meio de tabelas e diagramas-

Inventar uma história; e ler-

Representar teatro-

Cantar cantiga de roda-

Adivinhar enigmas-

Fazer uma anedota; contar-

Resolver uma tarefa de cálculo aplicado-

Traduzir de uma língua para outra-

Pedir, agradecer, praguejar, cumprimentar, rezar.

- É interessante comparar a variedade de instrumentos da linguagem e seus modos de aplicação, a variedade das espécies de palavras e de frases com o que os lógicos disseram sobre a estrutura da linguagem (WITTGENSTEIN, 1996, p. 26-27).

Portanto, a teoria objetivista da linguagem é reducionista, uma vez que reduz todas as funções da linguagem a uma única.

Wittgenstein desce, ainda, às pressuposições epistemológicas da posição objetivista: que o conhecimento humano é algo não linguístico, uma tese que, à primeira vista, parece ser, de modo geral, comum à tradição, até mesmo à filosofia da consciência da modernidade. Wittgenstein vai criticar essa posição exposta por ele mesmo no *Tractatus*:

379. Primeiro, reconheço-o como isto; e recordo-me de como é chamado. –Pondere: Em que casos pode-se dizer isso com razão?

380. Como reconheço que isso é vermelho? - “Eu vejo que é isso; e sei então que é assim que isso se chama.” Isso? - O quê?! Que espécie de resposta a esta questão tem sentido?

(Você está à cata sempre de novo de uma explicação ostensiva interior)

Eu não poderia aplicar nenhuma regra à passagem privada do que se viu para a palavra. Aqui as regras estavam realmente flutuando no ar; pois falta a instituição de sua aplicação (WITTGENSTEIN, 1996, p. 159).

E, mais a frente, escreve: “384. Você aprendeu o conceito ‘dor’ com a linguagem” (WITTGENSTEIN, 1996, p. 160).

Atributos, entidades, as próprias coisas se manifestam em seu ser precisamente na linguagem. Isso significa, de fato, apesar de não estar expresso em Wittgenstein com tanta clareza em virtude do próprio caráter assistemático de sua obra, a descoberta da transcendentalidade da linguagem humana, de seu caráter transcendental, tese hoje levada às últimas consequências na Pragmática Transcendental. A linguagem não é um puro instrumento de comunicação de um conhecimento já realizado. É, antes, condição de possibilidade para a própria constituição

do conhecimento enquanto tal. Com isso se afirma, contra a filosofia moderna, que não há consciência sem linguagem, de modo que a pergunta pelas condições de possibilidade do conhecimento humano, a pergunta típica da filosofia transcendental, não é respondida sem uma consideração da linguagem humana. A teoria objetivista da linguagem cai, então, por terra, pois se entidades, coisas, atributos, propriedades, eventos, etc. não nos são dados sem a mediação linguística, é um absurdo querer determinar a significação de expressões linguísticas pela ordenação de palavras a realidades por meio de convenções.

Ocorre, então, com o segundo Wittgenstein, uma superação do dualismo epistemológico-antropológico, que entendia a linguagem como fenômeno complexo de dupla dimensão: a realidade física produzida por atos corpóreos deve ser, para se tornar linguagem humana, acompanhada por certos atos espirituais, processos internos (manifestações linguísticas do dualismo corpo-espírito). Somente por meio da transformação efetuada por esses atos espirituais as palavras têm, propriamente, significação. Isso é, portanto, o dualismo entre sentido e produção de sons. A toda expressão acústica pertence um mecanismo interior, espiritual. As dificuldades que o dualismo corpo-espírito sempre provocou na concepção do homem manifestam-se aqui também. Como entram, propriamente, em relação realidades tão diversas? Como pode o espiritual intervir sobre o corporal? Como se pode transcender o corpóreo para atingir o espiritual, o interior? Como resolver o problema dessa dualidade de esferas a que fica reduzido o processo cognoscitivo-linguístico: de um lado o falar ou ler, do outro o ter-em-mente, compreender, pensar?

Tal dualismo se torna mais radical ainda com a concepção individualista da consciência, do espírito (dualismo indivíduo-sociedade). As pessoas são reduzidas a *mônadas* isoladas, com consciências individuais às quais só o indivíduo tem acesso. Como é possível nessa perspectiva a comunicação humana? Como é possível a linguagem como fenômeno social? Que sentido tem descrever fenômenos psíquicos individuais, se os outros não têm acesso a essa dimensão? Como assinalado acima, a crítica a essa concepção da linguagem é uma das constantes das *Investigações Filosóficas* de Wittgenstein.

Para Wittgenstein, somos levados a conceber, pela suposição feita a partir do próprio uso destas palavras, que pensar, ter-em-mente, compreender são atos, atividades corporais. Ou seja, é a própria

gramática dessas palavras que nos induz a essa ilusão metafísica. O autor retoma, constantemente, a crítica a essa teoria, pois ela significa, por assim dizer, a teoria concorrente a sua própria teoria da linguagem. O que é decisivo para distinguir as duas é a resposta à questão: o que confere significação às palavras?

Para a outra teoria, são os atos intencionais, internos e espirituais; para Wittgenstein, por outro lado, é o próprio uso das palavras nos diversos contextos linguísticos e extralinguísticos, nos quais as palavras são empregadas. Não se trata de negar a existência de tais atos, mas de retirar deles o papel de instância doadora de significação às expressões linguísticas.

A crítica de Wittgenstein consiste, em primeiro lugar, em mostrar que, em muitos dos exemplos empregados pela outra teoria, tais atos são simplesmente inexistentes, pelo menos nem sempre existem. Nesse sentido:

178. Dizemos também: “Você vê que me deixo conduzir por ela” – e o que vê quem está vendo isto?

Quando digo para mim mesmo: “Estou de fato sendo conduzido” – talvez faça um movimento com a mão que exprima a condução. – Faça um movimento com a mão como se guiasse alguém ao longo de uma linha e faça então para si mesmo a pergunta, em que consiste o elemento condutor deste movimento. É que aqui você não conduziu ninguém. E, de fato, você quer chamar esse movimento de movimento ‘condutor’. Portanto, neste movimento, nesta sensação, não estava contida a essência da condução e, no entanto, ela o impeliu a usar esta designação. É justamente uma forma de manifestação da condução que nos impõe esta expressão (WITTGENSTEIN, 1996, p. 102).

Em um segundo momento, Wittgenstein procura mostrar que mesmo existindo tal componente espiritual, ele não teria significação para a determinação da significação das palavras, pois esta se faz por meio do exame do uso. Tendemos a achar que palavras como *ter-em-mente*, *compreender*, *afirmar* (os atos espirituais) têm um sentido único e bem determinado. No entanto, cada uma delas possui significações diversas de acordo com o uso para a determinação dessa significação, não importando que haja atos intencionais paralelos ou não. Vejamos a argumentação de Wittgenstein sobre o *ter-em-mente*. Um trecho de sua obra servirá de exemplo:

95. “O pensar tem que ser algo singular”. Quando dizemos, quando temos em mente que a coisa é assim e assim, não nos detemos com o que temos em mente em algum lugar diante

do fato: mas temos em mente que isto e isto – assim e assim – é. – Mas pode-se exprimir este paradoxo (que tem forma de evidência) também assim: pode-se pensar o que não é o caso (WITTGENSTEIN, 1996, p. 67).

Percebe-se que, para Wittgenstein, o *ter-em-mente* é um conceito aberto, de muitos significados, e procura mostrar que em muitos de seus usos não há, propriamente um ato espiritual.⁸

Depois, mesmo existindo, esse ato é sem importância, pois, em primeiro lugar, não é o *ter-em-mente* que determina o sentido, do contrário, com o *ter-em-mente* eu poderia significar o que quisesse e, por outro, o próprio fracasso no querer com uma frase significar algo não torna essa frase sem sentido. O fato de alguém realmente compreender o que uma frase significa, compreender seu sentido, não depende absolutamente de que eu tenha querido significar isso. A compreensão depende da situação histórica em que a frase é usada e não do ato intencional de querer significar. O compreender é um elemento de uma forma de vida, na qual se está inserido em virtude do contexto sócio-histórico. Por fim, não posso arbitrariamente decidir significar com uma palavra algo, sem que jamais essa palavra tenha sido utilizada para isso. O que decide realmente sobre o sentido de uma palavra é seu uso real. É o que Wittgenstein chama de jogo de linguagem. Mesmo que as pessoas anotassem a palavra escolhida por mim para significar algo, isso não bastaria se elas, de fato, não a usassem. Não há atos autônomos, isto é, totalmente desvinculados dos contextos de sentido.

Em outras palavras, Wittgenstein retoma a análise de Gadamer, com outros termos, quando afirma que o sentido da palavra deve ser atualizado no contexto. Não é por outro motivo que o autor das *Investigações Filosóficas* afirma que os jogos de linguagem surgem, se desenvolvem, morrem, outros aparecem, etc. São as práticas sociais que tornam viva a linguagem. Através da linguagem, eu coordeno a ação; gero formas de vida as mais diversas.

8 Nesse sentido, ver: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 22 a 23, números 19-22; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 32 a 34, números 33-35; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 106 a 107, números 187-188; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 188 a 189, números 507-510; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 196, números 540-541; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 225 a 228, números 665-682; WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas. Op.cit.*, p. 229 a 230, números 687-693.

No entanto, tendemos sempre à afirmação da outra teoria, sobretudo por duas razões: primeiro, pela tendência essencialista, fruto do peso histórico da tradição do pensamento ocidental; segundo, por sedução da linguagem comum, pois assim como trabalhar, andar, etc. designam atos, concluímos que pensar, ter-em-mente, compreender designam atividades privadas efetuadas no interior da consciência individual. Daí a idéia de mundo espiritual, como um segundo mundo ao lado da realidade visível. O papel da filosofia, para Wittgenstein, não é o de apresentar hipóteses ou teorias, mas o de libertar o filósofo, aprisionado na armadilha da linguagem. Assim, para Wittgenstein, a finalidade da filosofia é lutar contra o *enfeitiçamento* do nosso entendimento pelos meios da nossa linguagem (SPANIOL, 1989, p. 112; p. 138-140).⁹

Quanto à palavra compreender, Wittgenstein segue o mesmo esquema de trabalho utilizado para a palavra ter-em-mente. Assim:

151. Mas há também este emprego da palavra “saber”: dizemos “Agora sei!” –e, igualmente, “Agora sou capaz!” e “Agora compreendo!”

Imaginemos o seguinte exemplo: A anota séries de números; B fica observando-o com o intuito de achar uma lei na *sequência dos números*. Tendo conseguido, grita: “Agora sou capaz de continuar!” –*Esta capacidade, esta compreensão é, portanto, algo que se dá num instante. Verifiquemos então: O que é que se dá aqui? –A escreveu os números 1, 5, 11, 19, 29; B diz que sabe continuar. O que aconteceu? Pode ter acontecido diversas coisas; p.ex.: enquanto A coloca lentamente um número após o outro, B está atarefado em experimentar diversas fórmulas algébricas nos números anotados. Assim que A escreveu o número 19, B experimentou a fórmula $an=n^2+n-1$; e o próximo número confirmou a sua suposição.*

Ou então: B não pensa em fórmulas. Ele fica observando, com um certo sentimento de tensão, como A escreve os seus números; ao mesmo tempo, flutua na sua cabeça toda sorte de pensamentos vagos. Por fim, ele se pergunta: “Qual é a série de diferenças?” Ele acha: 4, 6, 8, 10 e diz: Agora sou capaz de continuar.

Ou olha bem e diz: “Sim, conheço esta série”... – e a continua; como teria feito, p.ex., se A tivesse escrito a série 1, 3, 5, 7, 9. –Ou ele não diz absolutamente nada e continua escrevendo a

9 Sobre isso, Wittgenstein afirma que o seu objetivo na filosofia é mostrar à mosca a saída do vidro. A mosca seria o filósofo que se encontra aprisionado pela armadilha da linguagem. E o pior: o vidro encontra-se aberto!!! Nesse sentido, vide: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. *Op.cit.*, parágrafos 109 e 309.

série simplesmente. Ele teve talvez uma sensação, que se pode chamar de “isto é fácil!” (Uma tal sensação é, p.ex., a sensação de inspirar o ar, leve e rapidamente, depois de um leve susto). (WITTGENSTEIN, 1996, p. 86-87).

Percebe-se, através desse exemplo matemático, que compreender não designa um ato intencional, a captação de uma imagem, a vivência interior de um sentido, mas, antes, um saber como se faz, um dominar uma técnica.

Quando se diz que alguém compreende uma série de números? Quando é capaz de continuar a série. Em outras palavras, a realização da continuação é aqui o critério para se poder falar em compreensão. Compreender significa adestrar-se a determinada práxis, é inserir-se em determinada forma de vida. Sei, portanto, se alguém compreendeu uma palavra se posso observar que ele a emprega corretamente. O que está em jogo nas análises de Wittgenstein sobre o ter-em-mente e o compreender é um problema comum a todos os outros atos intencionais: o problema da relação entre linguagem e vivências interiores.

3 A Teoria do Direito como integridade de Ronald Dworkin e o pragmatismo de Wittgenstein

Percebe-se, então, que o giro hermenêutico-pragmático, representado aqui por autores como Gadamer e Wittgenstein, possibilitou que se compreendesse que a relação do homem com o mundo não é uma relação de um sujeito com um objeto, mas sempre uma relação entre sujeitos, na medida em que o mundo e as coisas só existem para nós por meio de uma linguagem intersubjetivamente compartilhada. A realidade, portanto, tal como percebida por Gadamer e Wittgenstein, já está permeada por idealizações, na medida em que é linguisticamente estruturada. Abre-se, assim, com esses autores, a possibilidade de se criticar ferozmente um postulado positivista tradicional, ainda muito forte na Ciência Jurídica, no sentido de que a Ciência teria como função apenas descrever realidades externas.

E é exatamente a partir desse ponto que Ronald Dworkin pretenderá demonstrar os equívocos do positivismo jurídico na vertente de Herbert L. A. Hart. Já no início da obra de Hart, encontramos sua vinculação positivista, na medida em que separa de maneira radical descrição de prescrição. Nesse sentido:

De fato, um dos temas centrais do livro é que nem o direito nem nenhuma outra forma de estrutura social podem ser

compreendidos sem que se tenham em conta certas distinções cruciais entre dois tipos diferentes de enunciados, a que chamei “internos” e “externos”, que podem ambos ser elaborados sempre que normas sociais sejam observadas. (HART, 2009, IX).

Em outras palavras, Hart pretenderá apresentar um conceito de direito a partir da observação de como o direito funciona.

Contudo, a partir do giro hermenêutico-pragmático na filosofia, representado por autores como Gadamer e Wittgenstein, já se pode questionar se tal empreitada será bem-sucedida, já que toda observação sempre parte de um ponto do qual o próprio observador faz parte. Assim, ao contrário do que pensa Hart, não há enunciados internos e externos que possam ser externamente observados. Além disso, o projeto de Hart é de uma descrição universal do que seja o Direito.

Dworkin se propõe exatamente questionar esses e outros postulados do positivismo de Hart. De acordo com Dworkin, sua teoria pretende ser uma teoria geral do direito e, para isso, deve articular uma parte normativa e conceitual. Portanto, não é apenas externa ou interna, mas o conjunto das duas coisas (DWORKIN, 2002, p. VIII). Ainda de acordo com o autor, a parte normativa deve envolver não apenas o que as normas jurídicas postas significam, mas uma teoria moral, uma teoria filosófica, uma teoria da legitimidade das atuações dos poderes políticos, ou seja, a parte normativa da teoria jurídica está mesclada de pressupostos políticos, morais e filosóficos. Mais uma vez, a pretensão do positivismo de explicar o Direito apenas através do Direito não se sustenta, de acordo com Dworkin (2002, p. VIII-XI). Quanto à possibilidade de uma teoria jurídica que consiga explicar universalmente o Direito, Dworkin (2002, p. XIX) simplesmente afirma que sua teoria é uma teoria específica do Direito. Significa dizer que sua proposta pretende demonstrar e apresentar uma melhor teoria jurídica para os Estados Unidos da América. Em outras palavras, já se utilizando de uma perspectiva pragmatista, Dworkin revela que uma teoria deve ser adequada a um contexto.

Mas, afinal, como descrever (entendendo que toda descrição implica também levantar juízos de valor) de maneira adequada o Direito Norte-Americano ou Inglês? Será que a perspectiva de Hart no sentido de que o Direito é formado por um conjunto convencional de regras previamente estipuladas pelo Poder Legislativo ou outro órgão estatal é correta? E mais: será que é correta a perspectiva de Hart no sentido

de que caso não haja uma regra explícita no ordenamento jurídico, os poderes públicos contariam com discricionariedade para resolver essa situação? (HART, 2009).

De acordo com Dworkin (1999), a própria observação de Hart não leva a sério a própria prática jurídica nos Estados Unidos e na Inglaterra, revelando, mais uma vez, que toda observação não está isenta de pressupostos. Assim, no debate que o autor travará com Herbert L.A. Hart, mostrará que a prática jurídica é muito mais complexa do que aquela descrita por esse grande autor positivista. Na verdade, afirma Dworkin (1999), a teoria positivista de Hart não consegue descrever adequadamente o funcionamento do Direito, porque, ao contrário do que pensa Hart, os juízes, quando estão em face de questões controvertidas, não decidem essas questões de maneira livre e autônoma, criando Direito novo, mas tomam decisões vinculadas ao Direito existente. E isso acontece porque o Direito não é formado apenas pelos padrões normativos que Hart designa por regras, mas por princípios.

E aqui começam as incompreensões da doutrina brasileira e da própria leitura feita por Alexy (1998; 1997; 2003) da obra de Ronald Dworkin. Na verdade, Dworkin não afirma que o Direito é formado por regras e princípios, como majoritariamente a doutrina brasileira afirma. O que o autor americano afirma é que podemos entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras, tal como faz Hart, ocasionando uma série de problemas; podemos, ao contrário, entender o ordenamento jurídico como um conjunto de regras e princípios, e essa é também uma distinção complicada, porque estaria centrada no aspecto semântico ou sintático dos textos jurídicos, levando-se a que se distinguíssem as regras dos princípios como fez Alexy (1997). E, por fim, o Direito pode ser visto em uma perspectiva mais rica e mais complexa, ou seja, como um conjunto coerente de princípios que visam garantir o igual respeito e consideração por todos. Corroborando tal entendimento, Dworkin afirma textualmente:

Na verdade, quero contrapor-me à idéia de que “o direito’ seja um conjunto fixo de padrões de qualquer espécie. Em vez disso, pretendi afirmar que uma síntese acurada das ponderações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão específica de direitos e deveres legais incluiria proposições dotadas da forma e da força dos princípios, e que os próprios juízes e juristas, ao justificarem suas conclusões, empregam frequentemente proposições que devem ser entendidas dessa maneira. (DWORKIN, 2010, p. 331).

Portanto, na medida em que o Direito é uma questão de princípios, quando os magistrados ou advogados utilizam outros padrões que não estão contidos claramente em textos aprovados pelo Parlamento ou em decisões judiciais anteriores, isso não significa dizer que eles estejam decidindo ou raciocinando fora do Direito. Pelo contrário!

A prática jurídica mostra que os advogados, juízes e juristas em geral esforçam-se em demonstrar que a decisão tomada, apesar de não encontrar um texto explícito é a que melhor interpreta a prática jurídica até aquele momento, lançando novas luzes para a continuidade desse projeto coletivo chamado Direito. Isso porque, para Dworkin, o Direito é um conceito eminentemente interpretativo (DWORKIN, 1999; DWORKIN, 2007).

Sendo um conceito eminentemente interpretativo, é preciso que se interprete essa prática chamada Direito. E como se dá essa atitude interpretativa? Para tentar mostrar como isso ocorre, Dworkin imagina uma comunidade fictícia. Os membros dessa comunidade seguem um conjunto de regras, que chamam de “regras de cortesia”, usando-as em um certo número de situações sociais. Eles dizem: “A cortesia exige que os camponeses tirem o chapéu diante dos nobres”, por exemplo, e sustentam e aceitam outras proposições desse tipo. Por algum tempo, continua Dworkin, essa prática tem um caráter de tabu: as regras simplesmente estão ali, e ninguém as questiona nem tenta mudá-las. Mas em seguida, talvez lentamente, tudo isso muda. Todos desenvolvem uma complexa atitude “interpretativa” com relação às regras de cortesia, uma atitude que tem dois componentes. O primeiro é o pressuposto de que a prática da cortesia não apenas existe, mas tem um valor, serve a algum interesse ou propósito, ou reforça algum princípio – em resumo, tem alguma finalidade – que pode ser afirmado, independentemente da mera descrição das regras que constituem a prática. O segundo é o pressuposto adicional de que as exigências da cortesia – o comportamento que ela evoca ou os juízos que ela autoriza – não são, necessária ou exclusivamente, aquilo que sempre se imaginou que fossem, mas, ao contrário, suscetíveis a sua finalidade, de tal modo que as regras estritas devem ser compreendidas, aplicadas, ampliadas, modificadas, atenuadas ou limitadas segundo essa finalidade. (DWORKIN, 1999, p. 57-58).

Mais uma vez, nessa passagem, Dworkin revela sua filiação a um certo pragmatismo, na medida em que compreende as regras como jogos de linguagem, como práticas sociais que são vivas, a

partir das intenções dos participantes do processo linguístico. Portanto, para Dworkin (1999, p. 58-59), as práticas sociais mudam quando as pessoas começam a conferir alguma finalidade, ou seja, a interpretar essas práticas à sua melhor luz, podendo transformar tal prática ou simplesmente aboli-la. Toda interpretação, dessa forma, implica uma atitude interpretativa (DWORKIN, 1999, p. 65).

Em outra obra, Dworkin volta a demonstrar sua filiação ao pragmatismo filosófico de Ludwig Wittgenstein. Fazendo uso especificamente da idéia de Wittgenstein segundo a qual o sentido das palavras se dá pelo seu uso, afirma:

A linguagem só pode adquirir sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, um fato sintetizado no toco mas conhecido slogan segundo o qual a chave do significado está no uso. Isso é verdade não só no que diz respeito à parte comum e funcional de nossa linguagem, mas a toda ela, tanto a filosófica quanto a do cotidiano. (DWORKIN, 2010, p. 57).

E com o Direito funciona da mesma forma. Dworkin procura mostrar que a prática jurídica norte-americana trabalha com a idéia de que o Direito apresenta um propósito, uma finalidade e que esse Direito é um projeto coletivo comum no sentido de que pessoas livres e iguais podem se dar normas para regular suas vidas em comunidade. E essa crença encontra-se estipulada justamente na Constituição norte-americana (SILVA, 2017). Para Dworkin (1999), a comunidade norte-americana trabalha com o Direito da mesma forma que a comunidade fictícia passou a trabalhar com as regras da cortesia, ou seja, impondo um propósito, uma finalidade, de modo a tornar essa prática a melhor que ela possa ser. Para essa idéia, Dworkin deu o nome de *integridade* do Direito.

Para que isso seja possível, a interpretação deve ser vista como uma atividade coletiva em que cada nova geração assume o que foi feito no passado para melhorar o trabalho. Isso só é possível porque a Constituição está redigida em uma linguagem tremendamente abstrata, para ser atualizada em cada momento histórico específico. E é justamente isso que Dworkin chama de leitura moral da Constituição (DWORKIN, 2006, p. 1-59). E, de acordo com Dworkin, existirá sempre uma única decisão correta no Direito, no sentido de mais adequada, mais justa para regular as pretensões dos envolvidos no processo. E essa única decisão correta só pode ser encontrada se o juiz mergulhar no contexto fático, nos argumentos das partes, com seus preconceitos e pré-concepções,

tentando olhar todos os lados com igual respeito e consideração (SILVA, 2017). Esse juiz só poderá assim agir, segundo Dworkin, se possuir o conhecimento de todo o Direito, não só atual, mas também a história institucional do Direito, paciência e conhecimento sobre-humanos. Como esse juiz não existe na prática, Dworkin vai denominar seu juiz de *Hércules*.

Ao contrário do que afirmado por um dos autores desse texto em outros trabalhos (OMMATI, 2003; OMMATI, 2004), não podemos compreender Hércules como uma metáfora. Como afirma o próprio autor:

Não há incoerência nessas duas imagens – a de Hércules refletindo de fora para dentro ou a do jurista mortal que raciocina de dentro para fora. Ênfase a compatibilidade das duas descrições porque muitos críticos da abordagem teórica do direito costumam dizer que no mundo real os juizes não são Hércules. Eles não querem apenas dizer que os juizes não são criaturas sobre-humanas: também fica implícito em seus comentários que minhas descrições de Hércules são impertinentes. Analogias são sempre perigosas – quase tão perigosas quanto as metáforas –, e espero manter sob controle a que estou prestes a fazer (DWORKIN, 2010, p. 80).

É claro que, como afirma Maria de Lourdes Santos Perez, a teoria de Dworkin aqui descansa em fortes pressuposições idealizantes. Mas, elas não são aleatórias. Elas estão baseadas em algumas pressuposições normativas em que descansa a atividade jurisdicional: a necessidade de fundamentação das decisões com base no direito vigente e o pressuposto de que o juiz conhece todo o direito (PEREZ, 2003, p. 19-20). Assim, ao contrário do que dizem alguns críticos, o juiz de Dworkin não é um ser imaginário e nem é um sujeito solipsista. Como diz Chamon Júnior:

Tudo isso porque DWORKIN vai entender a interpretação como um empreendimento público que, enquanto tal, há que ser publicamente sustentável, e não de um mero ponto de vista individual, razão pela qual não podemos compartilhar da crítica de HABERMAS a DWORKIN quanto ao Hércules (CHAMON JÚNIOR, 2007, p. 61).

O intérprete, principalmente o juiz, deve fazer prevalecer o ideal de integridade do Direito. Ora, como já afirmado, o juiz Hércules deve conhecer toda a história institucional do Direito, ou seja, o que ele foi, o que ele é, e o que ele deve ser. Isso se justifica pelo fato de que, para Dworkin, o Direito não é apenas uma questão de fato, mas é principalmente uma questão interpretativa (OMMATI; PEDRON,

2017). Dessa forma, quando as pessoas divergem sobre o sentido do Direito, normalmente não estão divergindo sobre os fatos, mas sobre o que o Direito deve ser (DWORKIN, 1999, p. 3-54).

O que seria esse ideal de integridade do Direito? Basicamente, a idéia de que o Direito é um projeto político para uma determinada comunidade que se vê como uma associação de homens livres e iguais.¹⁰ Assim, aqueles que criam a lei devem mantê-la coerente com seus princípios como se a lei tivesse sido feita por uma única pessoa: a comunidade corporificada (STRECK; PEDRON, 2016). Esse é o ideal da integridade política ou integridade na legislação (DWORKIN, 1999). Além disso, o ideal do Direito como integridade exige dos juízes e dos aplicadores que haja uma coerência entre as decisões passadas e as decisões presentes, a partir dos princípios da igualdade e liberdade, como se os juízes prosseguissem uma obra coletiva (OMMATI; PEDRON, 2017). É uma interpretação em cadeia, tal como um romance escrito em várias mãos. Esse é o ideal da integridade no Direito ou integridade na jurisdição ou, ainda, integridade na aplicação do Direito (DWORKIN, 1999). Como diz o jurista de Oxford:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.[...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção (DWORKIN, 2000, p. 238).

Aqui se revela uma outra vertente pragmatista na teoria do Direito como integridade de Dworkin, talvez pouco ressaltada, na medida em

10 É nesse sentido que Dworkin comparará a democracia como uma parceria entre pessoas livres e iguais, em que, apesar das diferenças, todos devem se respeitar mutuamente para a concreção de um objetivo comum. Assim: DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, constitucion y democracia*. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Ver ainda: SELLERS, Mortiner. Republicanismo, Liberalismo e Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, 3(01), 2017, p. 04-36.

que o autor norte-americano critica e rejeita uma determinada visão de Pragmatismo.

Ora, se o juiz, e toda a comunidade, ousáramos dizer, estão vinculados ao ideal da integridade, no sentido de que não devem apenas repetir o que foi feito no passado, mas compreender o passado, de modo a tornar essa prática interpretativa sempre melhor, não apenas hoje, mas também para o futuro, já que os intérpretes são responsáveis por levar adiante essa prática – que podemos chamar de hipótese estética em Dworkin (PEDRON, 2005), logo todos os intérpretes devem também se preocupar com os efeitos futuros de sua decisão, pragmaticamente. A perspectiva de Dworkin não leva a que se entenda que um juiz deva simplesmente se ater ao Direito, desconhecendo os impactos que sua decisão pode causar, inclusive para o próprio Direito. Os juízes são responsáveis pelo futuro do Direito em suas decisões (OMMATI; PEDRON, 2017).

Como afirma Dworkin (2010), o consequencialismo e, nesse sentido, Pragmatismo¹¹ da teoria do Direito como Integridade, é um *consequencialismo da igualdade*.

Em outras palavras, o juiz deve se preocupar se sua decisão vai não apenas manter, mas ampliar a ideia de que as pessoas são livres e iguais, ou seja, se, com sua decisão, mais pessoas passarão a ser tratadas com igual respeito e consideração (OMMATI; PEDRON, 2016).

Considerações finais

Ao contrário do que poderia parecer, a ideia de integridade no Direito não significa simplesmente uma mera repetição do Direito anterior pelos juízes atuais, pois para Dworkin, o direito como Integridade começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, isso sim, justificar o que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual poder ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade

11 Isso porque toda teoria pragmática do Direito é uma teoria consequencialista.

deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo” (DWORKIN, 1999, p. 274).

Ou, para lembrarmos de Gadamer, essa prática interpretativa do Direito proposta por Dworkin faz aproximar o historiador e o jurista, na medida em que o sentido atual do texto deve ser contextualizado a partir da história, não como mera repetição do passado, mas no sentido de atualização do texto jurídico, enquanto fusão de horizontes de sentido entre o texto originário e o intérprete atual.

Daí a necessidade de se compreender a vontade do legislador em seu sentido abstrato para, não apenas compreender o que eles faziam naquele momento, mas para justificar aquela prática à sua melhor luz, ou seja, dentro de uma trama coletiva passível de ser reconstruída a cada contexto histórico, de modo que a história institucional da comunidade possa ser enriquecida sem ser modificada (DWORKIN, 2006, p. 1-54; OMMATI; PEDRON, 2017).

Isso porque a interpretação jurídica é sempre construtiva e nunca criativa, ou seja, é uma interpretação que permite a co-participação do intérprete no próprio entendimento da obra, tornando-a a melhor que ela pode ser, desvelando suas potencialidades escondidas dentro de uma história das interpretações passadas que deve ser respeitada. Não é uma interpretação criativa, porque o intérprete não pode desconhecer essa história institucional; não pode criar algo novo; deve justificar sua interpretação dentro dos limites permitidos pela obra, que engloba, inclusive, a história das interpretações passadas (OMMATI; PEDRON, 2017). Em outras palavras, não se deve buscar o que o legislador tinha em mente, como um fato psicológico. Mais uma vez, a proximidade com Wittgenstein é muito clara.

E é justamente isso que significa dizer que o Direito é uma questão de princípio e que existe uma única decisão correta para cada caso concreto colocado para ser decidido pelo juiz.

Portanto, apesar de Dworkin criticar o pragmatismo como aquela postura que apenas se preocupa com o futuro, sua teoria não deixa de ter raízes pragmatistas, por uma série de razões: (1) O direito como integridade compreende o Direito como uma prática interpretativa, imbuída de um propósito conferido pelos participantes, ou seja, os textos jurídicos são jogos de linguagem e se transformam ou até mesmo desaparecem, na medida em que são jogados; (2) Na medida em que as normas jurídicas devem ser interpretadas para tornar o direito o melhor que ele pode ser (hipótese estética de Dworkin), deve-se atentar para a

importância do contexto para que se retire a melhor compreensão que o texto pode trazer. Mais uma vinculação ao pragmatismo de Wittgenstein; (3) A integridade do Direito deve respeitar o passado, o que não significa necessariamente repeti-lo. Além disso, na medida em que a interpretação se dá em cadeia, como um romance, o romancista atual deve se preocupar em construir um capítulo consistente com o passado e, ao mesmo tempo, que possa abrir novas possibilidades no futuro de modo a tornar esse romance cada vez melhor. É dizer: as interpretações jurídicas devem também se preocupar com as repercussões presentes e futuras, de modo a manter a história e sempre aprimorá-la. A ligação com algumas correntes pragmáticas é patente.

Por fim: quando Dworkin afirma que a interpretação jurídica deve sempre buscar a vontade do legislador, há também uma ligação com certas vertentes do pragmatismo. Ora, a busca pela intenção do legislador em Dworkin *não significa* que se devem buscar as intenções mentais do legislador do passado, uma reflexão semelhante à desenvolvida por Wittgenstein em suas Investigações Filosóficas, mas que essas intenções devem ser vistas como propósitos extremamente abstratos que devem ser perquiridos em face da própria história jurídica da comunidade e de como tornar essa história cada vez mais digna de ser contada.

Referências

ALEXY, Robert. *Derecho y razon practica*. 2. ed. México: Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert. Constitutional Rights, Balancing and Rationality. *Ratio Juris*, v. 16. n. 2. jun., 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

BITTAR, Eduardo C. B. Hans-Georg Gadamer: a experiência hermenêutica e a experiência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu e RODRIGUEZ, José Rodrigo. (orgs.) *Hermenêutica plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DARTIGUES, André. *O que é a fenomenologia?* 8. ed. São Paulo: Centauro Editora, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Liberalismo, constitución y democracia*. Buenos Aires: Isla de la Luna, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O Direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Trad. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HART, H.L.A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

KUSCH, Martin. *Linguagem como cálculo versus linguagem como meio universal*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. Ed. São Paulo: Loyola, 2001.

OMMATI, José Emílio Medauar. *Paradigmas Constitucionais e a Inconstitucionalidade das Leis*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

OMMATI, José Emílio Medauar. *A igualdade no paradigma do Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio Quinaud. O julgamento da ADPF n. 132: prática de um ativismo judicial ou um exercício de uma interpretação construtiva?. In: Ferraz, Carolina; Leite, Glauber Leite; Ommati, José Emílio; Iotti, Paulo. (Org.). *Diferentes, mas iguais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 3, p. 197-230.

OMMATI, José Emílio Medauar; PEDRON, Flávio. De que maneira a Administração Pública se vincula ao princípio da dignidade da pessoa humana? A resposta de um “ouriço” sob os pressupostos do pensamento de Ronald Dworkin. In: José Emílio Medauar Ommati. (Org.). *Ronald Dworkin e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 1, p. 237-252.

PALMER, Richard. *Hermenêutica*. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1986.

PEDRON, Flávio Quinaud. Apontamentos sobre a interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin: um estudo a partir do julgamento da ADPF n. 132. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, n. 2(01), 2016, 157-182.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional e crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud ; BONFIM, Vinícius Silva. Prolegômenos da Hermenêutica Filosófica. *RVMD*, Brasília, V. 6, nº 1, p. 47-76, Jan-Jun, 2012.

PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, v. 8, n.15, p. 119-139, 2005.

PÉREZ, Maria Lourdes Santos. Una Filosofía para Erizos: Una Aproximación al Pensamiento de Ronald Dworkin. *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 26, Alicante, 2003, p. 5 a 93.

PLATÃO. *A república*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

REIS, José Carlos. *Wilhelm Dilthey e a autonomia das ciências histórico-sociais*. Londrina: Eduel, 2003.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SELLERS, Mortimer. Republicanismo, Liberalismo e Direito. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, 3(01), p. 4-36, 2017.

SILVA, Diogo Bacha. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas civil law e common law. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, 4(01), p. 63-88, 2017.

SILVA, Maria Luísa Portocarrero Ferreira da. *O Preconceito em H.-G. Gadamer: sentido de uma reabilitação*. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

SPANIOL, Werner. *Filosofia e método no segundo wittgenstein: uma luta contra o enfeitiçamento do nosso entendimento*. São Paulo: Loyola, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

STRECK, Lenio; PEDRON, Flávio Quinaud. O que ainda podemos aprender com a literatura sobre os princípios jurídicos e suas condições de aplicação? *Revista de Processo*, v. 41, p. 153-172, 2016.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2001.

Recebido em: 26 de novembro de 2018.

Aceito em: 04 de dezembro de 2018.

O TERCEIRO SETOR E O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO: UMA ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO EXPERIMENTA- LISMO DEMOCRÁTICO PELA SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA COMO FORMA DE MELHORIA DA DEMOCRACIA BRASILEIRA NA ATUALIDADE¹

*THE THIRD SECTOR AND THE DEMOCRATIC PRINCIPLE: AN
ANALYSIS OF THE USE OF DEMOCRATIC EXPERIMENTALISM
BY CIVIL SOCIETY ORGANIZED AS A FORM OF IMPROVING
BRAZILIAN DEMOCRACY IN CURRENT*

José Eduardo Sabo Paes^I 

Júlio Edstron Secundino Santos^{II} 

Cleide Ferreira Lima^{III} 

^I Universidade Católica de Brasília (UNICEUB), Programa de Pós-Graduação em Direito, Brasília, DF, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: sabopaes@terra.com.br

^{II} Universidade Católica de Brasília (UNICEUB), Brasília, DF, Brasil. Doutorando em Direito. E-mail: edstron@yahoo.com.br

^{III} Universidade Católica de Brasília (UNB), Brasília, DF, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: cleidelima@gmail.com

Resumo: Este artigo apresenta a relevância do Terceiro Setor na atualidade, que mesmo em um ambiente de crise, instaurada no Brasil a partir do ano 2010 por motivos financeiros, políticos e sociais, agravada pelos fenômenos da globalização e mundialização, continuou a se desenvolver conforme demonstraram os dados examinados. Assim, apontamos a importância deste segmento social para a construção da democracia brasileira, através da efetivação do princípio democrático, que possui tanto uma dimensão jurídica, quanto contrafactual. Comprovou-se ainda, que o Terceiro Setor representa, ao mesmo tempo os anseios e a pluralidade da sociedade hodierna, considerada doutrinariamente como líquida, cabendo-lhe incentivar o exercício do fundamento republicano

Abstract: This article demonstrated the relevance of the Third Sector in the present time, that even in an environment of crisis, established in Brazil from the year 2010 for financial, political and social reasons, aggravated by the phenomena of globalization and globalization, continued to develop as demonstrated the data examined. Thus, we point out the importance of this social segment for the construction of Brazilian democracy, through the implementation of the democratic principle, which has both a legal and counterfactual dimension. It was also proved that the Third Sector represents both the yearnings and the plurality of modern society, and it is incumbent upon it to encourage the exercise of the republican foundation of citizenship

1 Artigo elaborado com base nas discussões realizadas pelo Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS), com apoio da Fundação Paiva Netto.

da cidadania na busca por melhorias que são necessárias para a sociedade brasileira. Para tanto, foram utilizados os métodos de revisão bibliográfica e análise dos casos pertinentes, tanto da literatura nacional, quanto estrangeira, evidenciando-se que pelos prismas econômicos e jurídicos que a sociedade civil organizada deve agir como um instrumento de concretização dos direitos essenciais dos cidadãos e principalmente deve servir como uma fonte de evolução constante do ambiente democrático brasileiro.

Palavras-chave: Princípio democrático. Terceiro Setor. Democracia.

in the search for improvements that are necessary for Brazilian society. For this, the methods of bibliographic review and analysis of relevant cases, both in the national and foreign literature, were used, evidencing that by the economic and juridical prisms that organized civil society should act as an instrument for the realization of the essential rights of citizens and especially should serve as a source of constant evolution of the Brazilian democratic environment.

Keywords: Democratic principle. Third Sector. Democracy.

Sumário: Introdução. 1 O terceiro setor: a evolução do Estado e da sociedade civil organizada. 1.1 (Mais) uma reconstrução conceitual e doutrinária sobre o Terceiro Setor. 1.2 A relevância do Terceiro Setor no Brasil contemporâneo: breves considerações. 2 O princípio democrático e o terceiro setor. Considerações finais. Referências.

Introdução

Nós somos responsáveis pelo outro, estando atentos a isto ou não, desejando ou não, torcendo positivamente ou indo contra, pela simples razão de que, em nosso mundo globalizado, tudo o que fazemos (ou deixamos de fazer) tem impacto na vida de todo mundo e tudo o que as pessoas fazem (ou se privam de fazer) acaba afetando nossas vidas (Zygmunt Bauman).

Nesta pesquisa acadêmica, através da utilização da revisão bibliográfica e análise dos casos pertinentes foram demonstradas as linhas conceituais do Terceiro Setor e a sua relevância na atualidade brasileira. A intenção é apontar que a sociedade civil organizada participa ativamente da construção da democracia brasileira hodierna, através da utilização do princípio democrático, que é tanto uma meta a ser perseguida, quanto uma norma jurídica que impulsiona o fundamento republicano da cidadania no contexto do Estado Democrático de Direito.

Para tanto foi reconstruído sinteticamente a evolução dos paradigmas estatais, a partir do rompimento com o absolutismo monárquico, sendo perpassados os modelos liberais, sociais e do próprio Estado Democrático de Direito, apontando-se as suas características principais e destacando-se a transição entre aqueles três momentos do

Estado Ocidental. Inclusive, apontando que a expressão terceiro estado foi cunhada originalmente pelo abade *Joseph Sieyès* para designar: o povo. Sendo que na sua lição revolucionária, o “*troisième état*”, deveria participar dos arranjos institucionais e da política nacional, já que é ao mesmo tempo financiador por meio do pagamento de tributos e destinatário das políticas públicas.

Em seguida se conceituou academicamente o Terceiro Setor, apontando a sua origem na sociedade estadunidense. Porém focou-se em sua emolduração pela doutrina brasileira, que o identifica tanto pelo prisma do Direito Administrativo, aproximando-o da Gestão Pública, quanto do viés do Direito Constitucional, afinando-o às ações tomadas pela sociedade civil organizada, por meio do exercício da cidadania no cotidiano atual.

Apontou-se que o Terceiro Setor é formado por um complexo conjunto de pessoas jurídicas, com personalidade privada, que buscam exercer atividades subsidiárias ao Estado, mas que não deve ser confundido com a Administração Pública, tanto porque tem um regramento jurídico próprio, quanto possui objetivos diferentes aos da estrutura gestora estatal, ainda que suas finalidades sejam paralelas, já que ambos buscam a efetivação de direitos essenciais aos cidadãos brasileiros.

Avançando, analisaram-se dados empíricos sobre a relevância do Terceiro Setor na atualidade brasileira, indicando sua importância no mundo do trabalho, singularidade para a concretização de direitos e garantias fundamentais e o seu reconhecimento na contratualização com a Administração Pública, inclusive, incentivada por legislação própria.

A conclusão inescapável é que hoje a sociedade civil organizada exerce considerável influência em diversos segmentos, públicos e privados do Brasil, como consequência deve ser observada pela academia para que se desenvolva e cumpra seu papel, inclusive de aprimorar o ambiente democrático nacional. Neste sentido, um dado que deve ser salientado é que para cada real investido no Terceiro Setor, em média ele retorna mais de quatro reais para a comunidade, em áreas sensíveis como educação e saúde, ou seja, o incentivo fiscal, financeiro e estrutural à sociedade civil organizada é um investimento nacional, que gera resultados positivos!

Seguindo, demonstrou-se que a sociedade atual é complexa e influenciada por situações internas e internacionais, criando situações

que o pensador Zygmunt Bauman (1999) chamou de modernidade líquida. Sendo que a aproximação ocorrida com os processos de globalização e mundialização, trouxe numerosos benefícios, como, por exemplo, a evolução dos transportes e telecomunicações, contudo, também, alavancou o atual ambiente de crise, inclusive, institucional, como se presencia no Brasil.

Posteriormente, pontuou-se que a atual crise também possibilitou a renovação de críticas à própria democracia, já que nem todas as promessas de melhorias feitas à sociedade foram cumpridas, possibilitando graves e documentados casos de miséria e exclusão social.

Academicamente diferenciou-se a democracia enquanto um ideal, que deve motivar constantes melhorias e a sua estrutura jurídica que impõe o dever estatal de promover a participação popular, sendo, inclusive, este um critério de legitimação das suas próprias ações. Tendo como exemplo a criação de conselhos de políticas públicas que efetivam direitos essenciais como saúde e educação. Neste contexto, se refletiu sobre as atuais perspectivas sobre a aplicação do princípio democrático que deve ser visto como um instrumento de realização da cidadania e da democracia no Brasil e principalmente deve ser percebido como uma alavanca necessária para que sejam realizadas as transformações que a própria sociedade necessita como o acesso ao lazer, saúde, educação, etc.

Por fim, o ponto fulcral demonstrado foi que o Terceiro Setor, enquanto expressão da sociedade civil organizada, com variadas configurações e uma pluralidade de finalidades pode se afinar com o princípio democrático e atuar no aprimoramento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

1 O terceiro setor: a evolução do Estado e da sociedade civil organizada

Ao longo da história ocidental recente se constatou que ocorreram momentos de antagonismo e outras situações onde foi vivenciada a cooperação entre o primeiro (Estado) e o segundo setor (mercado), sendo que “a aliança entre o Estado e a indústria privada foi por longo tempo um dos mais sólidos pilares da modernidade”, tal como descreveram Bauman e Bordoni (2016, p. 61), inferindo-se que

os pontos de contato entre esses dois agentes auxiliam na modelagem da história ocidental do Século XX.

Porém, além dessas experiências, a sociedade civil organizada sentiu a necessidade de uma participação mais ativa que efetivasse tanto os princípios da solidariedade como os da própria democracia, através da sua atuação em áreas sensíveis como saúde, educação e cultura, sendo que esse movimento recebeu o nome de Terceiro Setor.

Para se entender como ocorreu o surgimento da atuação incisiva do Terceiro Setor, é mister rememorar parte da história da evolução estatal ocidental. Segundo Tourinho (2018), o Estado Moderno surgiu impondo-se totalmente soberano e tendo com seu sustentáculo o pleno poder de polícia, deixando de lado a cooperação com o outro setor, onde a primazia com o desenvolvimento e a segurança eram preponderantes.

Lembrando, de maneira sintética, que ao final daquele período, ocorreu a tomada de poder político pelos movimentos contestadores do *status quo*, dentre eles a revolução estadunidense e a francesa que tinham como ideal a soberania popular, tal como defendido, por exemplo, pelo abade Joseph Sieyès¹ (2011). Registra-se ainda como consequência o rompimento com o antigo regime, calcado no sistema absolutista, através da participação da sociedade.

É claro, que naquela época houve um conjunto de crenças, intenções e até impulsos por movimentos específicos como, por exemplo, o capitalismo, porém há o entendimento de que a semelhança das revoluções oitocentistas foi a intenção popular de se buscar o reconhecimento dos seus direitos, mesmo frente às antigas tradições que permeavam o Estado.

Nesse sentido, segundo Soares (2018), a origem do Estado Liberal se dá no âmbito da Revolução Francesa. Assim, a França não suportava a grande intervenção do governante, que tinha por lema: *“L’État c’est moi”*, impondo sua vontade sobre o particular, pois encontrava-se dominada pelo antigo Regime Absolutista, estando por vezes em condição de insegurança jurídica, e submetido a situações extremas como o confisco da propriedade privada.

1 Lembramos a lição elementar de Sieyès, referindo-se ao “Terceiro Estado”, quanto à posição estamental da população na França do século XVII, que era dividida em primeiro estado (nobreza), segundo estado (alto clero) e terceiro estado (povo): “O que é o Terceiro Estado? Tudo. O que tem sido ele, até agora, na ordem política? Nada. O que é que ele pede? Ser alguma coisa” (2011, p. 01).

Buscando uma participação menos opressiva nas relações particulares na intervenção econômica, surgiu um Estado Liberal, sustentado nos ideais de liberdade e proteção à propriedade privada. Sendo em regra omissivo, quanto à esfera de atuação particular e afastando-se de maneira demasiada do setor social e econômico.

Registra-se que mesmo com os diversos problemas enfrentados pelo Estado Liberal, como o aumento do distanciamento econômico entre as classes sociais, houve a garantia de vários direitos individuais como a liberdade e a legalidade, além disso, esse mesmo Estado criou diversos mecanismos de controle dos seus próprios atos, evitando a instauração de governos autocráticos e autoritários.

Porém as expectativas populares não foram plenamente atendidas pelo Estado Liberal, que adotou uma postura absteísta em relação às necessidades da sociedade. Não investindo em direitos como educação e saúde. Sendo que por causa disto, de acordo com a literatura especializada, surgiu a necessidade da sua evolução para o Estado Social:

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia (BONAVIDES, 2014, p. 184).

Como já citado, as demandas sociais aumentaram significativamente, isso gerou a afirmação do Estado Social, que inicialmente sofreu um desconforto, pois não dispunha de recursos para responder as expectativas populares, gerando-se assim um perfil de Estado Regulador, restringindo-se a fiscalizar, tributar, normatizar e, quando possível, fomentar a economia.

Nesse diapasão, José Eduardo Sabo Paes (2018, p.74) elucidou que devido à: “[...] generalizada perda da confiança na capacidade de o Estado, por si só, gerar o bem-estar social, fomentar o progresso econômico, resguardar o meio ambiente, numa palavra, melhorar a qualidade de vida”. Assim, a crise da efetivação dos direitos fundamentais pelo Estado tem sido associada ao crescimento do Terceiro Setor.

Cabendo ainda destacar que este fenômeno leva ao reconhecimento do conceito de sociedade civil idealizado pelo jurista italiano Norberto Bobbio para quem: “A sociedade civil compreende

todo o conjunto das relações materiais entre os indivíduos, no interior de um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas” (1982, p. 31).

Em alinhamento, Oliveira Neto (2016) entende que o Terceiro Setor atualmente é um reflexo de uma sociedade pluralista que busca a efetivação dos seus direitos e que não aceita imposições hegemônicas nem do Estado e tampouco do mercado, ou nos escritos do autor citado: “outra interpretação estabelece o reconhecimento do Terceiro Setor enfatizando seus fundamentos na complexidade da sociedade na modernidade” (2016, p. 181).

Porém ainda Sabo Paes (2018) alerta que o Terceiro Setor é um fenômeno muito complexo para ser reduzido apenas ao aporte do problema econômico do Estado, já que envolve a participação da sociedade civil para o desenvolvimento do próprio ambiente social, com a sua inserção na construção e concretização de políticas públicas e, portanto, atinente aos aspectos democráticos e cidadãos.

O Estado Social de Direito também foi denominado de “Estado Providência”, comprometido com diversos encargos sociais, atuando de maneira direta na economia e objetivando realizar a justiça social e a concretização da igualdade material, com uma intervenção direta no domínio econômico, que até então era reservado aos particulares.

No entanto o “Estado Providência” não se mostrou tão eficiente como deveria para atender todas as demandas apresentadas pela sociedade e que são permanentemente crescentes, havendo uma primordialidade em sua atuação: “sobre a necessidade de redução dos encargos do Estado e a devolução de atividades à iniciativa privada e ampliação do processo de democracia com a participação dos cidadãos e das pessoas jurídicas sem fins lucrativos” (SABO, 2018, p. 74), na condição de parceiros do Estado.

Em decorrência dos problemas enfrentados pelo Estado Social de Direito, surgiu mais um paradigma, que ainda busca aperfeiçoamento, denominado de Estado Democrático de Direito, procurando-se privilegiar a construção participativa em ações estatais, tal como já mencionou também o jurista italiano Norberto Bobbio (1992).

Com esse arcabouço histórico percebe-se de maneira sintética que a respeito dos modelos jusfilosóficos e antropológicos, que perseveraram por séculos, mesmo diante de tantas mudanças econômicas e políticas, o dualismo dos dois setores público e privado sempre foi

bem definido. No entanto houve espaço para a participação da sociedade civil organizada, mesmo que de maneira tímida em alguns momentos históricos.

Certamente, mesmo com toda a tensão gerada pelos vários regimes políticos e a contraposição de interesses do Estado e do mercado, é justo que a cada um dos modelos estatais citados foram criados “momentos de modificação dos parâmetros de atuação estatal e da participação da sociedade civil organizada” (PAES; VALLE; SANTOS, 2017, p. 163).

1.1 (Mais) uma reconstrução conceitual e doutrinária sobre o Terceiro Setor

O surgimento de organizações sem fins lucrativos no Brasil data de muito tempo, pois as organizações voluntárias na sociedade civil participaram da vida social, desde a época colonial brasileira, com a atuação de entidades religiosas em áreas essenciais como saúde, educação e lazer, como, por exemplo, a atuação da: “Santa Casa de Misericórdia de Santos,” criada em 1543, que talvez seja a primeira instituição do Terceiro Setor de que se tem registro no Brasil” (SABO, 2018, p. 30).

Neste sentido, por ter raízes históricas no Brasil, o Terceiro Setor já foi positivado e conceituado de diversas maneiras, dependendo do período e principalmente com a sua proximidade com o as ações de particulares como a filantropia ou movimentos estatais como a criação de entidades com finalidades sociais ou assistenciais.

Com o delineamento histórico até agora apresentado, confirma-se que o Estado e o mercado apresentam uma convivência com vários pontos de convergência e divergência, porém dependem um do outro para sua coexistência, como acontece na arrecadação de tributos, por exemplo. Assegura-se também que há grandes imperfeições nos serviços prestados pelos dois primeiros setores como se nota nas áreas de educação, saúde e segurança.

Estas circunstâncias geraram um ambiente em que o Terceiro Setor pode contribuir para a reforma do atual Estado e sobre esse assunto Boaventura de Souza Santos ensinou que a discussão da localização estrutural do Terceiro Setor: “é a reformulação dos limites entre o público e o privado e com ele a estruturação da esfera pública e

da qualidade democrática desta” (2013, p. 10), sobretudo as classes da sociedade menos favorecidas financeiramente.

Em se tratando da análise acadêmica do Terceiro Setor, é importante detalhar o seu conceito, pois as pesquisas atuais do tema comumente o aproximam ao de sociedade civil organizada, sendo que as organizações personalizadas, como as fundações, associações, etc. e os entes sem personificação, tal como os movimentos populares espontâneos, integram o: “gradiente de instituições” da Administração Pública, tal como demonstrou Valéria Salgado (2012, p 6), enfatizando os campos de atuação e a natureza das entidades personificadas da sociedade civil organizada, principalmente as que atuam junto a órgãos governamentais.

Nesse sentido, a literatura especializada esclarece que o Terceiro Setor, ao lado dos outros dois setores, já destacados, é um grande mobilizador de: “recursos humanos e materiais para impulsionar iniciativas voltadas para o desenvolvimento social, setor em que se inserem as sociedades civis sem fins lucrativos, as associações civis e as fundações de direito privado, todas as entidades de interesse social.” (PAES, 2018, p.76). Para um melhor entendimento do assunto, apresenta-se a conceituação doutrinária mais utilizada:

O Terceiro Setor é aquele que não é público e nem privado, no sentido convencional desses termos; porém guarda uma relação simbólica com ambos, na medida em que ele deriva sua própria identidade da conjunção entre a metodologia deste com as finalidades daquele. Ou seja, o Terceiro Setor é composto por organizações de natureza “privada” (sem objetivo do lucro), dedicadas à consecução de objetivos sociais ou públicos, embora não seja integrante do governo (Administração Estatal) (PAES, 2018, p. 76).

Em continuidade ao pensamento e em uma conceituação mais direta sobre o Terceiro Setor, a doutrina se posiciona de forma clara sobre a configuração jurídica deste singular setor da sociedade civil organizada, pelo prisma da sua finalidade e objetivo:

Podemos, assim, conceituar o Terceiro Setor como o conjunto de organismos, organizações ou instituições sem fins lucrativos dotados de autonomia e administração própria que apresentam como função e objetivo principal atuar voluntariamente junto à sociedade civil visando ao seu aperfeiçoamento (PAES, 2018, p. 76).

Já a doutrinadora Di Pietro, pesquisadora voltada para o Direito Administrativo, lecionou que o Terceiro Setor é composto por entidades

da sociedade civil de: “fins públicos e não lucrativos; tendo convivência com os outros dois setores. Tem como principal característica prestar atividade de interesse público por iniciativa privada sem fins lucrativos” (DI PIETRO, 2014, p. 566).

Por outro viés, o sociólogo português Boaventura de Souza Santos (1998), destacou que o Terceiro Setor se diferencia dos demais setores justamente por apresentar características tanto do primeiro segmento, quanto do segundo setor produtivo. Assim, os atributos singulares do setor privado como a motivação pelo resultado e a flexibilidade para o estabelecimento de cooperação e ajuda mútua outorgam às organizações sociais, a eficiência das entidades particulares. Bem como a ausência da motivação finalística pelo lucro e a busca pela concretização do interesse coletivo o alinham com a Administração Pública.

Portanto a entidade da sociedade civil organizada tem características próprias por absorver atributos específicos dos outros segmentos o que lhe confere alto potencial de transformação social. Porém há também uma ampla carga de responsabilidade atribuída ao Terceiro Setor para a concretização dos direitos e garantias fundamentais, amalgamando responsabilidades públicas e privadas, em áreas sensíveis como educação e saúde.

Continuando, Paes (2018, p. 77) conceituou o Terceiro Setor a partir da finalidade das ações das organizações que o compõem, entendendo que essas instituições são instrumentos para a conquista de uma nova dinâmica social e democrática, ou seja, as entidades sociais são representantes da sociedade e têm duas grandes funções: (I) prestar as suas ações institucionais necessárias para a consolidação de direitos e garantias essenciais e (II) procedimentalizar a democracia na atualidade, através do exercício da cidadania participativa.

Ressalta-se que a necessidade de participação da sociedade civil organizada surgiu devido ao cenário em que o Estado e o mercado já atuavam na busca de suas finalidades específicas. Isso deixou um espaço a ser preenchido por entidades sociais, que tinham tradição e expertise em atendimento aos necessitados, sendo que este movimento se consolidou nos Estados Unidos da América, a partir da década de 1970, através do reconhecimento da atuação dos cidadãos em prol das causas sociais, objetivando, inclusive, contribuir com a democratização dos processos decisórios e, assim, envolvendo grupos em situação de vulnerabilidade, que buscam proteção social e estatal, ou conforme afirmou Gohn (2005, p. 73):

[...] movimentos sociais não populares, advindos de outras camadas sociais, tais como o das mulheres, dos ambientalistas, pela paz, dos homossexuais, etc., também já tinham iniciado uma trilha de lutas independentes do mundo do trabalho e se firmado como agentes de construção de identidades e força social organizada.

Pela ótica da efetivação da democracia, constata-se também a importância do Terceiro Setor no Brasil, pela atuação dos movimentos encabeçados pela sociedade civil que atuaram ativamente pela (re) conquista da democracia brasileira, na década de 1980 e mais precisamente após 1985, tendo como resultado o reconhecimento constitucional da necessidade de implantação, novos instrumentos de participação, representação política e facilitando a inovação institucional para que houvesse uma maior inclusão da sociedade civil organizada, respaldada tanto no princípio democrático quanto no fundamento constitucional da cidadania, que serão analisados à frente, em situações próprias como o orçamento participativo e os conselhos de políticas públicas.

Em síntese, apesar de suas origens históricas, o Terceiro Setor pode ser conceituado como um conjunto de entidades de direito privado, sem fins lucrativos, que buscam concretizar direitos e garantias fundamentais e também exercer o princípio democrático e o fundamento constitucional da cidadania, no contexto atual.

1.2 A relevância do Terceiro Setor no Brasil contemporâneo: breves considerações

Historicamente se apresentava nas relações econômicas e sociais de um país, de um lado o Estado, representado pela Administração Pública e geralmente em contraposição o mercado, calcado na iniciativa particular e na autonomia da vontade. Por inúmeras vezes, essa convivência apresentava-se tumultuada, com um setor invadindo o território de atuação do outro e ocorrendo a inversão de papéis. É ainda necessário discorrer que esta situação de tensão deve ser constantemente revisitada pela academia, buscando-se realinhar os limites de atuação de cada um destes atores, inclusive, quanto à necessidade de suas contribuições para o estabelecimento de um ambiente democrático em suas atuações.

Diante deste dualismo, Paes (2018, p.83) edificou que a figura do Terceiro Setor surgiu mediante a configuração de um mercado contendo

ambições, muitas vezes inaceitáveis, como a degradação da natureza e o Estado com prestação limitada de serviços de interesse social, tal qual a incompletude da universalização do ensino fundamental, situando o Terceiro Setor, que são organizações privadas com adjetivos públicos, ocupando uma posição intermediária entre os dois outros setores.

Dessa forma, próximo ao primeiro setor, na figura do Estado, e ao segundo setor, na presença do mercado, existe o Terceiro Setor, que age diretamente em prol do desenvolvimento social, sendo uma expressão da vontade social da coletividade e fruto da solidariedade, da vontade e do direito ao associativismo. Tem-se como consequência, em regra, que as entidades sociais se manifestam em ações da própria sociedade civil organizada em prol da população de uma determinada comunidade, como ocorrem nos mutirões comunitários, em que há um envolvimento conjunto, geralmente capitaneado por alguma liderança social para a construção de casas populares.

Nota-se que esta situação leva à inevitável constatação de que: “tanto no plano nacional como no internacional, há o testemunho, nas últimas décadas, de uma expansão na quantidade das organizações da sociedade civil, com diferentes propósitos, tamanhos e áreas de atuação social” (LUCHMAN; SCHAEFER; NOCLETI, 2017, p. 361).

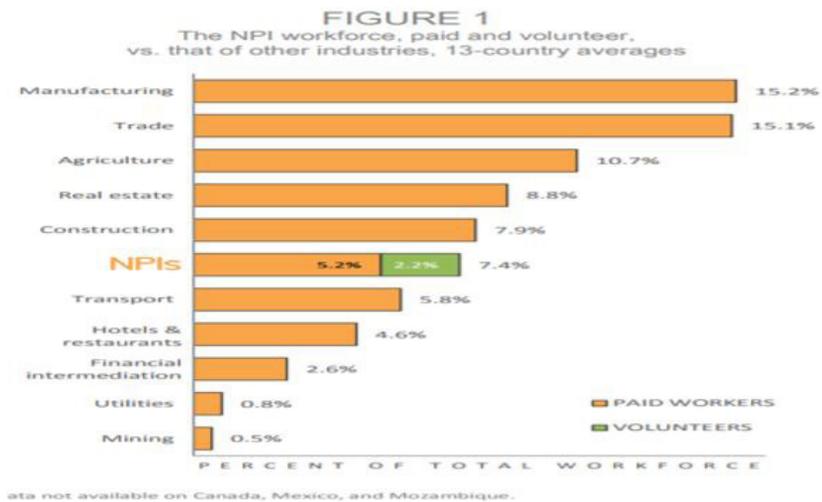
Por causa disto, recentemente, vem ocorrendo o reconhecimento da importância do Terceiro Setor, do pondo de vista financeiro. Deste modo, ocorreu, no atual cenário sociopolítico do Brasil, o estabelecimento de três setores econômicos. Esses, em cada situação, interagem, contrapondo-se ou se complementando, ou seja: as esferas pública, privada e sociedade civil organizada estão em um contato cada vez mais intenso.

Mas, como já foi exposto, nem sempre foi esta a configuração das relações em sociedade: “até recentemente, a ordem sociopolítica compreendia apenas dois setores, o público e o privado, tradicionalmente bem distintos um do outro, tanto no que se refere às suas características, como à personalidade” (PAES, 2018, p. 81). Por isso, é importante que a academia constantemente demonstre os aportes financeiros que o Terceiro Setor recebe e principalmente avaliar a qualidade da utilização desses recursos.

Reforça-se que o Terceiro Setor não pode ser um concorrente das iniciativas estatais e tampouco buscar substituir as ações que são próprias do mercado, sua função e vocação é atuar de forma subsidiária aos dois primeiros setores, buscando apoiar iniciativas sociais, que

favoreceram a todos os envolvidos em suas relações, seja com o fomento de direitos fundamentais, tal como a prestação de serviços educacionais ou a geração de renda com o amparo a ações de economia criativa.

A relevância econômica e no mundo de trabalho do Terceiro Setor na atualidade foi demonstrada, por exemplo, pela pesquisa do Centro *Johns Hopkins*² para Estudos da Sociedade Civil em parceria com a Divisão de Estatística da ONU em treze países (Austrália, Bélgica, Brasil, Cazaquistão, Estados Unidos, França, Holanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Portugal, República Checa e Tailândia) dos continentes americano, europeu e asiático, apontando que em média as entidades sociais empregam mais mão de obra que setores tradicionais como o bancário e os transportes, tal como demonstra o seguinte gráfico:



Fonte: LESTER et al, 2012.

Ressaltamos, que a pesquisa “*The State of Global Civil Society and Volunteering*” (LESTER, et al, 2012), tem dimensões globais, apontando várias distorções entre os itens analisados nos países escolhidos. Gerando, neste sentido, a necessidade da contextualização dos seus dados. Tendo, por exemplo, a seguinte situação, enquanto na média o Terceiro Setor emprega 7,4% (sete, quatro) do total de toda

2 LESTER M. Salamon, S. Wojciech Sokolowski, Megan A. Haddock, and Helen S. Tice. *The State of Global Civil Society and Volunteering: Latest findings from the implementation of the UN Nonprofit Handbook. Working Paper No. 49.* (Baltimore: Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, 2012).

mão de obra l dos Estados pesquisados, no Brasi, l o valor é de 3, 7% (três, sete), ou seja, a metade do percentual, em comparação com outros países, como a Inglaterra.

Contextualizando a questão do volume de empregos gerado pelo Terceiro Setor no Brasil, o Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA), no seu mapa das OSC³, apontou que no ano de 2015, mesmo em ambiente de crise econômica, as entidades sociais contabilizaram 1.698.756 (um milhão, seiscentos e noventa e oito mil, setecentos e cinquenta e seis) empregos formais no Estado brasileiro, ou seja, foram gerados postos de trabalho com carteira assinada e com acesso ao sistema de seguridade social, sendo apontado que o Terceiro Setor foi um dos segmentos sociais que mais contratou naquele período.

Uma segunda demonstração da relevância do Terceiro Setor é que entre os anos de 2010 a 2017, ressaltando, mesmo em ambiente de grave crise estatal e financeira, a Administração Pública Federal repassou às entidades sem fins lucrativos R\$ 36.383.694.712, 06 (trinta e seis bilhões, trezentos e oitenta e três milhões, seiscentos e noventa e quatro mil e seis centavos), tal como demonstra o relatório do SIAFI Gerencial, que é um programa de acompanhamento de execução orçamentária do Governo Federal, que busca conferir transparência ao Orçamento Geral da União, abaixo:

Secretaria de Orçamento Federal							
SIOF Gerencial - Execução Orçamentária - Execução e RAP							
Data de geração deste relatório: 30/10/2017 09:35:47							
							R\$ 1,00
Ano Exerci	Modalidade (desc.)	Dotação Atual	Empenhado	Empenhado Liquidado	Pago	RAP Pago	Pago + RAP Pago
2010	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	4.750.474.048,	4.024.014.032,48	4.024.014.032,48	2.059.310.379,38	1.078.512.160,06	3.137.822.539,44
2011	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	4.323.727.775,	3.354.225.024,74	3.354.225.024,74	1.646.097.602,76	1.141.106.332,	2.787.203.934,76
2012	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	5.934.499.499,	4.818.246.402,12	4.818.246.402,12	3.136.832.950,11	1.202.009.641,41	4.338.842.591,52
2013	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	7.283.124.973,	6.274.678.389,81	6.274.678.389,81	4.420.855.286,32	1.487.433.233,56	5.908.288.519,88
2014	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	8.297.592.261,	6.669.108.626,12	6.669.108.626,12	4.946.468.117,44	1.511.831.538,01	6.458.299.655,45
2015	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	8.469.977.438,	5.963.749.025,64	5.963.749.025,64	3.784.136.230,81	1.429.724.749,45	5.213.860.980,26
2016	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	5.171.060.065,	4.697.778.964,02	4.697.778.964,02	3.391.175.137,85	2.216.935.219,96	5.608.110.357,81
2017	50 - Transferências a Instituições Privadas sem Fins Lucrativos	4.519.902.950,	3.055.217.741,3	2.182.605.187,94	2.110.498.599,39	820.667.533,55	2.931.166.132,94
							36.383.594.712,06

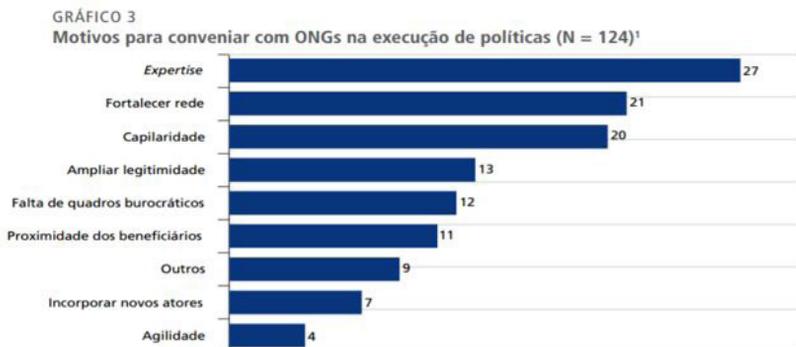
Fonte: SIAFI/2017.

3 Número de empregos formais nas OSCs por região, Brasil – 2015. Disponível em: <https://mapaosoc.ipea.gov.br/dados-indicadores.html>

Salienta-se que este valor transferido do erário, em regra, é utilizado para a manutenção das entidades do Terceiro Setor, mas principalmente para a efetivação das suas atividades finalísticas, que estão relacionadas com a concretização de um direito essencial. No plano prático, necessita-se dos esforços do Estado, do mercado e das entidades sociais para que sejam realizadas, como por exemplo, as ações de saúde, educação e lazer, já que todas elas exigem repasses financeiros.

Como se pode notar, o Terceiro Setor atua diretamente em proporções significativas, em atendimento a necessidades sociais, à defesa de direitos difusos ou emergentes. Devendo, neste sentido, atuar subsidiariamente as ações estatais para se assegurarem os direitos essenciais a toda a população. Frisa-se, para se evitar equívocos, o Terceiro Setor, ainda com os bons resultados apresentados, não deve buscar substituir a função estatal, bem como também, não deve se alinhar às práticas do mercado de uma busca intransigente por resultados. A sua essência e função é realizar atividades paralelas à estrutura estatal, pela própria sociedade civil organizada e em função da melhoria da qualidade de vida dos seus cidadãos.

Devido aos numerosos êxitos do Terceiro Setor, esse foi reconhecido como uma oportunidade viável de parceria com a própria Administração Pública, sendo que o Instituto de Pesquisa Aplicada - IPEA (2017) apontou os principais motivos que levam os gestores, no âmbito federal, a elaborar acordos com entidades sociais, na seguinte ordem:



Elaboração dos autores.

Nota: ¹ O número de respostas ultrapassa o tamanho da amostra porque os entrevistados podiam mencionar tantos motivos quantos julgassem adequados. As categorias aqui apresentadas foram produzidas a partir das entrevistas. O questionário não apresentava ou sugeria alternativas.

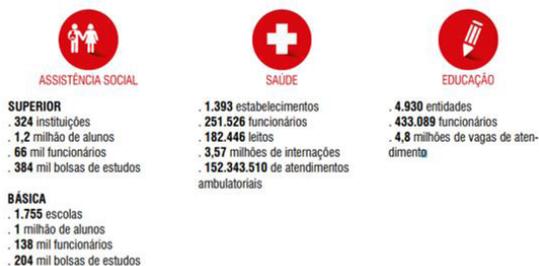
Fonte: IPEA/2017.

Portanto, constata-se que o Terceiro Setor é reconhecido como um potencial parceiro pela Administração Pública Federal, sobretudo, por possuir capacidade de execução de serviços essenciais que são demandados pela sociedade brasileira atual. Cabe a lembrança de que especificamente, no Distrito Federal, a meta de inclusão de alunos em escola do ensino fundamental só poderá ser alcançada com a participação de entidades sociais, em parceria com a Secretaria Distrital de Educação, já que há uma soma de esforços e a otimização de recursos financeiros e humanos, tal como já demonstrou Lima, Paes e Santos (2016).

Destaca-se, ainda, que as instituições da sociedade civil organizada, atuantes no Terceiro Setor não agem apenas nos setores ou atividades em que o Estado não está operando. Mas confirma-se que o Estado e o Terceiro Setor podem ter uma postura colaborativa, na qual, na falta de um, haverá a atuação do outro de forma solidária e principalmente subsidiária. Para corroborar com tal afirmação, a pesquisa da FOINF demonstrou ainda que para cada R\$1,00 (um real) investido, as instituições filantrópicas certificadas pelo Certificado de Entidades Beneficente de Assistência Social CEBAS - retornam R\$5,92 (cinco reais e noventa e dois centavos), ou seja, pagam R\$1,00 (um real) investido e retornam R\$ 4,92 (quatro reais e noventa e dois centavos) adicionais. Isso acontece devido à isenção fiscal ou financeira concedida às entidades do Terceiro Setor.

Esta dimensão da contribuição social prestada pelo Terceiro Setor, através da arrecadação de recursos e incentivos financeiros, como isenção e imunidades, foi ainda certificada por uma pesquisa realizada pelo Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF) que constatou que, no ano de 2014, havia registrado entre as entidades registradas no CEBAS, a seguinte contribuição por área de atuação:

A contrapartida por área de atuação:



Observa-se que, pelos argumentos apresentados, pode-se inferir que: “no Brasil, os dados do orçamento de todos os níveis de governo registram firme e contínua tendência de crescente repasse de recursos para ONGs” (SZAZI, PAES, 2011, p. 83) Assim, há um estreitamento do diálogo entre Estado e Terceiro Setor, com o estabelecimento de parceria de prestação de serviços públicos pelas entidades da sociedade civil.

Desse modo a crescente atuação do Terceiro Setor em serviços essenciais, demandados pela sociedade, juntamente com o Estado e o mercado, estabelecem uma relação cooperativa para a efetivação da diversidade de demandas sociais, que cristalizam os direitos mais essenciais de nosso país, como saúde, educação e lazer.

2 O princípio democrático e o terceiro setor

O mundo presencia, desde os anos 2000, uma profunda mudança com a integração de transportes e comunicações. Como consequência, as pessoas estão conectadas integralmente e virtualmente com todo o mundo! Pode-se concluir, que esta situação está trazendo novos desafios para o realinhamento econômico, como demonstram os teóricos da globalização, como Zygmund Bauman (1999). Há também constantes dificuldades em se alinhar valores entre os países, principalmente os ocidentais e orientais para a implementação dos direitos fundamentais, humanos e da democracia, tal como teorizou Samuel Huntington (2014), sendo que estes processos trazem dificuldades, desafios e problemas, causando tensões e desafios, que se impõem ao Estado e principalmente à sociedade atual, como demonstraram Leal e Zeni (2010) e Funardi e Del’Olmo (2012).

No Brasil, como não poderia ser diferente, esta situação problemática vem trazendo sérias consequências, inclusive, com o questionamento da legitimidade democrática do atual sistema político e jurídico nacional, como pontuaram Avritzer (2016), Hoppe (2014) e Santos (2013). Contudo, os as dificuldades econômicas, sociais e políticas experimentados pelos brasileiros a partir do ano de 2010, possibilitaram a rediscussão fática e acadêmica da situação da própria situação democrática do nosso país, ou segundo lição doutrinária:

O desafio democrático com o qual a sociedade brasileira se vê presentemente confrontada impõe uma vigilância e lucidez com respeito às relações concretas entre os dois polos que estruturam

o campo de uma experiência democrática viável: a ideia de democracia e a efetiva prática democrática (VAZ, 2002, p. 345).

Avançando, há de se diferenciar o ideal de democracia que deve ser o objetivo de cada sociedade porque, nesta quadra histórica, parece claro que o modelo democrático é preferível a qualquer forma de autoritarismo estatal ou pessoal, já que foi aprendida a lição de que se deve evitar a concentração de poder pelos agentes estatais, tendo em vista que quase invariavelmente podem ocorrer abusos, como aconteceu com a instauração de regimes autoritários em vários países em todos os continentes ao longo do século passado.

Contudo a convivência na democracia impõe os desafios de aceitação das diferenças de crenças e intenções de cada cidadão e principalmente a percepção de que ocorrerão contraditórios argumentativos inevitáveis para a escolha dos passos que serão tomados por uma sociedade, devendo-se criar um padrão de tomada de decisão que evite os extremos ideológicos e a exclusão de pessoas na sociedade, ou ainda segundo a literatura sobre este tema:

Saber viver, portanto, em um ambiente democrático, para construir uma Constituição compromissória com os direitos fundamentais inclusive os sociais, pressupõe, para logo, saber movimentar-se no terreno das contradições, ultrapassando aquelas que sejam incompatíveis com a dignidade humana e preservando as diferenças que dão a cada mulher e a cada homem uma identidade própria (GONÇALVES, 2018, p. 3).

Há de se ponderar que a instauração de um ideal democrático absoluto no Brasil é como buscar uma utopia, ou seja, tem-se a ideia de se procurar por um lugar que dificilmente será alcançado, neste momento histórico, já que ele é apenas contrafactual, ou seja, idealizado. O atual momento da sociedade é percebido com o agravamento de sérios problemas estruturais e atormentado por casos documentados de fome, miséria, corrupção sistêmica e até mesmo graves casos de exclusão social.

Percebe-se claramente que este quadro impõe dificuldades ao exercício da cidadania participativa, já teorizada por Bonavides (2008) e positivada na Carta das Organizações dos Estados Americanos (2018), inclusive, trazendo a lembrança que este documento jurídico internacional foi recepcionado pelo Estado Brasileiro, tendo hierarquia supralegal. Ou ainda de forma doutrinária:

[...] temos que o conceito de democracia sofreu, então, uma reviravolta em sua trajetória, apresentando como resposta a

democracia participativa, sendo um método de exercício do poder baseada na participação dos cidadãos nas tomadas de decisão política. Através de tal meio, tem-se a formação de vontade política de baixo para cima, num processo de estrutura com a participação de todos os cidadãos, tomando, como base principal o princípio da igualdade, estampado no art. 5, caput, da CRFB/88 (FREITAS, 2017, p. 74).

Frente a estas dificuldades é que se fortalece a crítica à própria democracia, já que suas ideias, até este momento não conseguiram assegurar a igualdade material apregoada pelo Estado Providência, contudo coadunamos com o pensamento de Eleanor Roosevelt, para quem: “O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza de seus sonhos” (2018, p. 43), ou seja, o ideal democrático deve ser perseguido porque possui o condão para minimizar todos estes problemas, através do envolvimento social. Trazendo a convicção de que só é preciso avançar com um passo (seguro) por vez!

Frisa-se ainda que o atual momento da sociedade necessita que a democracia proporcione mudanças e crie condições para que sejam experimentadas outras opções de arranjos institucionais, avançando com a pauta de efetivação dos direitos humanos e fundamentais, através do exercício da cidadania que é o cerne do Estado Democrático de Direito e um fundamento da República Federativa do Brasil na atualidade.

A segunda vertente da democracia é exposta na prática do exercício da cidadania participativa e é normatizada pelo princípio democrático, expresso no Preâmbulo da Constituição de 1988, que determina, inclusive, a efetivação do fundamento republicano da cidadania expresso no artigo 1º, inciso II da Norma Ápice brasileira.

Do ponto de vista jurídico, o princípio democrático também pode ser descrito como uma norma jurídica que tem duas funções distintas; a primeira é ser uma lente interpretativa para todas as ações estatais no ambiente do Estado Democrático de Direito, como demonstrou a doutrina italiana de Francisco Paulo Volpe (2009). A segunda função deste princípio é de se estabelecer como um instrumento de instauração da participação dos cidadãos nos mecanismos de tomada das decisões, de modo eficiente e prático, seja por meios presenciais ou ainda virtuais, com a inserção de instrumentos tecnológicos como a internet.

Segundo, “da mesma forma que o princípio do estado de direito, também o princípio democrático é um princípio jurídico-constitucional com dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais”, como doutrinou Canotilho (2000, p.287). Neste sentido, além da sua

característica idealista, a democracia também é utilizada como uma técnica de tomada de decisão, que deve se fundamentar na vontade da maioria, desde que suas intenções não oprimam as minorias da sociedade, portanto a democracia não coaduna com exclusões, abusos dos direitos ou intervenções autoritárias em grupos sociais.

Pontua-se que a democracia não é somente a vontade da maioria. Sendo este apenas um dos critérios de tomada de decisão estatal. A partir do ponto que se aceita a igualdade formal de participação em um ambiente democrático, que é próprio das sociedades hodiernas, são construídas outras especificidades que devem ser diluídas através da aceitação do dissenso e promoção de mecanismos de inclusão das necessidades alheias nas estruturas de tomadas de decisão. De forma clarificante, cada um que é envolvido no processo decisório será representante de uma demanda específica, já que todos são intérpretes legítimos do texto e da realidade constitucional, tal como já propugnado por Peter Habererle (2002). Isto porque através da aplicação de procedimentos democráticos é possível teorizar e aplicar a seguinte ideia:

Pela democracia, podemos aperfeiçoar as convivências humanas, reconhecer a pluralidade humana. É uma gramática do social que transforma a razão individual em razão pública, dando sentido à esfera pública, aos diálogos de entendimentos dos cidadãos para deliberações. Por isso é, provavelmente, uma das mais importantes categorias conceituais formuladas pela Teoria Política quando essa aborda o desenvolvimento das organizações sociais da atualidade (SILVA; SALDANHA, 2015, p. 81).

Todas as ações estatais devem utilizar os parâmetros do princípio democrático para a tomada das suas decisões, gerando repercussões no plano da validade e da legitimidade das normas jurídicas. Ou ainda, conforme Jürgen Habermas: “O poder administrativo só pode ser utilizado com base nas políticas e nos limites das leis oriundas do processo democrático”. (2015, p. 67). Bem como, seguindo a doutrina nacional que questiona a velocidade do avanço da democracia no Brasil e a necessidade de se implantar novos instrumentos de gestão com participação cidadã da seguinte maneira:

A literatura acadêmica sobre esse tema tem dedicado seus esforços em compreender como tais mecanismos podem aprofundar ou ampliar a qualidade das democracias, avaliando seu potencial de impactar características como responsividade, *accountability*, participação e igualdade. Este artigo seguiu

caminho distinto ao focar mais os aspectos históricos do que a análise dos resultados e a efetividade dessas inovações (VENTURA, 2016, p. 719).

O princípio democrático também deve ser utilizado como um instrumento de transformação do atual Estado Democrático de Direito e da própria sociedade, por meio de utilização de meios de participação nas tomadas de decisões estatais tendo, por exemplo, os conselhos de políticas públicas como saúde, educação ou assistência social, ou mesmo com as ações do Terceiro Setor, que são ações democráticas da própria sociedade civil, que tem como desafio central democratizar, tal como apresentou Alexandre Coelho (2007).

Neste sentido, o Terceiro Setor pode ser um agente na busca pela democracia experimentalista proposta por Mangabeira Unger (2011), que foi idealizada como um procedimento necessário para se transformar a atual sociedade brasileira, adaptando as estruturas que precisam ser aprimoradas, como o próprio exercício da cidadania, que ainda necessita de aperfeiçoamento, para que haja mais engajamento das pessoas, cuja técnica foi denominada pelo autor de experimentalismo democrático, conceituado assim:

O experimentalismo democrático é uma interpretação da causa democrática, o mais influente conjunto de ideias e compromissos em vigor no mundo de hoje. Ele une duas esperanças a uma prática de pensamento e de ação. (UNGER, 1991, p. 13).

Uma singular lição doutrinária de Mangabeira Unger (1991) sobre os procedimentos democráticos é que: “[...] a democracia é, entre outras coisas, um procedimento para criar o novo. É a forma institucional e coletiva da imaginação. É a ordem que, ao reconhecer a imperfeição de todas as ordens históricas que podem existir no mundo” (2011, p. 14). Portanto, o experimentalismo democrático representa ao mesmo tempo uma esperança de mudança e aperfeiçoamento da democracia e da estrutura estatal que tem sérios problemas na atualidade, quanto um conjunto de ações que devem ser implementadas paulatinamente pela sociedade. Tendo em vista, que esta alternativa possibilita: “[...] a mudança ao longo do tempo, buscando revisar o conteúdo, bem como o contexto dos interesses reconhecidos e dos ideais professados” (UNGER, 1991, p. 18).

Assim, é possível inferir que o Terceiro Setor enquanto representante da sociedade civil, com participação em mais de 99% (noventa e nove) por cento dos municípios brasileiros, atingindo no ano

de 2016, segundo o IPEA o número de 829.186 (oitocentos e vinte e nove mil, cento e oitenta e seis) entidades filantrópicas, que se cadastraram voluntariamente no Mapa das Organizações Sociais⁴ do Instituto de Pesquisa Aplicada e ,logo, por sua abrangência, um agente social que tem grande capilaridade democrática, já que dialogam com todos os cidadãos e possui características e interesses particularizados, próprios de uma sociedade plural, sendo assim, um potencial instrumento para a implantação do experimentalismo democrático, já que deve atuar exclusivamente na busca dos interesses sociais da coletividade e desta maneira concretizando os direitos essenciais que são necessários em nossa quadra histórica.

Quanto ao papel democrático do Terceiro Setor, vale a lembrança de que as associações, típicas entidades sociais com personalidade jurídica de direito privado, configurações jurídicas próprias, amparadas expressamente no atual Código Civil, que atuam por agregação voluntária no Brasil, já são reconhecidas doutrinariamente como um fator de democratização da sociedade atual, já que elas: “seriam responsáveis pela constituição de esferas públicas que problematizam, oxigenam e alteram os mecanismos tradicionais de formulação das regras e políticas públicas que regulam e afetam a vida social”, tal como lecionou Lucmann (2012), ou ainda segundo a mesma literatura especializada:

Ao longo das últimas décadas, temos presenciado um crescimento significativo do fenômeno do associativismo, o que tem promovido mudanças consideráveis nas práticas sociais e levado, para a arena política, múltiplos repertórios de manifestação de reivindicações e de demandas sociais. Diante dessa paisagem complexa e plural que conforma o associativismo contemporâneo, muitos teóricos defendem a ideia de que a democracia se fortalece quando contemplada por um quadro rico e plural de práticas e dinâmicas associativas atuando em diversas frentes, sejam elas cooperativas e/ou conflitivas, que ampliam e diversificam as demandas e as respostas democráticas para as diferenciadas necessidades e conflitos sociais. Nesse cenário, multiplicam-se as teorias que, fazendo uso de diferentes argumentos, dão destaque ao papel das associações para a promoção da democracia (LUCHMANN; SCHAEFER; NICOLETTI, 2017, p. 2017).

4 Total de OSC, por ano (2010-2016). Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/dados-indicadores.html>

Neste sentido, o elevado número de entidades do Terceiro Setor no Brasil pode colaborar com o ambiente democrático brasileiro na atualidade por que: “quanto mais ricas as redes e conexões que operam nas estruturas sociais, mais chances de causar impactos positivos na democracia, tornando as instituições políticas mais eficazes”, conforme demonstrou Luchmann (2014, p. 163).

De outra forma exemplificativa, as ações de resgate da história brasileira dos museus promovidas pela Fundação Paiva Neto, educacionais, proporcionadas pela Fundação Bradesco, promoção de tecnologia social disponibilizada pela Fundação Banco do Brasil, atividades culturais praticadas pela Fundação Cultural do Exército, a sistematização de ações do Terceiro Setor, intentadas pelo *Fonif* ou a preocupação e atuação da associação Anasps em prol da Previdência Social são exemplos de êxitos e da pluralidade de atividades que as entidades sociais proporcionam à sociedade brasileira atual.

Assim, cada um a seu modo, mas todas em comum atuam como uma extensão da vontade da sociedade civil organizada e devem ser objeto de pesquisa acadêmica e de divulgação dos resultados obtidos, para que os seus modelos possam ser replicados.

Neste sentido, a positivação de ligações entre o Estado, mercado e o Terceiro Setor são formas de inovação na democracia brasileira, já que há a soma de esforços em prol de ações que confirmam a presença e participação de entidades sociais distintas, mas que se unem para a melhoria dos direitos e do próprio Estado Democrático de Direito.

Considerações finais

O resumo da situação atual é que há aproximação entre os países devidos aos processos de mundialização e globalização, sendo que esta situação trouxe benefícios, como a melhoria na qualidade dos transportes, mas também um ambiente intrínseco de crises econômicas e sociais, que se intensificam na atualidade. Neste sentido, há uma preocupação constante da sociedade e da comunidade acadêmica para que se avance a pauta de efetivação dos direitos essenciais dos cidadãos no Brasil e no exterior.

Ante todo o exposto, evidencia-se que a sociedade civil organizada exerce considerável influência em diversos segmentos do Brasil. Tornando-se claro que o Estado ainda carece de políticas públicas que sejam autossuficientes, sendo de suma importância o

trabalho subsidiário do Terceiro Setor, para se alcançar a concretização dos direitos e garantias essenciais, inclusive, a cristalização da própria democracia participativa.

Com a exposição de dados estatísticos elaborados pela pesquisa do Centro Johns Hopkins, para Estudos da Sociedade Civil, em parceria com a Divisão de Estatística da ONU, ou na pesquisa realizada pelo Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas (FONIF), fica nítido que o Terceiro Setor age diretamente em prol do desenvolvimento social, sendo um setor importante do ponto de vista econômico e consequentemente, uma fonte estratégica para o desenvolvimento dos países. Especificamente no Brasil foi analisado que as entidades sociais empregaram, no ano de 2015, mais de 1.698.756 (um milhão, seiscentos e noventa e oito mil, setecentos e cinquenta e seis), ou seja, este setor social desempenha um singular papel na economia brasileira na atualidade

Foi demonstrado, também, através da análise da pesquisa do Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA), os principais motivos dos gestores fazerem parcerias com entidades sociais, que o Terceiro Setor, uma vez que este segmento foi reconhecido como uma oportunidade viável para a celebração de parceria com a própria Administração Pública, por possuir capacidade e excelência para executar serviços essenciais à sociedade brasileira, como saúde, educação e lazer. Constitui-se, portanto, uma opção na construção e execução de políticas públicas, necessárias para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Foi ainda constatado que o Terceiro Setor está instaurado em praticamente todos os municípios brasileiros, chegando ao espantoso número de oitocentos e vinte mil e cento e oitenta e seis entidades cadastradas voluntariamente no Mapa das Organizações Sociais, mantido pelo governo Federal, através do Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA), tendo, portanto, capilaridade nacional, que possibilitam a divulgação e o fomento de ações solidárias e democráticas no Brasil.

Dessa forma, destacou-se que o Estado Democrático de Direito é um modelo ainda em construção, que necessita do auxílio da sociedade, mais especificamente do Terceiro Setor para aprimoramento do cidadão de todos os níveis da Administração Pública.

A parceria entre as entidades sociais e os órgãos governamentais também pode ser observado, tal como destacado pelo prisma da execução de ações relevantes para toda a sociedade, em áreas sensíveis

como educação, saúde, lazer. Evidenciou-se, assim, que o Terceiro Setor tem função de auxiliar o desenvolvimento da democracia, pois as entidades sociais promovem ações importantes em prol do exercício de cidadania, devido à utilização do princípio democrático, que permeia todo o ordenamento jurídico brasileiro atual.

Dessa maneira, frente aos desafios atuais e à necessidade de se impulsionar o ambiente da democracia no Brasil, foi examinado o conceito de experimentalismo democrático, proposto pelo jusfilósofo Mangabeira Unger, que representa ao mesmo tempo uma esperança de mudança e uma possibilidade de aperfeiçoamento da democracia, podemos afirmar que é nesse contexto que o Terceiro Setor tem uma efetiva participação. Com a parceria efetuada entre Estado, mercado e Terceiro Setor confirma-se a melhoria da efetivação dos direitos primordiais à sociedade bem como o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é correto afirmar que o Terceiro Setor pode ser utilizado como uma das fontes de aprimoramento do Estado Democrático na atualidade, já que ele atende os interesses legítimos de grupos sociais que necessitam da concretização de direitos que, apesar de positivados, ainda não se concretizaram no plano prático, com a aplicação do princípio democrático.

Referências

AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. São Paulo: Civilização brasileira, 2016.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 2016.

_____. *Globalização: as consequências humanas*. São Paulo: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *O conceito de sociedade civil*. Rio de Janeiro: Graal, 1982.

_____. *Estado, governo sociedade*. São Paulo: Paz e Terra, 2017;

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Teoria Constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Instituto de Pesquisas Aplicadas. Mapas da OSC. Disponível em: <https://mapaosc.ipea.gov.br/resultado-consulta.html>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

COELHO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2014/03/A-Participacao-Social-como-processo-de-consolidacao-da-democracia-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FREITAS, Cláudio Victor de Castro. O princípio democrático e a judicialização das relações sociais: um judiciário trabalhista atuante ou conivente? *Revista do Direito do Trabalho*, v. 181/2017, p. 71-97.

FONIF. Fórum Nacional das Instituições Filantrópicas. *Pesquisa: contrapartida do setor filantrópico para o Brasil*. Disponível em: <http://fonif.org.br/pesquisas>. Acesso em: 17 jul. 2017.

GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil: movimentos sociais, ONGs e redes solidária*. São Paulo: Cortez, 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. *O princípio democrático na Constituição Federal de 1988: direitos de liberdade e direitos sociais*. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/9_estados-e-lutas-sociais/o-principio-democratico-na-constituicao-federal-de-1988-direitos-de-liberdade-e-direitos-socia.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.

HABERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución: Estudios de Teoria Constitucional de la sociedade aberta*. Madrid: Tecnos, 2002

HABERMAS, Jurgen. *Obras escolhidas*. São Paulo: Edições 70, 2015.

HOPPE, Hans Hermann. *Democracia, o Deus que falhou*. São Paulo: Mises Brasil, 2014

HUNTINGTON, Samuel P. *O choque de civilizações: e a recomposição da Ordem Mundial*. São Paulo: Objetiva, 2014.

LEAL, Rogério Gesta; ZENI, Bruna Schindwein. Os impactos da globalização nas instituições e tradições societárias seculares: o (re) construir da cidadania a partir do espaço local. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 5, n. , p. 87-98, jul./dez. 2010.

LESTER M. Salamon, S. Wojciech Sokolowski, Megan A. Haddock, and Helen S. Tice, The State of Global Civil Society and Volunteering: Latest findings from the implementation of the UN Nonprofit Handbook. *Working Paper No. 49*. (Baltimore: Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, 2012).

LIMA, Cleide Ferreira; PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstron S. A necessidade de participação do Terceiro Setor para a efetivação das instituições conveniadas à Secretária de Educação do Distrito Federal. *Terceiro Setor e Tributação*, v. 9. São Paulo: Elevação, 2016.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn. Modelos contemporâneos de democracia e o papel das associações. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 20, n. 43, p. 59-80, out. 2012.

_____. Abordagens Teóricas sobre o Associativismo e seus efeitos democráticos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 29, n. 85, 2014.

LUCHMANN, Lígia Helena Hahn; SCHAEFER, Márcia Inês; NICOLETTI, André Selayaran. Associativismo e repertórios de ação político-institucional. *Opinião Pública*, Campinas, v. 23, n. 2, maio/agos., 2017.

LUNARDI, Luthianne Perin Ferreira; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. As bases para pensar uma cidadania cosmopolita. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 199-210, jan./jun. 2012.

OLIVEIRA NETO, Vicente Elísio de. Aspectos constitucionais da relação Estado/Terceiro Setor e a garantia do direito das pessoas com

deficiência à educação. *Revista Informação Legislativa*. Brasília, n 211, jul./set., 2016.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social: aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAES, José Eduardo Sabo; SANTOS, Júlio Edstron Secundino Santos; SANTANA, Hadassah. O Terceiro Setor e a Democracia na Atualidade. In: PAES, José Eduardo Sabo (Org.). *Terceiro Setor e tributação*. 8. ed. São Paulo: Elevação, 2016. p. 29-54. Coordenadora adjunta: Juliana Aparecida Magalhães.

PAES, José Eduardo; VALLE, Maurício DalriTimm do; SANTOS, Júlio Edstron Secundino Santos. O Posicionamento Estratégico do Terceiro Setor na Atualidade: Custeio Estatal, particular e o seu papel na democracia brasileira. *REPATS – Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 4, n. 2, jul./dez., p. 160-185, 2017.

SALGADO, Valéria Alpino Bigonha. *Manual de Administração Pública Democrática: conceitos e formas de organização*. Campinas: Saberes, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza Santos. *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa: Que est-ce que leTiersÉtat?* 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SILVA, Enio Waldir; SALDANHA, Maisa Machado. Democracia, Evolução, Crise e Novas Perspectivas. *Revista Científica Direitos Culturais – RDC*, v. 10, n. 21, 2015.

SOARES, Igor Alves Noberto. Brevíssimas considerações sobre a formação do estado democrático de direito. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 10 jun. 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43814&seo=1>>. Acesso em: 19 jul. 2018.

SOUSA SANTOS, Boaventura. *A reinvenção solidária e participativa do Estado*. Texto apresentado no Seminário Internacional “Sociedade e a Reforma do Estado”. São Paulo, 1998. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/seges/publicacoes/reforma/s...>. Acesso em: 18 jul. 2018.

TORINHO, Rita. *Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas*. 2011. Disponível em <<http://fliphtml5.com/fdns/divy/basic>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

ROOSEVELT, Eleanor. *O futuro pertence àqueles que acreditam na beleza de seus sonhos*. Disponível em: <https://www.ibccoaching.com.br/portal/lideranca-e-motivacao/acredite-nos-seus-sonhos/>. Acesso em: 20 out. 2018

SZAZI, Eduardo, PAES, José Eduardo Sabo. *Terceiro setor: melhores práticas regularórias internacionais*. Brasília: Projeto, 2011.

itução do experimentalismo democrático. *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 57-72, maio/ago. 2011.

_____. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo, 1991.

Organização dos Estados Americanos. *Carta das Organizações dos Estados Americanos*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm. Acesso em: 20 out. 2018.

VAZ, H. C. Lima. *Ética e direito*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. *Cadernos EBAP. BR*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jul./set. 2016.

VOLPE, Francisco Paulo. *Princípio democrático e GiustiziaNell'amministrazione*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Recebido em: 16 de outubro de 2018.

Aceito em: 28 de novembro de 2018.

A QUESTÃO DO BEM: DO BOM AO JUSTO

THE QUESTION OF GOOD: TO GOOD TO FAIR

Edson Vieira Silva Filho¹ 

Débora Laís Santos Costa^{II} 

¹ Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: evsilvaf@globo.com

^{II} Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM), Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, MG, Brasil. Mestre em Direito. E-mail: deboralais.costa@gmail.com

Resumo: Utilizando o bem jurídico penal, fez-se uma investigação quanto ao bem observando sua forma clássica, por meio de filósofos como Platão e Aristóteles, e sua contemporânea. Analisou-se, também, o bem comum, até chegar ao ponto fulcral do trabalho, bem jurídico penal, para que seja possível entender este instituto, uma vez que seus valores modificaram durante o tempo até chegar na contemporaneidade. Assim, o objetivo está centrado no bem jurídico utilizando como norte suas – possíveis – crises em meio a uma sociedade que sempre está se transformando. Percebe-se que o bem jurídico penal salienta apenas uma comunidade, aqueles que estão à margem da sociedade padrão pós-moderna, fazendo com que o direito penal tenha uma clientela preferencial, e, por esse motivo, para solucionar tal discriminação é necessário que imponha a Constituição com seus princípios e direitos fundamentais. Para a análise do trabalho será feita uma investigação bibliográfica utilizando como norte filósofos clássicos e autores que tratam do bem jurídico penal.

Palavras-chave: Criminologia. Questão do bem. Bem Jurídico Penal.

Abstract: Using the penal legal asset, an investigation was made as to good observing its classical form, through philosophers like Plato and Aristotle, and its contemporary. It was also analyzed the common good, until reaching the crux of the work, penal legal asset, so that it is possible to understand this institute, since its values changed during the time until arriving at the contemporaneity. Thus, the objective is centered on the penal legal asset using as its – possible – crises in the middle of a society that is always transforming. It is perceived that the criminal legal right emphasizes only one community, those that are on the margins of the postmodern standard society, making that criminal law has a preferred clientele, and, for that reason, to solve such discrimination is necessary imposes the Constitution with its fundamental principles and fundamental rights. For the analyses of the work will be done a bibliographic investigation using as a north classic philosophers and authors that write about the penal legal asset.

Keywords: Criminology. Matters of Good. Penal Legal Asset.

Sumário: Introdução. 1. A ideia de bem. 2. O bem comum e suas aproximações com o bem jurídico. 3. O problema do bem jurídico penal. Conclusão. Referências.

Introdução

No princípio era o Verbo. Não é por acaso que a palavra foi o princípio e também não é simples coincidência o fato de que o Verbo deu origem ao ser-que-é. Assim, todas as coisas estão no mundo em (de)pendência do nome que se lhes deu, que se lhes dá e que se lhes dará. O bem e o mal representam, pois, sentidos diversos e antagônicos do próprio Verbo.

Quando se pretende pensar a chamada crise do direito penal ou se ele de fato está em crise, é preciso tomar em consideração o problema que identifica a crise ou, ainda, demonstrar se tal problema é realmente o ponto nevrálgico da situação crítica. Ao que parece, é a ideia de bem jurídico que norteia o próprio sentido do direito penal, da sua necessidade e dos seus limites.

Mas, em linhas introdutórias, já se pode dizer que se crise há e se o estopim é a concepção de bem jurídico neste momento histórico, tal crise não é um fato inédito, já que o conceito de bem jurídico, atrelado por óbvio, ao conceito de bem (a antítese do mal) esteve presente em todas as sociedades históricas, na antiguidade, no medievo e na modernidade.

Esta se mostra a hipótese que se põe a discutir. Antes, contudo, é de bom tom analisar o sentido do que se atribui a *vexata quaestio*: o problema do bem.

Uma investigação quanto a definição de bem relaciona o com a ideia de valor e por ser um valor entende-se que este está em constante modificação, isto pois, ele está associado as sociedades. Percebe-se que as sociedades, principalmente as pós-modernas estão em constantes transformações e por isso seus valores também se alteram.

Com isso em mente, deve-se observar conceitos clássicos de bem, como os usados em Platão e em seu discípulo Aristóteles, para que a pesquisa seja mais profunda e traga elementos basilares.

Entretanto, o objetivo do trabalho é uma análise quanto o bem jurídico penal, e por esse motivo analisa-se especificamente tal bem jurídico e com ele é visto também suas crises, ou possíveis crises, uma vez que o papel da sociedade modificou, concebendo um novo tipo de comunidade.

Durante os estudos será observado que o papel do homem nas relações feudais diferenciava-se e muito do papel dele após o surgimento

do capitalismo e com isso as definições de valores mudaram. Foi-se necessário, então, modificar os conceitos de bens jurídicos.

O homem, possível autor de uma infração penal está, no direito contemporâneo, em um cenário diferente daquele que infringia as leis do senhor feudal, isto pois, com o início do capitalismo e do Estado Liberal, seguindo a evolução histórica, trouxe um homem com anseios criados pelo Estado e que deviam ser suprimidos.

Com a contextualização histórica que será feita a seguir, pode-se perceber que os personagens da elite se modificam, entretanto, eles sempre existem, e faz com que haja os marginais a sua cultura, ou seja, aqueles que não podem ser inseridos na comunidade elitista e por isso são associados como comunidades de segunda classe.

Esses marginais, aqueles que estão à margem da comunidade elitista, são discriminados por suas características, fazendo com que o Direito Penal passe a ter uma clientela preferencial.

A solução para este impasse seria a utilização dos princípios da Constituição como norte para a solução dos casos, uma vez que princípios como o devido processo legal, igualdade, não discriminação, entre outros, abaxaria o número de prisões ilegítimas e com isso reduziria a movimentação da máquina do judiciário.

1 A ideia de bem

Para iniciar a investigação acerca do bem jurídico é necessário que haja uma definição de bem, primeiramente, analisando de forma geral, passando para a específica, e, para cumprir a tarefa é interessante trazer para o estudo filósofos clássicos como Platão e seu discípulo Aristóteles, além de pensadores contemporâneos, isso para fundamentar os estudos que serão apresentados a seguir.

Assim, para fazer a análise do bem em sua forma geral, deve-se primeiramente trazer o conceito técnico da palavra, o qual é adjetivo que caracteriza as ações do ser humano dando-lhe um caráter de viés moral.

Existem outros significados com nuances diferentes, entretanto, de forma genérica, percebe-se que o centro de bem está no ato de desenvolver positivamente ações que visam o indivíduo e/ou a comunidade.

A ideia de bem se apresenta, dessa forma, como um ato benéfico a comunidade, e este é o norte que será utilizado para as considerações no decorrer do estudo, isto pois, o Direito Penal deve-se atentar a comunidade como um todo¹.

Continuando com a conceituação de bem, quando observa a definição de bem comum, elaborada por Norberto Bobbio, estabelece-se que existe uma relação entre este bem e a vontade geral da comunidade, ou seja, uma definição subjetiva que elabora sobre as vontades coletivas da sociedade. Entretanto, aqui, encontra-se a possibilidade de integração da sociedade para atingir um fim comum.

Finalmente, este conceito manifesta uma exigência que é própria de toda sociedade organizada, claramente evidenciada pela ciência política: sem um mínimo de cultura homogênea e comum, sem um mínimo de consenso acerca dos valores últimos da comunidade e das regras de coexistência, a sociedade corre o risco de se desintegrar e de encontrar sua integração unicamente mediante o uso da força. O Bem comum representa, pois, a tentativa maior para realizar uma integração social baseada no consenso, embora este conceito, elaborado por sociedades agrícolas e sacralizadas, não consiga se adaptar satisfatoriamente às sociedades industrializadas e dessacralizadas.²

Pode-se dizer que bem é a forma abstrata de bom, a sua face concreta. É, portanto, bem o que está de acordo com aquilo que dever-ser³, ou seja, a identidade entre ser e dever-ser. Desaparece, com a apreensão do sentido do bem, a distância (no plano do real imaginário) entre o que é e que o que deve-ser. Bem é a perfeição do ser: é válido sempre o tradicional exemplo segundo o qual uma árvore sem frutos é boa, se, em determinado tempo, ela não os deve ter.

O bem se apresenta como uma estrutura ideal e harmônica entre o ser-de-fato e o seu ser-ideal. E isso remonta já a Platão e Aristóteles, quando descrevem o bem sempre por referência a uma tendência: *bonum est quod omnia appetunt*. Essa tendência está em todos os seres, de modo que o bem consiste na atualização das virtualidades inscritas na

- 1 “O fato é que o bem jurídico enquanto norte de um direito penal funciona como sendo limitador de arbitrariedades. A concepção formal da norma como pedra angular do sistema penal (como a de Binding) faz crer que o crime seja a infração à norma, não do direito penal, mas do direito público. Assim a norma penal seria tão somente uma ordem, não motivada, e não o resultado da tutela de um bem jurídico, o que cria um sistema parcial e arbitrário”. LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003, p. 97.
- 2 BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998, p. 107.
- 3 É necessário observar que a expressão dever-ser, no trabalho, não tem o sentido de imperativo moral, e sim de exigência ideal.

natureza dos mesmos seres⁴. Sendo esta uma questão de ato e potência de Aristóteles, que discorre sobre a imobilidade e o movimento das coisas, isto pois, o filósofo observou Heráclito de Éfeso e Parmênides para construir seu pensamento que a existência de algo é relacionada ao ato, enquanto que a potência é apenas a capacidade de existir⁵. O bem, assim, aparece como aquilo que é perfeito⁶.

A ideia do ser contém a ideia do bem, portanto são coincidentes, não como qualidade, atributo ou propriedade do outro, mas como uma unicidade de essência e sentido, pois, isso leva à conclusão de que todo sujeito é bom, uma vez que o ser é bom, isto pois o bem consiste, como já se disse na coincidência daquilo que é como o que deve-ser⁷.

Adentrando nos filósofos deve-se perceber que Platão, discípulo de Sócrates, e pensador da segunda virada filosófica⁸, onde as questões do mundo devem ser procuradas dentro de si⁹ e com isso em mente observa-se que para este filósofo o bem está relacionado com a sabedoria.

-
- 4 Em ética a Nicômaco temos que o conceito de bem confunde-se com o de boa vida, que é alcançada pelo bem agir, que resulta na felicidade (eudaimônia). A virtude, habito que se aprimora através do exercício de bem agir, acaba se confundindo com uma segunda natureza. A felicidade, fim do homem, é encontrada no agir virtuoso, e tem sua realização na contemplação das verdades maiores (ciência e filosofia) alcançáveis independentemente de bens materiais.
- 5 “O ato é o existir de algo, não porém no sentido em que dizemos ser em potência: e dizemos em potência, por exemplo, um Hermes na madeira, a semi-reta na reta, porque eles poderiam ser extraídos, e dizemos pensador também aquele que não está especulando, se tem capacidade de especular; mas dizemos em ato o outro modo de ser da coisa. O que queremos dizer fica claro por indução a partir dos casos particulares, pois não é necessário buscar definição de tudo, mas é preciso contentar-se com compreender intuitivamente certas coisas mediante a analogia. E o ato está para a potência como, por exemplo, quem constrói está para quem pode construir, quem está desperto para quem está dormindo, quem vê para quem está de olhos fechados mas tem a visão, e o que é extraído da matéria para a matéria e o que é elaborado para o que não é elaborado. Ao primeiro membro dessas diferentes relações atribui-se a qualificação de ato e ao segundo a de potência”. ARISTÓTELES, *Metafísica*. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2015. v. II, p. 410 – 411.
- 6 Se, como já em Aristóteles e na escolástica, o bem se refere a uma tendência ou apetite exterior, então o bem descreve-se como o que é perfectivo. Mas o Bem enquanto capaz de saciar a tendência só é perfectivo porque é de certo modo, perfeito. O bem como perfectivo pressupõe o bem como perfeito.
- 7 A escolástica demonstra essa coincidência do bem com o ser e do ser com o bem, com o aforismo *ens et bonum convertuntur*.
- 8 Deve-se lembrar que Sócrates inaugurou esta virada.
- 9 “Conhece a ti mesmo”, expressão utilizada por Sócrates em sua vida e presente em vários livros de Platão, quando este fala sobre o seu mestre. Assim, tal expressão pode ser vista nos *diálogos socráticos*.

O prazer, não a percepção, é o tópico em análise no Filebo, mas bastante é dito acerca da percepção ao longo da discussão [...]. Prazeres e dores têm conteúdo cognitivo; a percepção é a fonte deste conteúdo. Sócrates descreve um tipo de prazer que pertence a alma. Este tipo de prazer depende da memória, que, por sua vez, é definida em termos de percepção. A percepção é o movimento que ocorre quando a alma e o corpo são afetados conjuntamente (34a3-5). A memória é a preservação da percepção. Em ocasiões particulares, a memória e a percepção inscrevem palavras (logous) em nossa alma (39a1-7). Ademais, as experiências perceptivas também frequentemente dão origem a quadros que correspondem às inscrições verbais. Sócrates explica como isso ocorre: “uma pessoa faz seus juízos e asserções diretamente da vista ou de um outro sentido e então vê nele as imagens desses juízos e asserções” (39b9-c2; trad. Frede). As inscrições e os quadros associados são verdadeiros se dão uma exposição correta; falsas, se não. Esta é uma exposição complexa e provocativa da vida cognitiva humana. Ela entrevê a transformação da informação perceptiva em uma forma verbal, assim como a retenção de características sensíveis. As últimas espelham as características da percepção original.¹⁰

Em Aristóteles, nota-se que, mesmo ele sendo um filósofo que vive na mesma época que Platão e por esse motivo, deveria participar dos mesmos movimentos que seu mestre, volta a cosmologia¹¹, ou seja, procura a explicação do universo na natureza como os pré-socráticos. Assim, para Aristóteles todas as coisas tendem ao bem e elas têm um local natural, e o local do homem é na polis, tendendo então, para a política, isto é, para o filósofo o bem é o exercício da atividade política para o homem que vive em comunidade.

Essa é a posição da filosofia clássica. Porém, a filosofia contemporânea tenta separar a esfera ontológica da axiológica, vale dizer, a do ser e a dos valores. Desse modo, os seres são, mas não valem; os valores valem, mas não são. Isso, evidentemente, relativiza os valores, deslocando-os para um plano idealista, que só se vai poder explicar ontologicamente, o que leva a um paradoxo. O problema é que essa esfera ideal não possui consistência fora do sujeito que a pensa e projeta.

10 BENSON, Hugh H. *Platão*. Tradução de Marco Antonio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 141.

11 “Cosmologia: a palavra cosmologia é composta de duas outras: cosmos (kósmos), que significa ‘a ordem e organização do mundo’ ou ‘o mundo ordenado e organizado’, e logia, que vem da palavra logos, que significa ‘pensamento racional’, ‘discurso racional’, ‘conhecimento’”. CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 41.

É que o sentido clássico de valor reside na ideia de *bonum*, que desde Platão e Aristóteles, surge como a expressão perfeita para que tendem os seres que não realizam perfeitamente a sua essência. Platão localizou no termo de sua dialética ascensional a ideia de bem, que era como o sol de cuja luz todos os demais seres participam¹², de certa forma, o bem está para além do ser, uma vez que é a fonte de todos os seres. Aristóteles e a escolástica (em especial, a agostiniana) prolongam a especulação platônica, corrigindo o realismo das ideias. Em Espinoza, o racionalismo reduziu o bem e o valor à inteligência: *amor Dei intellectualis*¹³.

A contemporaneidade, com Lotze, Rickert, Windelband, Max Scheler e Johannes Hessen, apenas para citar alguns, separou o ser do valor, identificando a noção de bem com a de ser, de maneira tal que o *bonum* já não tem o poder de revelar o ser na sua plenitude. A noção clássica de *bonum*, portanto, pode ser repensada a partir da filosofia dos valores, porém, no campo do direito, isso se torna mais complexo, pois pode abrir um perigoso espaço para a livre atuação jurisdicional em torno do que é um bem e do que não é¹⁴.

O trabalho tem o objetivo de centralizar-se no bem jurídico¹⁵, e desse modo, encontra-se necessária a definição de tal instituto, assim, percebe-se que este bem específico foca-se em algo que se mostrar como relevante durante uma certa época na história, ou seja, transformações sociais modificam valores, que por sua vez, alteram o que é entendido como bem jurídico¹⁶.

A CONSTITUIÇÃO COMO HORIZONTE AUTENTICO:
na verdade, ao referirmos a característica da *essencialidade* para a vida do homem em comunidade (para a sua realização enquanto ser individual-social), de que um valor se deve revestir, para poder ser considerado bem jurídico, salientamos sempre o facto da vida humana estar espaço-temporalmente

12 Trecho parafraseado do livro *A República*, de Platão.

13 Significado: *amor* racional por Deus.

14 LOTZ, J.B. *Ontologia*. Barcelona: Herder, 1926; HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1953; FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

15 “Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da colectividade. E a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a protecção jurídica converte o interesse em bem jurídico” LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003, p. 94.

16 Para Liszt o que cria o bem jurídico é a vida e a ordem jurídica reconhece, elevando-o a bem jurídico.

situada e, assim, afirmámos a historicidade desses valores. Deste modo, não se podendo encontrar um conceito natural de crime, válido para todos os tempos e lugares, a determinação dos bens jurídicos-penais terá de ser determinada pelo contexto histórico-social de cada comunidade. Terá sempre de se atender às reais condições da sociedade em causa, seu ambiente valorativo, à sua concepção de estado (...).¹⁷

Dentro do Código Civil de 1916, percebe-se que, uma vez sendo um código que beneficiava a propriedade, o bem jurídico entendido como importante para a sociedade da época eram as relações patrimoniais¹⁸.

Houve, então, uma significativa mudança na sociedade fazendo com que a promulgação de outro Código Civil fosse necessária, assim, em 2002, pós-Constituição de 1988, foi-se criado o novo Código Civil. Percebe-se que o bem jurídico passa da propriedade para o indivíduo, isto pois, segue o norte da Constituição de 1988.

A esteira do texto constitucional, que impõe inúmeros deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendo em mira a realização da personalidade e a tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.¹⁹

O bem jurídico penal, tal como toda a legislação, passou por uma transformação com a Constituição de 1988, isto pois, ela resguarda direitos e garantias de um Estado Democrático e Social de Direito, ou seja, ela tem como objetivo o ser humano.

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º, III), a CF de 1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da

17 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 111-112.

18 “De fato, cuidava-se da garantia legal mais elevada quanto à disciplina das relações patrimoniais, resguardando-as contra a ingerência do Poder Público ou de particulares que dificultassem a circulação de riquezas. O direito público, por sua vez, não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas. O Código almejava a completude, que justamente o deveria distinguir, no sentido de ser destinado a regular, através de situações-tipo, todas os possíveis centros de interesse jurídico de que o sujeito privado viesse a ser titular”. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2-3.

19 Idem, p. 10.

justificação do próprio Estado e do exercício do poder estatal, reconheceu categoricamente que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário. Da mesma forma, não foi por acidente que a dignidade não constou do rol dos direitos e garantias fundamentais, tendo sido consagrada em primeira linha como princípio (e valor) fundamental, que, como tal, deve servir de norte ao intérprete, ao qual incumbe a missão de assegurar-lhe a necessária força normativa.²⁰

Após a segunda guerra mundial, as Constituições centralizaram seus direitos em indivíduos, deixando o patrimônio e a propriedade em segundo plano, e como reflexo disso, todos os códigos infraconstitucionais modificaram-se para se relacionar com a Constituição Cidadã.

Trazendo a análise do bem jurídico a ceara penal observa-se que em um primeiro momento ele estava vinculado a atos que iriam contra as divindades, se relacionando com o entendimento católico de pecado²¹.

Ao se entrar no iluminismo percebe-se que o centro do direito e do racionalismo²² da época como um todo está baseado nas ideias e por esse motivo observa-se uma mudança do bem jurídico daquilo que iria contra as divindades a lesão de direitos subjetivos.

O conceito de *bem jurídico* somente aparece na história dogmática em princípios do século XIX. Diante da concepção dos iluministas, que definiam o fato punível como *lesão de direitos subjetivos*, Feuerbach sentiu a necessidade de demonstrar que em todo preceito penal existe um *direito subjetivo*, do particular ou do Estado, como objeto de proteção. Binding, por sua vez, apresentou a primeira depuração do conceito de bem jurídico, concebendo-o como *estado valorado* pelo legislador. Von Liszt, concluindo o trabalho iniciado por Binding, transportou o centro de gravidade do conceito de bem jurídico do Direito subjetivo para o “interesse juridicamente protegido”, com uma diferença: enquanto Binding ocupou-se, superficialmente, do bem jurídico, Von Liszt viu nele um conceito central da estrutura do delito. Como afirmou Mezger, “existem numerosos delitos nos quais

20 CANOTILHO, J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

21 PRADO, Luiz Regis. *Bem-jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

22 “A razão se desdobra como disciplina do pensar e do saber: antes de tomar forma como autoconsciência, o espírito tende a organizar-se como ciência. A ciência tende a expandir-se em seus resultados, confirmando com isso a sua validade; vale dizer, a dos métodos que utiliza. A ciência se desenvolve como um modo de conhecimento e se aplica como extensão, sobre os campos em que se divide a realidade”. SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 78.

não é possível demonstrar a lesão de um direito subjetivo e, no entanto, se lesiona ou se põe em perigo um bem jurídico”.²³

Atualmente, observa-se o bem jurídico penal, de acordo com Schünemann²⁴, relacionado com o contrato social, ou seja, os cidadãos devem conviver em harmonia²⁵ e para isso o Estado tem a legitimidade de impor.²⁶

2 O bem comum e suas aproximações com o bem jurídico

Diz-se do bem comum que é o bem próprio de toda a sociedade, que é, em verdade, um fim visado por todos, podendo-se, desde logo, afirmar que a noção de bem comum é analógica, como o é a de sociedade. A ideia de bem comum está umbilicalmente ligada à perspectiva política e social de uma comunidade, tem origem teológica, como aliás, todos os conceitos, mas passou por um processo de secularização²⁷, mormente a partir do século XVII.

Algumas considerações em torno do tema são importantes, uma vez que é possível dizer que a ideia de bem jurídico se aproxima de bem

23 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. I, p. 43.

24 “[...] professor Bernd Schünemann, um dos grandes nomes do Direito Penal alemão. Com vasta produção científica, é autor e coordenador de diversas obras científicas, entre livros e artigos, traduzidos para os mais variados idiomas. Bernd Schünemann é professor catedrático de direito penal, direito processual penal, filosofia do direito e sociologia jurídica na tradicional Ludwig-Maximilians Universität (Munique, Alemanha)”. MARTINELLI, João Paulo O.; GRECO, Luís. Entrevista. *Revista Liberdades*. São Paulo, n. 04, maio/ago. 2010. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_entrevista.pdf. Acesso em: 29 maio 2017.

25 “[...] em um Estado democrático de Direito, que é o modelo de Estado que tenho como base, as normas penais somente podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica garantindo ao mesmo tempo o respeito de todos os direitos humanos. Assim, e na medida em que isso não possa ser alcançado de forma mais grata, o Estado deve garantir penalmente não só as condições individuais necessárias para tal coexistência (...), mas também das instituições estatais que sejam imprescindíveis a tal fim [...]”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. I, p. 45-46.

26 SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

27 “O processo de secularização corresponde a uma gradual transformação ocorrida em determinadas sociedades, transitando de um padrão predominantemente religioso para formas preferentemente ‘leigas’ (ou racionais) de vida. Tal processo ocorreu exemplarmente na Grécia, nos séculos V A. C. e no Ocidente do século XVIII, com antecipações que radicam no Humanismo Renascentista”. SALDANHA, Nelson. *Da Teologia à metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 57.

comum, e, de certa forma é também analógica, como o próprio conceito de Direito. Para tanto, veja-se que a ideia de bem comum é dinâmica, pois tal é vivido no presente, ao mesmo tempo em que se estrutura no passado e se projeta no futuro. Pode-se dizer que tem um sentido de historicidade, como condicionado e condicionante da história²⁸.

Importante para este estudo é demonstrar que existe um *nexus veritatem* entre o bem comum e a sociedade, constituindo uma espécie de sistema, tal qual o nexos de verdade entre o bem jurídico e o direito penal formando outra espécie de sistema. Daí que se pode inferir uma tríade: bem comum/jurídico – sociedade – direito penal²⁹, na qual convergem todas as grandes questões da convivência humana e também todos os problemas que rodeiam não apenas a sua efetiva promoção, mas até mesmo a sua exata compreensão. Na verdade, essas dificuldades derivam mesmo da natureza muitíssimo peculiar da sociedade, o que é de difícil captação e compreensão para o espírito humano.

Des'arte nega-se também á sociedade a força de crear direito. Pela *hermeneutica* ella póde explicar o conteudo das disposições legaes; pelo *desenvolvimento das idéas* póde descobrir theses já existentes, mas não expressa nem imediatamente anunciadas. Mas não pode nunca por autoridade própria crear ou abrir mão de preceitos juridicos. Somente á lei inhere a força productora do direito.³⁰

E, pois, é de se ver que bem comum não é particular, como bem jurídico penal não é bem privado. E as dificuldades mencionadas se manifestam em especial nessas questões controversas entre o público e o privado, ainda que ligados entre si, uma vez que o bem comum visa e resulta do bem dos membros de uma sociedade, podem apresentar-se de forma desproporcional e mesmo antagonica. É o caso, por exemplo, de se saber qual bem deve ser sacrificado ou qual deve ter o primado.

No tocante ao bem comum, os autores divergem, ao menos quanto à sua formulação, privilegiando, alguns, o aspecto pessoal-individual do bem comum e outros, o aspecto comunitário. Não se pode privilegiar a universalidade do primado do bem comum, a que este, com efeito, só tem lugar quando os bens em conflito pertencem a mesma ordem, estando no mesmo plano. Fora isso, privilegiar-se-á o bem axiologicamente superior, o qual, em muitos casos, será o bem da

28 Por todos, Neves, Castanheira.

29 “O bem jurídico e a norma são, pois, ideias fundamentais do direito”. LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003, p. 97.

30 Idem, p. 13.

pessoa individual, uma vez que esta, por não ser apenas parte do todo social, não lhe está incondicionalmente subordinada. Assim, nenhuma exigência do bem comum justificará que alguém proceda contra a própria consciência; nem seria verdadeiramente bem comum aquilo que degradasse a vida em sociedade³¹.

Desta forma, enquanto de um lado aproximam-se, bem comum e bem jurídico penal, de outro distanciam-se. Nenhum bem jurídico que tutele a degradação da vida em sociedade pode estar em uma Constituição de um Estado Democrático de Direito (aqui, eles se aproximam); um bem jurídico, no entanto pode valer (ou, o que é o mesmo, estar inserido na Constituição) ainda que force alguém a agir contra a própria consciência, isto também porque direito e moral não se confundem³² – ao contrário da ideia de bem comum que é moral por natureza – e porque a consciência é individual, não importando ao direito se tal e qual mandamento raspam os cânones religiosos, morais, enfim, todos aqueles que constituem o homem-pessoa, enquanto subjetividade.

Por exemplo, o bem jurídico, vida, está plenamente tutelado pelo direito nacional contemporâneo. Se alguém, por ditame de consciência, de religião, moral ou qualquer outra razão, achar que é imperioso antecipar a morte (eutanásia), nem por isso, poderá fazê-lo, porque estaria violando um bem jurídico tutelado pelo direito: a vida humana. A comisseração, o sentimento pessoal, assistir a agonia de um ente querido constitui vicissitudes da vida. O homem não pode ultrapassar os limites do direito, que é interdição por natureza. Enfim, a moral não é suficiente e de certa forma tudo pode permitir³³.

31 Roxin vai contra a criminalização resultante de moral, bem comum, a ordem ética, a dignidade humana e sentimentos populares, o que não vale, não por não possuir um caráter apreensível pelos sentidos e não serem estados realizados em um mundo exterior susceptíveis de serem lesionados por um comportamento externo. A moral e os sentimentos populares não devem ser sancionados, não por não serem apreensíveis, mas por não ter caráter essencial e não condizerem com os princípios que norteiam a tolerância. Como esclarece Maria da Conceição da Cunha em *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*.

32 O direito difere da moral pela natureza de sua sanção e é a forma de garantia das condições de vida em sociedade garantida pelas sanções, como esclarece Miguel Reale em *Teoria do Direito e do Estado*.

33 (Ch. De Konink, De la primauté du Bien Commun contre les personalistes, Quebec, 1943; G. Fessard, Autorité et Bien Commun, Paris, 1944; L. Eulogio Palacios, La primacia absoluta del Bien Común, in Arbor, 16, 1950, PP. 343-375; J. Todoli, El Bien Común, Madrid, 1951; J. Maritain, Pessoa e Bem Comum, Lisboa, 1962; P. Valadier, Agir em politique, Paris,

Desse modo, observa-se que o bem encontra suas raízes em preferências fundamentais, como: vida, saúde e autonomia. Bobbio, Veca e Pontara desenvolvem o tema quando afirma que as três preferências fundamentais correspondem “[...] perfectamente a los tres tradicionales derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la propia autonomía”, são elas:

1- la preferencia a estar en vida antes que la de n estar em vida (exeptuando determinadas situaciones em que la murte es claramente inevitable, y por ello preferir no morir no es razonable); 2- la preferencia a no ser sometido, más que a ser smetido a graves sufrimentos gratuitos, o sea, encontrarse más bienque no encontrarse em um estado de satrsifacción de aquellas que son generalmente reconocidas como nuestras necesidades basicas (incluida a necesidad de uma cierta necesidad de movimineto); 3- la preferencia de poder establecer las propias particulares preferencias de modo autónomo y buscar su satisfacción sin verse sometido a amenazas de frustracion de estas preferencias fundamentales, o sea, sin amenazar la propia vida, la propia salud y la propia autonomia.³⁴

Observa-se, assim, que a concepção de bem recebe contornos especiais quando se trata de um modelo constitucional aberto e compromissório, entretanto, não se delimita a isso, passando, assim, frente a uma proposta de Estado em que as promessas da modernidade devem ser efetivadas para a consecução do fim do Estado de Direito Social e democrático.

Independente dos novos contornos, a grande contradição que, ainda, deve ser superada, está no fato do regime de produção que funciona como matriz deste Estado, sendo o capitalismo, onde tem uma lógica essencialmente excludente, de acumulo de riquezas e assujeitador, a qual propicia ao sistema a reprodução do domínio inclusive como mecanismo de retroalimentação.

Em vistas de tal sistema capitalista excludente, encontra-se a marginalização de setores predispostos à dominação pela lógica da produção³⁵, que comprometem a legitimidade do sistema. Utilizando, novamente, os autores Pontara, Veca e Bobbio, quando estes discorrem sobre a justiça em Ralws, tem-se que:

1980, pp. 121-134, LOGOS, pp/ 655-662).

34 BOBBIO, Norberto; VECA, Salvatore; PONTARA, Giuliano. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1986, p. 87.

35 Denunciados pela criminologia crítica – citamos Cirino por todos.

Afirma empiezo a plantear mis dudas acerca de la compatibilidad de um estado capitalista com la concepción especial de la justicia, examinando el primero de los principios en que se articula esta concepción, o sea, el principio de libertad.³⁶

Se a proteção de bens é um dos fins do Estado Moderno cabe ao direito penal uma forma de proteção mais contundente de determinados bens, mais preciosos e ao lado dos quais devem-se montar guarda firme³⁷. Assim, o direito penal ao encontrar fundamentos de sua existência na proteção de bens – não se tratando daqueles de qualquer natureza³⁸ –, devem-se ser definidos os contornos do bem jurídico penal.

Assim, posta em linhas gerais a questão do problema do conceito de bem jurídico e demonstrado o fato de que a crise do direito penal está vinculada – se não só – também às controvérsias em torno da delimitação do conceito de bem jurídico penal, necessário considerar como se instaurou a dita crise, pelo menos, aquela que veio a afetar o direito penal da contemporaneidade.

O apego dos juristas ao conceitualismo e o desenvolvimento de uma tensão entre o direito penal e a filosofia no século XIX é o nascedouro da problemática, cujos contornos vão se alterando por todo o século passado e no início deste. A criação de categorias jurídicas próprias e a ilusão paradisíaca dos juristas com o mundo dos conceitos foi um *start* para um ir-e-vir na construção da ideia de bem jurídico.

Ao se analisar o conceito de bem jurídico – sendo, este, penal ou não – observa-se que se trata de algo valioso, o qual é efetivamente reconhecido na ordem jurídica como bem digno de tutela especial. É necessário notar, entretanto, que tais valores têm relação íntima com a matriz do Estado, e por serem construções históricas e contextualizadas,

36 BOBBIO, Norberto; VECA, Salvatore; PONTARA, Giuliano. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Editorial Ariel S/A, 1986, p. 53.

37 “SOBRE A NECESSIDADE DA TUTELA PENAL: esta necessidade ou carência de tutela pode decompor-se no princípio da subsidiariedade [...] ser a tutela penal meio adequado, idóneo, eficaz para a proteção do bem em causa, e, ainda, numa mera comparação entre vantagens e desvantagens da intervenção penal, de tal modo que se possa afirmar que a criminalização não cria mais custos que benefícios”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995, p. 220.

38 “[...] basta refletir que a norma penal não tem por objeto simples negócios jurídicos, não apenas regular relações, impor entre vontades e interesses em competição o conveniente equilíbrio, mas combater um fenômeno complexo como o crime, que se lhe apresenta com todo seu conteúdo humano e social”. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Tomo I, p. 29.

assim, com as transformações sociais elas se alteram de acordo com o tempo e o lugar, onde encontram a sua razão de ser³⁹.

Sendo a experiência jurídica uma das modalidades da experiência histórico-cultural, compreende-se que a implicação polar fato-valor se resolve, a meu ver, num processo normativo de natureza integrante, cada norma ou cada conjunto de normas representando, em dado momento histórico e em função de dadas circunstâncias, a compreensão operacional compatível com a incidência de certos valores sobre os fatos múltiplos que condicionam a formação dos modelos jurídicos e a sua aplicação.⁴⁰

Ressalta-se que o bem jurídico tem o seu conceito atrelado ao objeto específico do crime. Entretanto, isto limita sua definição colocando na esfera normativa ou positivada, sem a preocupação com a amplitude constitucional, que efetivamente permite sua contextualização como valor social, passível de ser tratado de forma adequada ao desenvolvimento da sociedade⁴¹.

Assim, o valor observado é considerado além de sua perspectiva histórica, em um Estado com o qual possui uma relação de intimidade constitutiva, ultrapassando a expectativa individualmente considerada e validada adquirindo a validação definitiva, enquanto valor jurídico expresso e conseqüentemente defendido pelo Estado, que promove a ordem positivada⁴². Desse modo, observa-se no horizonte do valor do bem jurídico encontra a realidade político social, como matriz do sistema jurídico, os antecedentes penais e elementos de mudanças futuras⁴³.

39 BETIOL, Giuseppe. *Direito penal*: parte geral. 6. ed. Tradução de Paulo José da Costa Junior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. I, p. 196.

40 REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 74.

41 Utiliza-se assim, como exemplo, a necessária mobilidade das constantes pretensões de sancionar condutas de ordem moral e a impossibilidade de revisão da tutela de liberdade, salvo de forma ampliada.

42 “Penalista, enquanto cultor do pensamento global do direito penal, também se lhe pede que reflecta sobre os temas novos que a realidade põe, que pondere sobre o sentido das soluções, que a comunidade dos seus pares discute, e que dê, ou apresente soluções viáveis e credíveis ao legislador, dentro do quadro da legalidade e da correcta valorização dos bens ou valores em disputa”. COSTA, Faria. *Linhas de direito penal de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 153.

43 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Tomo I, p. 31.

Com isto em vista, entende-se que o conceito de bem jurídico surge da definição de bem, indo em um crescente até que aquilo que é bom, valioso e desejável invade a esfera pública, ansiando um manto especial de proteção. Porém, deve-se lembrar que a conceituação de bem jurídico se transforma agregada as mudanças sociais no tempo e espaço, além de se alterar com a concepção de público e privado e nos limites de intervenção daquele na liberdade de formação deste. Machado dá ênfase à necessidade de consideração do homem enquanto indivíduo concreto, histórico e social, para a construção do bem jurídico em perspectiva constitucional⁴⁴.

Observa-se que Ricardo Jacobson afirma que como é cediço o bem jurídico, tal termo foi utilizado pela primeira vez por Birnbaun⁴⁵.⁴⁶ Vários são os conceitos possíveis e postular uma crítica seria como tecer o manto de Penélope. Entretanto, como meio ilustrativo serão utilizadas duas definições, segundo Jeschek e Weigend, no livro de Ricardo Jacobsen: “*el bien juridico constituye el punto de partida y la idea que preside la formación del tipo*”⁴⁷.

Utilizando a modernidade como referência da definição de bem jurídico é natural que este seja adequado a uma proposta de Estado centrada no positivismo, individualismo e liberalismo, elaborando uma ideia de bem jurídico tendentemente intervencionista em relações privadas, gestor de uma generalidade e de dicotomias próprias da racionalidade moderna. Desse modo, o bem jurídico, com intuito de manter a ordem e o progresso, tutela condutas de risco social⁴⁸.

Isso assim, por tal referência ser própria a um Estado (Moderno) gerido por uma constituição ordenadora e estruturante, destinada a propiciar terreno de crescimento para as benesses que viriam

44 MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal*: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 119.

45 No mesmo sentido conferir Jeschek, Weigend e Jorge Figueiredo Dias.

46 CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime*: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995.

47 GLOECNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e Processo Penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodium, 2009, p. 154.

48 Aqui, não está se referindo ao risco da sociedade de risco, onde ações concretas ferem, apesar de não se poder mediar com exatidão a extensão dos danos e a personalidade das vítimas; e, sim de risco abstrato, levado a efeito contra a ordem social.

naturalmente da modernidade, através de promessas de evolução social nunca antes experimentadas⁴⁹.

O bem jurídico penal em tal perspectiva assume uma função de defesa do modelo de Estado (e sociedade) fundado no liberalismo, no individualismo e no sistema de produção burguês, de seus valores e destinado à sua perpetuação e reprodução.

Este primeiro momento satisfaz a ansiedade de proteção especial do patrimônio acumulado/apropriado. O universo de envolvidos no fenômeno criminal é facilmente delineável. Autor e vítima assumem a forma de indivíduos e os conflitos sociais são tratados como se individuais fossem, nota-se assim o Estado como defensor do cidadão de bem.

Para fazer tal afirmativa é necessário que se entenda com facilidade para a defesa das violações morais, em busca da defesa da moral de uma sociedade que não deixou de ser vitoriana⁵⁰, e que, frequentemente, chama o direito penal para preservar costumes e comportamentos sociais adequados. A defesa da honra, do respeito aos mortos e da autoridade também assumem lugar no rol de bens, indevidamente, tutelados pelo direito penal.

3 O problema do bem jurídico penal

O conceito de bem jurídico⁵¹ nasce como resposta a um mal infringido ao corpo social, reconhecido como valor negativo de uma sociedade, a ponto de provocar uma reação orgânica contra o indivíduo que afronta ao valor positivo, praticando uma ação valorada de forma negativa.

49 “Os legados da modernidade longe estão de ser realizados no Brasil. O direito, como um dos principais desses legados – visto como instrumento de transformação social, e não como obstáculo às mudanças sociais – formalmente encontrou guarida na constituição de 1988. A forma desse veículo de acesso à igualdade prometida foi a instituição do estado democrático de direito que, porém, longe está de ser efetivado”. STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica (e) m crise*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 1999, p. 205.

50 FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

51 “Assim o bem jurídico, visto na forma de ratio legis, encontra sua essência nos elementos da norma penal, nascendo dela e para ela”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995, p. 67.

Entretanto, mostra-se urgente a reflexão sobre o mal, ele visto não como entidade metafísica ou transcendente que está além do tempo, espaço e história, e sim, como manifestação profunda, constante e inafastável de uma historicidade, isto pois, torna-se tentador responder questões quanto o mal em locais teoricamente criados, e, por esse motivo, abstratos. Assim, este ponto deve ser analisado dentro da vivência real de um cotidiano imperfeito⁵².

[...] na verdade, é através do direito penal, tendo em vista aquilo que ora nos interessa, que as sociedades politicamente organizadas ‘distribuem’ as penas, logo distribuem um mal, porquanto, queiramo-lo ou não, a pena não pode deixar de ser vista como um mal, não obstante os fins que se podem prosseguir com a inflicção desse mal podem ser sustentados e legitimados através das mais nobres e sólidas razões. ... com efeito, como compreender um instrumento essencial de realização de nossa vida social que quer evitar o mal do crime – porque o crime, não esqueçamos, também é um mal – levando a cabo o mal da pena? este é o *punctum crucis* da problemática do mal quando olhado e valorado a partir do direito penal. daí que o nosso olhar para com o direito penal seja lucidamente doloroso porque consciente do inextricável absurdo que depois em paradoxo e que o tem acompanhado desde sempre.⁵³

O bem jurídico, conceito tratado a partir de então, assume uma importância diferenciada, em especial na esfera penal, a partir da ruptura com o conceito ontológico de crime. A partir da nova concepção de delito, e de função da pena, surge a necessidade de se questionar sobre a ausência de uma política criminal a nortear o caminho a ser trilhado pelo Estado na contenção de ações tidas como relevantes na esfera penal. Com a confusão de fim do direito penal e fim das penas, Andrade discorre que:

[...] as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do ancien régime, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio da legalidade, princípio da utilidade).⁵⁴

A partir deste momento há uma questão a ser pensada: como tratar os miseráveis iguais materialmente. Todos servos do mesmo

52 COSTA, Faria. *Linhas de direito penal de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 74.

53 Idem, p. 78-79.

54 ANDRADE, V.R. P. de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1, p. 31.

senhor ou de senhores que em essência são os mesmos frente a um novo Estado conquistado por uma nova classe social ascendente, que propugnava pela queda da monarquia, pela ascensão do livre trabalho e da igualdade⁵⁵, tanto formal como material.

Em uma sociedade que despreza os valores mundanos, com os olhos voltados para valores metafísicos, tal qual o medieval, como seria possível falar de um ente abstrato, até agora desconhecido pelo menos na vida terrena: a liberdade⁵⁶.

Para tratar do bem jurídico em sua concepção mais atual é necessário que se proceda a ruptura dos vínculos com realidades ontológicas como as de Hans Kelsen quando afirma que “[...] um valor absoluto apenas pode ser admitido com base em uma crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente de uma divindade [...]”⁵⁷, um metafísico forjado, que dista do jusnaturalismo (clássico), resultado de um método de elaboração racional de um sistema jurídico.

Encontramos a solução na proposta do Estado Moderno, levantado e dirigido pela classe burguesa, que traz promessas de estabilidade e riqueza, bem como as suas expectativas de continuidade do bem-estar e de prosperidade para todos, diferentemente da miséria medieval, distribuída igualmente para todos.

A liberdade dos servos veio com a morte dos senhores das terras e estes foram extintos com o nascimento do capitalismo⁵⁸ que, por sua vez, deu origem ao nascimento dos novos senhores, os burgueses.

Tendo ou não conhecimento do fato, a partir daí se moldava naquele instante, o embrião capitalista preparava-se para nascer e proteger-se, através de vários instrumentos postos a seu serviço e que, gradativamente, fomentou a nova forma de Estado igualitária, liberta e fraterna, recém-proposta.

A burguesia então trata de proteger a estrutura gerada (e geradora) de sua matriz fundamental, fazendo surgir em um movimento circular (no sentido de retroalimentação) um direito penal patrimonialista,

55 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 23-32.

56 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 88-113.

57 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Reine rechtslehre. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 72.

58 ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 186.

destinado a manter os ideais da sociedade individual liberal burguesa, sacrificando todos (e tudo) aquilo que se lhe interpusesse no caminho.

[...] enquanto a tensão entre regulação e emancipação foi protagonizada no paradigma da modernidade, a ordem foi sempre concebida numa tensão dialética com a solidariedade, tensão que seria superada mediante uma nova síntese: a idéia da boa ordem.⁵⁹

O delito visto antes como sendo uma prática desvalorosa em sua essência, em sua natureza, passa a ser entendido como construção racional, própria da matriz do Estado Moderno, firmada com bases nas ciências exatas e constitui em sua essência uma categoria que abrange todo movimento que atenta contra o Estado Liberal individual burguês e seus valores. É o passo dado do ontológico para o lógico (sistemático, empírico e testificável)⁶⁰. Em um processo evolutivo a criminologia crítica, em busca da superação de uma realidade carente de justificação humanística, tem por meta estudar a variedade de instrumentos de controle social instituídos pela criminologia correccionalista com um paternalismo despótico⁶¹, gerando, com isso, um conformismo que, ou contém, criminaliza ou ainda, que forma um homem sem vontade ou o exclui, rotulando-o. Qualquer das opções o exclui de uma possível ameaça ao sistema de produção e a sua reprodução.

Para a manutenção de uma estrutura de domínio é imprescindível que sujeitando o indivíduo (selecionado para ser) atingido pelo Sistema Penal, torne-se ele mais vulnerável e mais dócil, servindo aos fins do Estado que o subjuga através deste mecanismo que, agregado aos outros superestruturais, forma o perfeito escudo defendido de manutenção de domínio.

Assim, as diversas formas de criminalização, como a primária e secundária assumem papéis interessantes no controle social feito pelo Sistema Penal. A primária, que equivale ao lançamento do rótulo, ou seja, à primeira inserção oficial no status de criminoso é feita pela condenação, enquanto a secundária corresponde à subsocialização decorrente dos efeitos trazidos pelo rótulo já posto, que se reforça dia a dia com novos rótulos sobrepostos.

59 SANTOS, Boaventura Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 119.

60 Nesse momento Lombroso e as correntes sociológicas florescem como espelho da razão positiva. O bem jurídico ainda estaria em sua fase embrionária.

61 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 12.

[...] a teoria do labeling approach se coloca criticamente em face do princípio da prevenção ou do fim, e em particular em relação à ideologia oficial do sistema penitenciário atual: a ideologia da ressocialização. De fato, ao recorrer à diferença entre desvio primário e desvio secundário, as teorias da criminalidade baseadas no labeling approach contribuíram para a crítica dos sistemas de tratamento, com um princípio teórico fundamental para esta crítica, que lança luz sobre os efeitos criminogêneos do tratamento penal e sobre o problema não resolvido da reincidência.⁶²

Uma vez violado o ato qualificado, e sendo o indivíduo tanguido pelo sistema altamente seletivo, está ele rotulado como tendo um comportamento desviante. O primeiro rótulo foi posto. A partir de então, já identificado como desviante pelo sistema, passa ele a ser visto com olhos diferentes e a seleção, que se dirige a classes, raças, regiões e, principalmente a rotulados, o tem na alça da mira como um dos alvos a serem perseguidos.

Desse modo, o estigma está lançado, levando o indivíduo a ser alvo de um patrulhamento especial, já que sua conduta é tida como oficialmente desviante, o que o impele para que se direcione a grupos formados por seus pares, ou seja, os outros desviantes subsocializados, que além de se submeterem às regras postas, acabam por criar e sujeitarem-se às metas regras adequadas ao grupo, de acordo com o grau de subsocialização criado pela segregação em questão⁶³.

O grupo, diferente e naturalmente hostil, é facilmente controlado como algo ameaçador e não como algo resultante de uma sociedade plural, a ser absorvido, incorporado e adequado ao corpo social.

Assim, a criminalidade não seria simples comportamento violador da norma, mas “realidade social” construída por juízos atributivos, determinados, primariamente, pelas *meta-regras* e, apenas secundariamente, pelos tipos penais: juízes e tribunais seriam instituições determinantes da “realidade”, mediante sentenças atributivas de qualidades aos imputados, com estigmatizarão, mudança de *status* e de identidade social do condenado. Desse modo, a criminalidade seria um “bem negativo” distribuído socialmente em processos protagonizados por sujeitos-autores de comportamentos definidos como desviantes e sujeitos-detentores do poder de

62 BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 114.

63 A segregação mencionada pode ser trabalhada desde a inserção no sistema prisional até em grupos de desempregados, alcoólatras, e outros, que tenham como foco de conversão, em nosso caso, a exclusão social pelo rótulo penal.

definir tais comportamentos como desviantes - uma categoria de funcionários especializados recrutados de determinados estratos sociais e representando, preponderantemente, determinadas constelações de interesses e valores.⁶⁴

A teoria da sociologia do desajuste, taxada por Cirino como “*politicamente limitada e historicamente confusa*”⁶⁵ sem dúvida, útil para um esquema de dominação que busca preservar a estrutura de uma sociedade de classes, principalmente quando analisada de forma mais objetiva e crítica com o novo objetivo de denúncia social dos abusos de poder.

O proletário, fragilizado, como mão-de-obra produtiva, torna seus membros em um corpo dócil, pouco resistente, temente às normas que tendem a reger moral, costumes, submissão, fugindo da igualdade material.

A crença no Direito Posto, além do temor a ele, faz com que a oferta de trabalhadores servis seja maior, já que os desvios estão sujeitos aos rótulos e isso implica afastamento do sistema de produção ou busca de subempregos ou mão-de-obra informal.

Acontece que o direito posto não é absoluto, não nasce do ideal e nele subsiste de forma autônoma em um lócus imaginário onde existe o vir-a-ser. Entretanto, analisando o direito penal, que não é uma abstração dos jurista, e que por isso mesmo não é apenas técnica, mas antes uma manifestação do modo-de-ser daqueles que estão dentro da licitude e dos que estão fora, “simultaneamente limite e fundamento do ‘eu’ com o ‘outro’ e por aí, de igual jeito, fundamento e limite de todo o poder socialmente organizado”⁶⁶.

Como analisado, percebe-se a mudança no cenário mundial com o surgimento do capitalismo, e, eventualmente, o Estado Liberal. O bem jurídico individual de tal Estado foi desgastado pela crise de legitimidade, sendo necessário, assim, uma reconstrução a partir da adequação do direito aos bens jurídicos penais constitucionais no paradigma da Constituição transformadora de 1988.

64 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 12.

65 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 17.

66 COSTA, Faria. *Linhas de direito penal de filosofia*: alguns cruzamentos reflexivos. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 75-76.

Entende-se desse modo, que a Constituição elaborada na redemocratização do país, apresenta direitos e garantias focados no indivíduo, assim, exprime princípios que visam conceder a esses indivíduos, que são vistos como novos sujeitos após a ditadura militar, normas que estabelecem a igualdade, presunção da inocência, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Entretanto, deve-se perceber que isso não faz com que os bens jurídicos de ordem diversa continuem surgindo e ainda estejam presas a questão moral quanto a finalidade do direito penal, e, como se guia uma política criminal frente ao velho e ao novo, que não se relacionam em uma dinâmica de superação, mas sim de adição.

Estas duas racionalidades estão ligadas a dois padrões de bens jurídicos diferentes, aqueles de ordem liberal individual, burguesa e os ligados aos delitos supra individuais, tanto no que tange o autor como ao ofendido.

Conclusão

A dificuldade no novo tipo de delito, defendido sim por uma previsão de bem jurídico, está na incapacidade de superar a especificação do autor como indivíduo – como Caim e Abel, Tício e Caio –, em definir a vítima também como alguém imediatamente qualificável.

Existem o autor e as vítimas, mas não são caracterizáveis de plano e não ostentam as lesões com a clareza própria dos crimes de sangue. A extensão dos danos, difícil de ser medida confunde-se com a proposta da tutela de condutas de risco, naturais de uma sociedade de risco.

O problema não está no risco ou no dano concreto, mas em aquilatar-se a extensão dos danos resultantes da conduta e liga-los a uma vítima individual. A própria dinâmica do acobertamento ideológico pede para que se aumente a cortina de fumaça sobre o assunto.

É necessário que se respalde na Constituição para conter o Direito Penal, que encontra uma certa clientela preferencial, e com isso em mente age de maneira preconceituosa para com uma única classe de comunidade que estão para além da margem da sociedade pós-moderna contemporânea.

Assim, a Constituição consegue suprir tais excessos, por meio de seus princípios que regem todas as normas infraconstitucionais e todos

os atos dos funcionários públicos. Percebe-se a necessidade, então, de se restringir a ordem constitucional.

Deve-se observar que a atual Constituição brasileira surgiu de um novo contexto social, político e jurídico, qual seja os neoconstitucionalismos, isto pois, com o fim da segunda guerra mundial e as atrocidades ocorridas nos campos de concentração foi necessário a criação de um aparato legislativo que barrasse tais barbáries. E assim, com a implementação da Declaração Universal dos Direitos Humanos o princípio da dignidade da pessoa humana passa a se estabelecer em um patamar superior.

Na Constituição de 1988, observa-se que no núcleo duro de normas encontra-se um regramento que visa resguardar direitos e garantias do indivíduo. Estando presente nas cláusulas pétreas não há meio de se modificar, ou seja, o governante não tem legitimidade e/ou capacidade de modificar tais princípios dando garantias aos cidadãos de que seus direitos fundamentais não serão retirados por um presidente tirano.

Entretanto, percebe-se que os princípios basilares da Constituição não alcançam a clientela preferencial do direito penal, uma vez que se é utilizado a última *ratio* como primeiro mecanismo viável para tais indivíduos.

Com isso em mente, a proteção penal baseada na última *ratio* discrimina aqueles que têm as características da clientela preferencial, e com isso, o direito penal não se limita pelos princípios da Constituição, que visa, a igualdade no preambulo e no início dos direitos fundamentais, sendo estas cláusulas pétreas.

Assim, observa-se que o princípio da subsidiariedade, ou seja, onde o direito penal deve ser utilizado como último instrumento possível para a solução do problema, não se mostra eficaz, isto pois, utiliza-se do direito penal como primeira resposta para a maioria dos problemas encontrados na sociedade.

A sociedade brasileira de modernidade tardia encontra no encarceramento prematuro a solução para a alta criminalidade da sociedade. Entretanto, a reeducação e reinserção do condenado a sociedade apresenta grande dificuldade, isto pois, o indivíduo passa por mudanças psicológicas negativas.

Sendo assim, necessária a observância das normas da Constituição, da utilização de seus princípios e principalmente do

princípio da subsidiariedade, para que não ocorram prisões de apenas certos indivíduos e que sejam feitas por meio dos procedimentos corretos, devido processo legal, estabelecidos na Constituição.

Referências

- ANDRADE, V.R. P. de (org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Tradução de Giovanni Reale. São Paulo: Loyola, 2015. v. II.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BENSON, Hugh H. *Platão*. Tradução de Marco Antonio de Ávila Zingano. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- BETIOL, Giuseppe. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Tradução de Paulo José da Costa Junior; Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, v. I.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. I.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 10. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 11. ed. Brasília: UNB, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 3. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto; VECA, Salvatore; PONTARA, Giuliano. *Crisis de la democracia*. Barcelona: Ariel S/A, 1986.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1973. Tomo I.
- CANOTILHO, J. Gomes. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2002.

COSTA, Faria. *Linhas de direito penal de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra, 2005.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa. 1995.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Tradução de Leandro Konder. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Conceito de sistema no Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FOUCAULT, Michel. *A história da sexualidade*. Tradução de Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

GLOECNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodium, 2009

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos valores*. 2. ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1953.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Reine rechtslehre. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Russell, 2003.

LOTZ, J.B. *Ontologia*. Barcelona: Herder, 1926.

MACHADO, Luiz Alberto. *Direito Criminal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTINELLI, João Paulo O.; GRECO, Luís. *Entrevista*. Revista *Liberdades*, São Paulo, n. 04, maio/ago. 2010. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_entrevista.pdf. Acesso em 29 de maio de 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Bem-jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SANTOS, Boaventura Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHÛNEMANN, Bernd. *Estudos de Direito Penal, Direito Processual Penal e Filosofia do Direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica (e)m crise*. Porto Alegre: Revista do Advogado, 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Recebido em: 17 de outubro de 2018.

Aceito em: 5 de dezembro de 2018.

O ATIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO COMO FERRAMENTA SOCIAL PARA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CULTURAIS

DIALOGICAL JUDICIAL ACTIVISM AS A SOCIAL TOOL FOR THE IMPLEMENTATION OF PUBLIC CULTURAL POLICIES

Lidiana Costa de Sousa Trovão^I 

Valter Moura do Carmo^{II} 

Rogério Mollica^{III} 

^I Universidade de Marília (UNIMAR), Marília, SP, Brasil. Mestranda em Direito.
E-mail: lidianacst@hotmail.com

^{II} Universidade de Marília (UNIMAR), Programa de Pós-Graduação em Direito,
Marília, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: vmcarmo86@gmail.com

^{III} Universidade de Marília (UNIMAR), Programa de Pós-Graduação em Direito,
Marília, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: rogerio.mollica@mrlaw.com.br

Resumo: A presente pesquisa tem por finalidade efetuar a análise da discussão que permeia o exercício da jurisdição em meio ao ativismo judicial dialógico, dentro da lógica aristotélica da separação dos poderes e do mecanismo de freios e contrapesos. Diante do dever de dar evidência ao primado do Estado Democrático de Direito e, dessa forma, garantir a efetivação dos direitos fundamentais, notadamente no que concerne aos direitos sociais, o estudo volta-se para delinear a necessidade de proteção do patrimônio histórico-cultural. Para tanto, analisa a dinâmica do diálogo entre os poderes, a fim de que sejam encontradas soluções de fomento para as políticas públicas culturais. Por meio do método dedutivo, parte da premissa de que a cultura é bem jurídico pertencente a toda a coletividade, sem que haja o descarte do indivíduo enquanto sujeito de direitos, parte de um todo unitário ao qual está destinada a conservação da identidade de um povo, para esta e as futuras gerações. Utilizou-se, nesse espeque, pesquisa qualitativa, recorrendo à doutrina nacional e estrangeira.

Abstract: The purpose of this research is to analyze the discussion that permeates the exercise of jurisdiction in the midst of dialogical judicial activism, within the Aristotelian logic of the separation of powers and the checks and balances mechanism. Given the duty to give evidence to the primacy of the democratic state of law, and thus to ensure the realization of fundamental rights, notably with regard to social rights, the study turns to delineate the need for protection of the cultural heritage, and seeks to understand which mechanisms are necessary for the preservation and reconstruction of the national identity. To this end, it analyzes the dynamics of the dialogue among the powers, in order to find solutions to promote public cultural policies. Through the deductive method, part of the premise that culture is a legal asset that belongs to the entire collectivity, without the disposal of the individual as a subject of rights, part of a unitary whole which is destined for the preservation of the identity of a people, for this and future generations. A qualitative research, national doctrine

A pesquisa, portanto, pretende acirrar o debate acerca da necessidade de dar prioridade às políticas públicas voltadas ao universo cultural, apontando que cabe ao Estado a tarefa precípua de proporcionar seu acesso de qualidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Ativismo Judicial Dialógico. Políticas Públicas. Patrimônio Identitário.

and scientific articles on the topic in question were used in this spectrum. The research, therefore, intends to incite the debate about the need to prioritize public policies aimed at the cultural universe, pointing out that it is the responsibility of the State to provide its quality access.

Keywords: Fundamental Rights. Dialogical Judicial Activism. Public Policies. Identity Patrimony.

Sumário: Introdução. 1 Patrimônio identitário de um povo e sua importância para preservação das raízes culturais. 2 O Estado Democrático de Direito e o dever de proteção ao patrimônio histórico-cultural brasileiro. 3 Ativismo judicial dialógico como mecanismo para efetivação de políticas públicas culturais. Conclusão. Referências.

Introdução

O ativismo judicial no Brasil teve início com a Constituição Federal de 1988, a chamada “constituição cidadã”, cuja garantia ali encartada tornou possível buscar a efetivação dos direitos fundamentais, em suas diversas vertentes, por meio de decisões judiciais, cuja finalidade é de suprir as deficientes políticas públicas ou mesmo sua falta de implementação. Malgrado não seja propriamente uma novidade, a discussão acerca do papel paulatinamente imposto ao Judiciário é discussão recorrente, tendo em vista as violações que são verificadas ao longo do tempo. Por meio dessa intervenção judicial, foram iniciadas as indagações no meio jurídico acerca de seu alcance e legitimidade, tendo em vista que muitas vezes culminam com a manipulação de orçamentos públicos de maneira direta, desequilibrando a repartição dos poderes e o orçamento do ente destinatário.

Tem-se observado vários problemas que envolvem a implementação e efetivação de políticas públicas no âmbito cultural, o que tem ocasionado um acirrado debate acerca da necessidade de preservação da cultura imaterial e do patrimônio identitário e histórico-cultural. Essas demandas acabam chegando ao judiciário, diante da inércia dos demais poderes, e desse modo surge o ativismo judicial dialógico, no qual são chamados ao diálogo todos os envolvidos, a fim de que seja encontrada a melhor solução para o problema.

É preciso compreender que num país plural como o Brasil, antes de haver a fiscalização das atividades dos outros poderes, existe a necessidade de bem exercer a função que lhes cabe constitucionalmente. Além disso, surgem constantes perguntas que estão em torno do que será herdado pelas futuras gerações caso não haja a preservação das nossas memórias.

Sabe-se que as opiniões favoráveis acerca do investimento, implementação e efetivação de políticas públicas culturais sofrem severos ataques, enquanto aquelas contrárias se mantêm sem proposta alguma que se mostre cabível à situação. Nesse meio, o judiciário, quando provocado, atuará como mediador entre sociedade e Estado, de modo a buscar a melhor alternativa para solucionar o problema. O acirramento da discussão nos dias atuais se mostra necessário, como forma de não permitir que a educação cultural possa ser aniquilada. As questões são complexas e exigem estudos perenes a respeito, porque além de serem situações que se renovam, está-se longe de encontrar uma solução adequada para todos os envolvidos.

Nem sempre esse arvorar do judiciário é visto como medida necessária para resolução de conflitos. Questionamentos que vão desde a legitimidade do judiciário diante da separação dos poderes até a ausência de conhecimento específico acerca das contas públicas permeiam a discussão, impedindo, muitas vezes, que se chegue a um denominador comum. Por outro lado, a proposta do ativismo judicial dialógico é exatamente não ferir a competência e legitimidade dos demais poderes, partindo-se da concepção de que o diálogo é a melhor das alternativas, muito embora também seja função precípua de cada um deles fiscalizar as ações dos demais. É preciso considerar que há um dinamismo nas decisões judiciais, e que preservar uma linearidade se mostra mais importante que questioná-las em si.

Para a condução deste trabalho foi utilizada pesquisa qualitativa, doutrina nacional e artigos científicos nacionais e estrangeiros sobre o tema em questão. Dividiu-se a pesquisa em momentos. Partiu-se da análise conformativa da consciência nacional acerca da necessidade de preservação do patrimônio identitário nacional, apontando a múltipla cultura como objeto de observação. Em seguida, analisou-se a tônica que envolve o Estado Democrático de Direito e o dever constitucional de proteção e preservação do patrimônio histórico-cultural brasileiro, como parte do direito fundamental social. Por fim, delineou-se o que vem a ser o ativismo judicial dialógico no modelo constitucional

brasileiro, sua atuação e o diálogo proposto com os demais poderes. Esta e outras questões serão analisadas ao longo da pesquisa.

1 Patrimônio identitário de um povo e sua importância para preservação das raízes culturais

De que maneira se constrói a identidade de um povo? Bem, há quem diga que a identidade se erige por meio da autodescrição da cultura, dialogicamente. A cultura brasileira é uma cultura de mistura¹, formada por diversas matrizes que contribuíram de muitas maneiras para formar o que se é hoje, fruto de uma criação moderna, que se aperfeiçoa.

Essa relação brasileira com sua cultura e identidade fez com que Portugal ainda pertencesse a essa construção, por não ter havido uma ruptura total com a metrópole portuguesa quando aqui ficou o príncipe regente. A identidade, no entanto, se reverte e se forma a partir de diversos elementos, inclusive os imateriais. Esses bens culturais de natureza imaterial, de acordo com definição dada pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Cultural – IPHAN²:

[...] dizem respeito àquelas práticas e domínios da vida social que se manifestam em saberes, ofícios e modos de fazer; celebrações; formas de expressão cênicas, plásticas, musicais ou lúdicas; e nos lugares (como mercados, feiras e santuários que abrigam práticas culturais coletivas). A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 215 e 216, ampliou a noção de patrimônio cultural ao reconhecer a existência de bens culturais de natureza material e imaterial.

Nesse contexto, a construção da identidade, segundo Rodrigues³ “[...] seja individual ou social, não é estável e unificada – é mutável, (re)inventada, transitória e, às vezes, provisória, subjetiva; a identidade é (re)negociada e vai-se transformando, (re)construindo-se ao longo do

- 1 FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-126, jan./jul. 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>>. Acesso em: 28 out. 2018.
- 2 BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Cultural. *Patrimônio imaterial*. Brasília. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/234>>. Acesso em: 28 out. 2018.
- 3 RODRIGUES, Donizete. Patrimônio cultural, memória social e identidade: interconexões entre os conceitos. *Revista Letras Escreve*, Macapá, v. 7, n. 4, p. 337-361, jul./dez. 2017, p. 352. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/letras/article/view/4071/pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

tempo.” Essa percepção de que a construção da identidade representa uma obra sempre inacabada, e que para sua preservação é necessário que haja constante (re)construção, simboliza exatamente aquilo que se deve cultivar para que se mantenha um patrimônio identitário: sua preservação. Preservar o material e o imaterial, e constantemente reconstruí-lo, mantendo-se suas bases históricas e agregando outras que venham a surgir, fazem com que se mantenha e se fortaleça a identidade cultural de um povo, que, muitas vezes, se confunde com o próprio povo, elemento mais importante de uma nação.

Patrimônio é considerado, portanto, “como a síntese simbólica dos valores identitários de uma sociedade que ela própria reconhece como próprios e sabe interpretar e preservar e, por outro lado, tomando o patrimônio reconhecido como documento histórico.”⁴ A importância de preservá-lo junte-se na necessidade de identificar-se a si mesmo, como povo, originado daquele ambiente, criado naquele contexto, cuja carga de cultura e costumes primários o acompanharão por toda a vida.

Veja-se que as definições apontadas remetem ao entendimento de que se está diante de elementos muito valiosos para esta e as futuras gerações, podendo-se admitir com tranquilidade que “o conceito de Patrimônio Cultural remete, antes de outra coisa, para o de propriedade. É patrimônio algo a que atribuímos um valor e com o qual estabelecemos uma relação de apropriação.”⁵ Desse modo, ao longo da história, essa identidade vem sendo construída por meio da observação da multiplicidade dos vários nichos que compunham nossa sociedade, notadamente no que diz respeito à multiplicidade étnica que compõe o povo brasileiro.

Entretanto, essas misturas, originariamente, enfrentavam, resistências na sociedade, e talvez seja esse o início do processo de construção do preconceito no Brasil, uma vez que, de acordo com Fiorin⁶:

4 MENESES, José Nilton Coelho. *História e turismo cultural*. São Paulo: Autêntica, 2007, p. 56.

5 OOSTERBEEK, Luiz. Arqueologia pré-histórica: entre a cultura material e o patrimônio intangível. In: CRUZ, Ana Rosa; OOSTERBEEK, Luiz. (Coord.). *Arkeos*. Perspectivas de diálogo. Arte Rupestre. Pré-história. Patrimônio. Braga: CEIPHAR – Centro Europeu de Investigação da Pré-História do Alto Ribatejo, 2015. p. 95-112. p. 99. Disponível em: <http://www.pacadnetwork.com/itm/images/sampled/Arkeos/ARKEOS%2015_livro_Compressed.pdf#page=93>. Acesso em: 28 out. 2018.

6 FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1,

[...] é preciso notar que a mistura não é indiscriminada. Há sistemas que não são aceitos na mistura. Por exemplo, no período de construção da nacionalidade, não há a ideia da miscigenação das três raças que hoje se diz terem constituído a nação brasileira, mas somente a dos índios e brancos. Os negros estavam excluídos. Essa mistura não era desejável, pois, afinal, tratavam-se de escravos. Mais tarde surge a ideologia do branqueamento, que presidiu ao estímulo às grandes imigrações europeias, de italianos, de alemães, de espanhóis, de poloneses etc.

Note-se que a construção do patrimônio identitário também congrega elementos deletérios, como a segregação racial. Porém, é importante reconhecer que essa é uma causa a ser combatida pelo mesmo motivo que foi plantada: construir uma identidade nacional. Caio Prado Júnior⁷, em importante lição, comenta que:

O fato incontestável, aceite-se qualquer daqueles pontos de vista, é que a diferença de raça, sobretudo quando se manifesta em caracteres somáticos, bem salientes, como a cor, vem, se não provocar – o que é passível de dúvidas bem fundamentadas, e a meu ver incontestáveis –, pelo menos agravar uma discriminação já realizada no terreno social. E isso porque empresta uma marca iniludível a esta diferença social. Rotula o indivíduo, e contribui assim para elevar e reforçar as barreiras que separam as classes.

Nessa perspectiva, é interessante notar que “[...] há dois tipos fundamentais de cultura: as da exclusão e as da participação, ou, em outras palavras, as da triagem e as da mistura.”⁸. Explica Fiorin⁹, em relação à cultura de triagem, esta “[...] tem um aspecto descontínuo e tende a restringir a circulação cultural, que será pequena ou mesmo nula e, de qualquer maneira, desacelerada pela presença do exclusivo e do excluído. É uma cultura do interdito.” Já a cultura da mistura permite que haja uma maior troca de experiências culturais, e por isso tende a ser mais permissiva.

p. 115-126, jan./jul. 2009, p. 121. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>. Acesso em: 28 out. 2018.

- 7 PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972. p. 274.
- 8 FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-126, jan./jul. 2009, p. 118. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>>. Acesso em: 28 out. 2018.
- 9 FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-126, jan./jul. 2009, p. 118. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>>. Acesso em: 28 out. 2018.

Ao longo de toda essa mineração de elementos que possam traduzir a identidade do povo brasileiro, formou-se a cultura nacional. O que se tem por elemento cultural, atualmente, decorre da união de todos esses elementos, ainda que haja mais traços da cultura de triagem e a inibição da cultura de mistura. A Constituição brasileira, nesse panorama, e a ascensão do Estado Democrático de Direito não conseguiram dirimir a herança deletéria da cultura histórica da triagem. A saber, enfatiza Fiorin¹⁰:

A cultura brasileira euforizou de tal modo a mistura que passou a considerar inexistentes as camadas reais da semiose onde opera o princípio da exclusão: por exemplo, nas relações raciais, de gênero, de orientação sexual etc. A identidade autodescrita do brasileiro é sempre a que é criada pelo princípio da participação, da mistura. Daí se descreve o brasileiro como alguém aberto, acolhedor, cordial, agradável, sempre pronto a dar um “jeitinho”. Ocultam-se o preconceito, a violência que perpassa as relações cotidianas etc. Enfim, esconde-se o que opera sob o princípio da triagem.

É importante ressaltar que a definição da cultura de um povo, mediante a reafirmação e reconstrução perene do patrimônio identitário é um importante registro para definir um povo, sem a qual, a identidade esmaece, dissolve-se, transmudando-se para uma massa humana. Por isso a necessidade imperiosa de haver o reconhecimento, preservação, reconstrução se necessário, da cultura popular e dos elementos que identificam um povo como são, seja fruto da cultura histórica da triagem, seja fruto da cultura da mistura. As futuras gerações devem sentir-se donas de um legado precioso, que de tal maneira deverão incentivar, preservar e reconstruir para as próximas gerações.

Desse modo, os elementos que constituem a cultura brasileira, como vocabulários regionais, comidas típicas, folclore, crenças e mitos, todo composto de cultura criada deve produzir uma autoconsciência da importância de mantê-las vivas no seio da sociedade. É nesse panorama que devem estar assentadas as políticas públicas no Brasil. Para Caio Prado Júnior¹¹, acerca do intercâmbio das raças que compõem um povo, predominante no espaço cultural brasileiro, “a aproximação e fusão se tornam mais difíceis, acentua-se o domínio de uma sobre a outra”,

10 FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-126, jan./jul. 2009, p. 124. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>>. Acesso em: 28 out. 2018.

11 PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*: colônia. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972. p. 274.

o que, em outras palavras, aponta vicissitudes no processo de junção dessas várias culturas, fruto de uma herança histórica de exploração e marginalidade.

No entanto, embora fenômeno historicamente recente, a globalização tem gerado incertezas a respeito da continuidade de preservação desse acervo cultural genuíno e personalíssimo de cada país. O Brasil, nessa linha de evolução tecnológica, também sofre as pressões da derrubada de fronteiras e a mundialização dos costumes, ante a expansão dos espaços geográfico, cada vez mais encurtados pela rede mundial de computadores, a *internet*.

O Homem é um ser social e depende de suas relações interpessoais, que devem ser pautadas no respeito às desigualdades. Conforme salienta Calixto e Carvalho¹², “[...] do mesmo modo que o homem somente existe através da vida social, o que promove, ante a compreensão da existência de igualdade entre as pessoas, [...]”, e, dessa forma, “os diferentes Estados e ordens internacionais devem se pautar pela mesma ideia, visto que se hoje também só existem em um contexto de pluralidade de ordens, no mesmo sentido exigem o respeito a seu ordenamento [...]”.

O interesse pelo passado compreende em parte o que se chamou de “nostalgia do passado e *boom* do patrimônio”¹³, e, nesse aspecto:

Perante uma ameaça de ruptura e de desaparecimento de referentes culturais em face da eventualidade da sua assimilação por uma cultura transnacional, por vezes real, por vezes imaginada, assistiu-se a uma crescente valorização das identidades colectivas locais, a qual tem sido acompanhada, não raras vezes, por um sentimento nostálgico em relação ao passado, que é, em função das circunstâncias e necessidades do presente [...].

A preservação do patrimônio histórico identitário reverbera matizes históricas, e que ecoam “[...] um sentimento de alienação,

12 CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos. *Revista Argumentum*, Marília, v. 18, n. 2, p. 363-385, maio/ago. 2017, p. 378. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/361/114>>. Acesso em: 30 out. 2018.

13 ANICO, Marta. A pós-modernização da cultura: patrimônio e museus na contemporaneidade. *Revista Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 71-86, jan./jun. 2005. p. 74. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a05v1123.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

como se sua própria cultura não fosse, de modo algum, relevante ou digna de atenção.”¹⁴. Esse talvez seja o maior desafio: conscientizar o povo de que a cultura faz parte do identitário pessoal e coletivo de uma sociedade. Essa alienação é notada desde há muito tempo, pois “no Brasil, houve, sempre, uma falta de interesse, por parte dos arqueólogos, em interagir com a sociedade em geral – como é o caso, na verdade, alhures na América Latina [...]”, o que talvez se dê em face da colonização da modalidade exploratória, devastadora, e muitas vezes aniquilatória.

É bem verdade que no Brasil a preservação do patrimônio histórico sempre esteve a cargo da elite, “cujas prioridades têm sido tanto míopes como ineficazes”¹⁵. Ao bel prazer, “edifícios de alto estilo arquitetônico, protegidos por lei, são deixados nas mãos do mercado e o comércio ilegal de obras de arte é amplamente tolerado.”¹⁶, sem que nenhuma ou quase nenhuma ação estatal seja engendrada para coibir tais práticas. Entretanto, essas são as menos nocivas delas, mas que por derivação acabam influenciando outras, ou deixando que aquelas que possuam mais lembrança e sejam mais próximas do povo em si, acabem por se enfraquecer, a exemplo dos festivais culturais e a exposição popular de artesanatos e obras de arte.

Embora se tenham muito bem delineadas na Constituição Federal as balizas para preservação do patrimônio histórico identitário no Brasil, e, por derivação, a implementação de políticas públicas para o fomento e disseminação dessas balizas, em meio a um certo descrédito da maioria da população em relação à necessidade real de preservação e (re)construção identitária. Não se percebe que se está perdendo a si mesmo, memórias e aspectos que estão arraigados a cada pessoa, individual e coletivamente. Para Funari¹⁷, “a gente comum

14 FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, Porto, n. 41, p. 23-32, 2001, p. 25. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/maea/files/2009/10/texto1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

15 FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, Porto, n. 41, p. 23-32, 2001, p. 26. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/maea/files/2009/10/texto1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

16 FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, Porto, n. 41, p. 23-32, 2001, p. 26-27. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/maea/files/2009/10/texto1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

17 FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*,

sente-se alienada tanto em relação ao patrimônio erudito quanto aos humildes vestígios arqueológicos, já que são ensinados a desprezar índios, negros, mestiços, pobres, em outras palavras, a si próprios e a seus antepassados.” Não se tem a real dimensão de que a valorização da cultura é a valorização de um povo e, por consequência, é a valorização de si mesmo. Em arremate, orienta o mesmo autor:

Devemos lutar para preservar tanto o patrimônio erudito, como popular, a fim de democratizar a informação e a educação, em geral. Acima de tudo, devemos lutar para que o povo assuma seu destino, para que tenha acesso ao conhecimento, para que possamos trabalhar, como acadêmicos e como cidadãos, com o povo e em seu interesse. Como cientistas, em primeiro lugar, deveríamos buscar o conhecimento crítico sobre nosso patrimônio comum. E isto não é uma tarefa fácil.

Apesar de todo esse afastamento da percepção da identidade, “seja no âmbito da identidade cultural ou individual, o contato com o outro, com o diferente, tende a reforçar e confirmar a ideia de ‘nosso’”, de modo que “as trocas que se operam na lógica da alteridade acabam por interferir na programação interna da identidade, o que altera os confins do próprio entorno e, com isso, os níveis de sua própria particularidade.”¹⁸ Em outras palavras, o indivíduo, nas relações interpessoais, seja de que modo ocorram, acaba incorporando algo do outro, e vice-versa.

Talvez possa ser uma das chagas legadas pela globalização o desinteresse pela preservação do patrimônio cultural. Esse fenômeno complexo erigiu mundialmente em especial por meio da rede mundial de computadores, a *internet*. De mais a mais, a globalização representa as forças que organizam as relações culturais na contemporaneidade e, desse modo, exercem importante papel na (re)construção do identitário histórico de um povo, ainda que esse sentimento não seja muito compreendido pela sociedade.

Um pouco mais perto do indivíduo, e um pouco mais longe da mundialização, persevera a importância das vizinhanças e das comunidades locais, fontes robustas de cultura e identidade. Essa

Porto, n. 41, p. 23-32, 2001, p. 30. Disponível em: <<http://www.ufjf.br/maea/files/2009/10/texto1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

18 LUCAS, Douglas César; CENCI, Ana Righi. Sobre a (des)construção da identidade latinoamericana: um mapa de sua ambivalência. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 17. p. 147/166, jan./abr. 2014, p. 151. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1275/604>>. Acesso em: 30 out. 2018.

comunidade local possui características que acabam sendo comuns ao cotidiano dos indivíduos a ela pertencentes, de modo que é nela que as relações se mantêm de certa forma estáveis, diferentemente de outros paradigmas de mesma ordem, e “constituem a forma através da qual se desenvolve o essencial da vida quotidiana nas sociedades contemporâneas.”¹⁹. Assim relata Yañes²⁰:

Por um lado, a comunidade local é ainda um dos principais factores de orientação psicossocial, através do qual se articula a identidade dos indivíduos. O facto de as relações de vizinhança local permitirem uma maior interacção directa do que as nacionais ou globais cria bases para a manutenção de relações constantes e para a criação de uma identidade colectiva, centrada no território. Vários estudos empíricos demonstram que a identificação territorial dos indivíduos é principalmente local, sendo menor a nacional e quase inexistente a que transcende as fronteiras estatais.

Ao mesmo tempo que ela alarga fronteiras e possibilita um intercâmbio de informações, acaba por desconstruir esse complexo painel cultural. Refletir acerca da globalização, e a imponente irradiação que exerce sobre os âmbitos social e cultural da vida das pessoas, remete ao entendimento de que a cultura reside num terreno em que se traçam as fronteiras identitárias, alinhada às diferenças. Sob o mesmo aspecto, salutar lição de Mattos²¹ acrescenta que:

Numa época de globalizações (hegemônica e contra-hegemônica), as pessoas e os coletivos veem alargado o leque dos possíveis, e dos recursos disponíveis, para a elaboração de argumentos que justificam as suas identidades e os seus processos de identificação. [...].

Pela aba do estudo da cultura local, ao sentir da sociologia moderna, e “face à globalização, a comunidade local mantém-se como

19 YAÑES, Clemente J. Navarro. Globalização e localismo: novas oportunidades para o desenvolvimento. *Revista Análise Social*, Lisboa, v. XXXII, n. 143-144, p. 901-912, out./dez. 1997, p. 904. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218793929W6dNP1ar6Pd92RN4.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

20 YAÑES, Clemente J. Navarro. Globalização e localismo: novas oportunidades para o desenvolvimento. *Revista Análise Social*, Lisboa, v. XXXII, n. 143-144, p. 901-912, out./dez. 1997, p. 902. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218793929W6dNP1ar6Pd92RN4.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

21 MATTOS, Alexandre Pereira de. As implicações do “localismo globalizado” sobre a concepção de “pessoa”. *Revista Comunicação & Informação*, Goiânia, v. 13, n. 1, p. 25-34, jan./jul. 2010, p. 26. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/ci/article/view/19285/11261>>. Acesso em: 29 out. 2018.

principal quadro de referência sócio-espacial na vida quotidiana.”²². É equivocado admitir que a globalização afeta apenas os grandes sistemas, e que ela não atinge o indivíduo em si, e como salienta Giddens²³, “a maioria das pessoas pensa que a globalização está simplesmente ‘retirando’ poder e influência de comunidades locais e nações para transferi-lo para a arena global. [...]”. E acrescenta que “a globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões [...]”²⁴, sendo, portanto, “a razão do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo. [...] A globalização pressiona também para os lados.”²⁵ Na verdade, ela está por toda parte, e não pode ser vista de todo como um fenômeno ruim, ao revés, ela contribui de diversas formas para fortalecer as bases culturais locais quando elas são compartilhadas entre culturas.

Em verdade, o patrimônio material e imaterial constituem riquezas de dimensão oceânica, possibilitados os intercâmbios por meio da globalização. Por essa razão, é cada vez mais premente a necessidade de exercer a defesa e preservação desses signos culturais, que se revestem de obrigação a toda a humanidade, considerados os localismos e os mundialismos, igualmente necessários. Não bastam apenas políticas públicas para esse fim, é importante reconstruir a sociedade cultural a partir de sua valorização individual, comunitária, regional, “pois a globalização não é um acidente em nossas vidas hoje. É a mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora.”²⁶. E o agora, não demora; quando se vê, já passou.

22 YAÑES, Clemente J. Navarro. Globalização e localismo: novas oportunidades para o desenvolvimento. *Revista Análise Social*, Lisboa, v. XXXII, n. 143-144, p. 901-912, out./dez. 1997, p. 910. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218793929W6dNP1ar6Pd92RN4.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

23 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. O que a globalização está fazendo de nós. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. São Paulo: Record, 2003, p. 19.

24 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. O que a globalização está fazendo de nós. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. São Paulo: Record, 2003, p. 19.

25 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. O que a globalização está fazendo de nós. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. São Paulo: Record, 2003, p. 19.

26 GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. O que a globalização está fazendo de nós. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. São Paulo: Record, 2003, p. 19.

2 O Estado Democrático de Direito e o dever de proteção ao patrimônio histórico-cultural brasileiro

A Constituição Federal, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe ao nosso ordenamento jurídico a positivação do Estado Social. No tocante aos direitos fundamentais, definiu princípios que ao lado dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa constituem importantes fundamentos da República Federativa do Brasil. Sob esse ângulo, importante a contribuição de Veríssimo²⁷:

[...] a democracia prometida institucionalmente pela Constituição de 1988 não diz respeito apenas ao regime de governo, aos direitos de participação política, mas também a direitos de inclusão social: é, portanto, uma democracia social marcada pela garantia de direitos sociais próprios a um Estado que se quis fundar como welfarista, e que tem objetivos declarados de transformação social, redução de desigualdades de renda e de oportunidades, e também de desigualdades regionais.

É dizer que o texto da nossa Constituição traduz em latitude nunca antes vista os direitos sociais básicos, elevando os direitos fundamentais ao reconhecimento e à direção teleológica-normativa e ao alcance material. A saber²⁸:

O Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado de fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. [...] Pelo princípio da igualdade material entende-se [...] que o Estado se obriga mediante intervenções de retificação na ordem social a remover as mais profundas e perturbadoras injustiças sociais.”

A concreção das promessas tardias de modernidade por meio de jurisdição constitucional aponta essa positivação. Negar a solidez desses princípios constitucionais diante da prevalência dos direitos fundamentais e da premente necessidade da interpretação conforme.

27 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “A Brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008, p. 408. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

28 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015. p. 387.

Nesse sentido, Nobre Júnior²⁹ salienta que, “corolário inarredável dessa arte de interpretar é a criação judicial a partir do desenvolvimento do substrato dos princípios e valores constitucionais.” O que, sob o aspecto do Estado Democrático de Direito, “não poderia ser diferente diante da missão que enverga a Constituição de construir a vida social e política, o que não se faz de forma estática, mas dinâmica.”

O Brasil possui importante patrimônio histórico-cultural, formado por diversos tipos de manifestações materiais e imateriais que compõem a identidade do povo brasileiro. Mesclas de várias culturas e povos, que aqui viveram e por aqui passaram, cuja contribuição resultou num todo heterogêneo que forma a cultura nacional. Os direitos culturais, dentro dos direitos de segunda geração, “nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.”³⁰

Isso implica dizer que há uma complementação entre as gerações ou dimensões de direitos fundamentais, as quais, dentro do modelo de Estado Democrático “tornam-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada [...]”³¹, quando for alinhada à argumentação de que se trata a segunda geração de direitos fundamentais inseridas no caráter programático da norma, por via do legislador.

Esse seria, sem dúvida, um erro terrível, a considerar a forma como as questões de preservação do patrimônio histórico são tratadas no Brasil. Com efeito, essa crise de execução nos acompanhou ao longo da história, pois “os direitos de segunda geração são fruto da ideologia anti-liberal do século XX, sendo sua principal característica a concepção de que ao Estado incumbe, [...] a tarefa de colocar à disposição [...] os meios necessários para sua qualidade de vida”³², dentre os quais o direito à liberdade e os direitos sociais.

29 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011, p. 98. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229/186>>. Acesso em: 30 out. 2018.

30 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015. p. 578.

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015. p. 578.

32 CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010. p. 21.

Historicamente, foi nos anos de 1930 que surgiram as primeiras incursões experimentais institucionalizadas de políticas culturais no Brasil. Interessante notar que “os projetos desenvolvidos atribuíram centralidade ao Estado, enquanto agente político-cultural, enfaticamente voltados à construção institucional das políticas culturais [...]”, embora naquela época os olhares estivessem mais voltados para outros setores igualmente importantes, como educação nacional, a saúde pública e a assistência social. Porém, os financiamentos eram escassos, e sob essa lógica instituiu-se no governo Sarney (1986) a Lei 7.505 “a qual passou a conceder benefícios e concessões fiscais no imposto de renda para iniciativas operacionalizadas no setor cultural ou artístico”, e, desse modo, “foi instaurado um mecanismo de financiamento das políticas públicas de cultura através de renúncia fiscal.”³³

Apontava-se, assim, uma solução para o problema da falta de recursos para investimento em políticas públicas culturais, e firmava-se o compromisso com a sociedade, no sentido de que “as comunidades e os agentes culturais seriam responsáveis pelos esforços de ação patrocinadora, sendo este um pressuposto fundamental da lógica de implementação das leis de incentivo à cultura.”³⁴ Uma boa iniciativa que, porém, foi dissolvida no governo Collor.

A solidariedade entre Estado e sociedade pode representar avanços, desde que não seja utilizado pelo poder público para omitir-se. Em outras palavras, apenas para delinear os elementos do debate, o incentivo fiscal constitui importante ferramenta de fomento à implementação e efetivação de políticas públicas culturais, mas que não pode ser exclusiva, a fim de afastar a redução do “poder de intervenção do Estado no setor, bem como a potencial intervenção do mercado”³⁵, fazendo com que o Estado seja omissor.

33 SILVA, Rodrigo Manoel Dias da. As políticas culturais brasileiras na contemporaneidade: mudanças institucionais e modelos de agenciamento. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 199-224. jan./abr. 2014, p. 202. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000100011>. Acesso em: 30 out. 2018.

34 SILVA, Rodrigo Manoel Dias da. As políticas culturais brasileiras na contemporaneidade: mudanças institucionais e modelos de agenciamento. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 199-224. jan./abr. 2014, p. 203. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000100011>. Acesso em: 30 out. 2018.

35 SILVA, Rodrigo Manoel Dias da. As políticas culturais brasileiras na contemporaneidade: mudanças institucionais e modelos de agenciamento. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 199-224. jan./abr. 2014, p. 204. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

Dista também da década de 30 (1937) a criação do IPHAN – Instituto de Preservação do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, dentro do Ministério da Educação e da Saúde, cujos primeiros anos de atuação se voltaram para conscientização da população acerca da necessidade de preservação do patrimônio histórico-cultural, o que deveria, diga-se de passagem, estar sendo implementada até hoje. Entretanto, ressaltando a importante missão do IPHAN³⁶, e acerca da política nacional de patrimônio, de acordo com dados colhidos no portal do instituto:

Ao longo de sua trajetória, a política nacional de patrimônio foi expandida e se relaciona hoje com diversos campos como gestão urbana, gestão ambiental, direitos humanos e culturais –atuando desde o poder de polícia até a educação–, formação profissional e pesquisa, e crescente envolvimento internacional.

As políticas públicas no âmbito cultural devem contemplar uma diversidade de manifestações identitárias, criando-se mecanismos para proteção e promoção da diversidade cultural. Em meio à crise econômica e política, a tônica do Estado Democrático de Direito, alçado pela Constituição de 1988, dispôs de mecanismos de preservação a serem utilizados, a exemplo do § 1º do art. 216.

Entretanto, um importante passo foi dado no ano de 2011: a criação do programa Roda Viva. Nesse aspecto, “embora o quadro de redução orçamentária não tenha sido alterado com consistência, o Programa Roda Viva ampliou as possibilidades de obtenção de recursos e permitiu que inúmeros projetos recebessem fomento estatal”, o que reforçou “a tendência à responsabilização individual por seus projetos e pela obtenção de financiamento público ou privado para sua implementação.”³⁷

Destarte, a implementação de políticas públicas no Brasil, evidentemente, em qualquer época tratar-se-á de um processo conflituoso, em que haverá avanços e retrocessos. Carece, também, a evidência de

arttext&pid=S0102-69922014000100011>. Acesso em: 30 out. 2018.

36 BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Cultural. *Patrimônio imaterial*. Brasília. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/indl/noticias/detalhes/3949/politica-de-preservacao-do-patrimonio-cultural-brasileiro-completa-80-anos>>. Acesso em: 28 out. 2018.

37 SILVA, Rodrigo Manoel Dias da. As políticas culturais brasileiras na contemporaneidade: mudanças institucionais e modelos de agenciamento. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 199-224. jan./abr. 2014, p. 219. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000100011>. Acesso em: 30 out. 2018.

legislação que tutele e preveja avanços para conscientização e expansão da divulgação da preservação do patrimônio histórico e cultural como um todo. Atualmente, a principal autarquia federal responsável pelas políticas públicas de preservação do patrimônio histórico e cultural é o IPHAN. Responsável pela “conservação, salvaguarda e monitoramento dos bens culturais brasileiros inscritos na Lista do Patrimônio Mundial e na Lista o Patrimônio Cultural Imaterial da Humanidade”, seguindo diretrizes oriundas das “convenções da Unesco, respectivamente, a Convenção do Patrimônio Mundial de 1972 e a Convenção do Patrimônio Cultural Imaterial de 2003”³⁸.

3 Ativismo judicial dialógico como mecanismo para efetivação de políticas públicas culturais

A atividade jurisdicional, tradicionalmente, exerce papel preponderante importante na sociedade, dada a impossibilidade do legislador de regular todos os atos da vida civil, uma vez que a interpretação legal se dá por meio da avaliação equitativa e proporcional do juiz. Tendo por prerrogativa a atuação de mediação entre as partes, o juiz, ao lançar-se na esteira do ativismo judicial, deve comprometer-se, antes de tudo, com o fiel cumprimento da Constituição Federal.

Um dos grandes questionamentos encontrados no tema relativo ao ativismo judicial é a possibilidade, ainda que despreziosa, de invadir a esfera de competência precípua dos demais poderes. Entretanto, diante de massivas e graves violações de direitos fundamentais no Brasil, o Judiciário atua como intérprete das normas constitucionais, por meio da jurisdição constitucional, onde muitas vezes acaba por alterar a realidade social ao proferir decisões que demandam ações efetivas de outros poderes. O alcance que se objetiva no pedido contido na ação reverbera pela competência de outros poderes, e é aí que há a modulação do ativismo judicial, quando eles são chamados ao diálogo.

Ante o exposto, a atividade judicante na interpretação das normas constitucionais se mostra como uma alternativa para suprir os anseios que emergem da sociedade. Cabe ressaltar, no entanto, que essa atividade não tem por objetivo anular os demais poderes nas suas

38 BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Cultural. *Patrimônio imaterial*. Brasília. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/indl/noticias/detalhes/3949/politica-de-preservacao-do-patrimonio-cultural-brasileiro-completa-80-anos>>. Acesso em: 28 out. 2018.

funções típicas. Deve, contudo, ressaltar e convocar os demais poderes ao diálogo para que as ações necessárias à resolução daquele problema sejam discutidas. Para Nobre Júnior³⁹:

Nesse cenário, não se pode obscurecer que a Constituição, qualquer que seja a natureza de suas disposições, possui inegável componente normativo, com eficácia diretiva e informadora das demais funções estatais. Restou abandonada a concepção de que se trataria de mero documento contendo vagas intenções políticas.

O ativismo jurídico no Brasil surgiu, portanto, em meio a alguns fatores como o acesso da população à justiça, à cobertura integral e irrestrita do Estado em casos de saúde, aos acordos internacionais sobre direitos humanos nos quais o Brasil é signatário, além, é claro, dos abismos sociais enfrentados, aliados ao fato das políticas públicas serem ineficientes ou mesmo inexistentes. Esses, dentre outros fatores, são responsáveis por demandas que se renovam dentro de situações de risco e de questões que nos acompanham há muito tempo. A questão que permeia o ativismo judicial é se ele existe de fato no Brasil e se o Judiciário, mediante as decisões que profere, de algum modo, extrapola sua competência e adentra a esfera de outros poderes, desequilibrando o princípio da separação dos poderes. Lima⁴⁰ esclarece que:

Parte considerável da doutrina sobre defender a proeminência do Poder Judiciário, hoje em dia, consolida a licença para atuação deste Poder na própria constituição, o que tornaria resolvido o problema da legitimidade para o agir do Poder Judiciário. Desta forma, a legitimidade da jurisdição constitucional decorrente da própria constituição não se renovaria, como aquela dos demais poderes, ou pelo menos não ocorreria renovação da legitimidade na sua versão direta, já que os integrantes do Poder Judiciário não se submetem a nenhum tipo de controle popular [...].

Deve-se atentar ao fato de que, como esposado por Robert Alexy⁴¹, o princípio da separação dos poderes deve ser mitigado para

39 NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011, p. 98. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229/186>>. Acesso em: 30 out. 2018.

40 LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 185-191, fev. 2006, p. 187. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/790>>. Acesso em: 30 out. 2018.

41 ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 18.

permitir a preservação dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Dessa maneira, diante de entendimentos antagônicos acerca da qualidade que se deve dar ao ativismo jurídico no Brasil, de acordo com Streck⁴²:

[...] O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. [...]. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. [...] Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in)competência — por motivo de inconstitucionalidades — de poderes ou instituições.

Não obstante, a busca de soluções para problemas que implicam um grande número de pessoas, de forma grave, permanente e generalizada, o Judiciário efetua um papel importante na concretização desses ditames constitucionais, chamando os demais poderes ao diálogo e à investida em soluções mais eficazes do que aquelas que estão sendo apresentadas à população. O objetivo, do ativismo dialógico, é chamar ao diálogo — e por isso o termo — os demais poderes com o intuito de tentar solucionar, sem a coerção que algumas decisões alcançam, mas com o fim precípua de dar efetividade ao que foi levado a conhecimento do Judiciário.

Importa mencionar que existem críticas a esse tipo de ativismo, que se contrapõe ao ativismo patológico, e que se limitam, em geral, a mencionar a ausência de legitimidade democrática e a falta de capacidade técnica para a atuação do Poder Judiciário no que tange aos seus limites institucionais. Somado às duas mencionadas, existe um terceiro hiato no ativismo dialógico que é a incapacidade do Judiciário de, em particular, promover as alterações pretendidas.

As decisões judiciais muitas vezes são vistas pelos demais poderes como uma prepotência desmedida e infundada. Na crença

42 STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. p. 724. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

popular a prolação desse mandamento judicial por si é capaz de efetivar uma Constituição dirigente como é a nossa, muito embora a opinião confluyente seja aquela em que dá importância ao Poder Judiciário para sua implementação. O Judiciário peca ao colocar-se como único capaz de interpretar a Constituição e sobre os demais poderes lançar medidas coercitivas sem chamá-los ao diálogo.

Acerca do ativismo dialógico, veja-se o que dizem César Rodriguez Garavito e Diana Rodriguez Franco⁴³:

Los fallos representativos del activismo dialógico comparten tres rasgos. Primero, las sentencias dialógicas tienden a dictar ordenes más abiertas que las del activismo clásico. En términos de los criterios de Tushnet (2008) para distinguir los remedios judiciales ‘fuertes’ de los ‘débiles’ —esto es, la amplitud, la obligatoriedad y la perentoriedad de las órdenes del fallo—, sus remedios tienden a ser más débiles. Las sentencias de la jurisprudencia dialógica tienden a abrir un proceso de seguimiento que alienta la discusión de alternativas de políticas públicas para solucionar el problema estructural detectado en el fallo. Los detalles de las políticas, por tanto, tienden a surgir en el transcurso del proceso de seguimiento, no en la sentencia misma.

Nos mais diversos setores, os anseios da sociedade têm sido levados a conhecimento do judiciário, e sobre essa questão, não é demais lembrar que referido órgão só atua quando é provocado. As inquietações ante a violação de direitos fundamentais é tamanha que as demandas judiciais só tendem a aumentar, e ante a incapacidade de resolvê-las, todas em tempo razoável, o Judiciário se lança a solucionar questões que podem, muitas vezes, remediar outras, ao praticar o ativismo judicial dialógico e convocar os demais poderes a efetivar ou implementar políticas públicas.

Desse modo, judicializar um problema não implica, necessariamente, que por meio dele haverá um ativismo judicial. Vale lembrar, diante das nomenclaturas consignadas, que, de acordo com Barroso⁴⁴, são primos, mas não frequentam os mesmos lugares. Nessa esteira, segundo o mesmo autor, “a judicialização, no contexto brasileiro,

43 RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. *Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia*, Bogotá, 2010. p. 54.

44 BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.”, contudo, “já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.”

Mas essas incursões do judiciário, mesmo sob o prisma do diálogo, comportam muitas armadilhas, uma vez que a própria ideia de constitucionalismo, e da decorrente discussão política dentro dos tribunais, acaba por tornar todas as questões judiciais em questões políticas, dado o seu viés constitucional. A este ponto, a teoria colombiana do estado de coisas inconstitucional, ou estado de coisas inconvenicional⁴⁵, que poderia, a princípio, ser declarada em face da violação massiva de direitos fundamentais e a completa inércia dos poderes em resolvê-las, causando, assim, uma inconstitucionalidade estrutural e sistêmica, que ensejaria a decisão judicial sob a forma de ativismo.

Portanto, o ativismo está centrado em resolver questões políticas, em que necessariamente deve haver uma postura proativa de um ou dos demais poderes da República. Desse modo, antes de afirmar que poderá haver ativismo em qualquer questão política, é necessário defini-la. A doutrina, com certa redundância, tem se posicionado no sentido de reconhecer que questão política é aquela que não é nem jurídica e nem judicial. Ou seja, que nem se trata de questão pessoal ou privada, nem se trata de demanda que requeira reconhecimento ou reafirmação de um direito, claro, além de outras interpretações.

O fato é que quaisquer dessas interpretações poderiam levar ao entendimento de que o conceito de política remete a metas coletivas, cujos objetos sociais demandam programas ou políticas públicas, típicas de um estado democrático de direito. Com efeito, de acordo com Barboza e Kozicki⁴⁶:

45 FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvenicional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2016, p. 72. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>>. Acesso em: 30 out. 2018.

46 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 72. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>. Acesso em: 30 out. 2018.

Também não se pode descurar que é por meio de políticas públicas coletivas que a Constituição brasileira pretende que sejam realizados e garantidos os direitos fundamentais sociais. Por óbvio, são direitos que dizem respeito a toda a sociedade, considerada em sua forma coletiva e não apenas de garantias de direitos individuais, e por isso a necessidade de políticas macro para sua realização, dando-se conta das necessidades do povo, bem como, da capacidade do Estado.

O ativismo judicial tem cruciais barreiras, uma vez que, a despeito da ausência de recursos orçamentários suficientes, o Estado estaria desobrigado a promover políticas públicas garantidoras e promotoras de direitos fundamentais sociais. Contudo, para Barboza e Kozicki, e com a devida razão, “a partir do momento em que a Constituição estabelece que as políticas públicas são os instrumentos adequados de realização dos direitos fundamentais, por certo que se trata de matéria constitucional sujeita ao controle do Judiciário.” Entendem as autoras que “pensar o contrário seria o mesmo que o retorno ao pensamento de que a Constituição é apenas um documento político desprovido de normatividade, algo inaceitável num Estado que se pretende Constitucional e Democrático de Direito.”⁴⁷

Se o pensamento for esse, as questões de ausência estatal no âmbito cultural também poderão ser judicializadas, uma vez que não se trata de pauta jurídica nem judicial, mas eminentemente de política e justiça sociais. Assim, tanto questões que envolvam a preservação do patrimônio identitário como aquelas que promovam eventos e educação cultural para o povo, deverá ser tratada de modo a ensejar o manejo de ação judicial e a tomada de iniciativa ativista do judiciário. Talvez pareça ser uma forma incisiva de implementação e efetivação de políticas públicas culturais, mas é importante que se diga que a instrumentalização dessas ações perante o judiciário deve ocorrer apenas em face da inércia paulatinamente injustificada por parte dos demais poderes.

É importante mencionar que a Constituição não ampara a cultura na sua dimensão antropológica, mas em relação à identidade e memória

47 BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 73. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>. Acesso em: 30 out. 2018.

coletivas dos diferentes povos que constituem a sociedade brasileira. Por esta razão, conforme anota Costa⁴⁸:

[...] a referencialidade, ou seja, o valor referente que objetos, expressões, manifestações, atividades, bens, têm para grupos, coletividades e indivíduos que integram a sociedade brasileira, que, para fins de proteção jurídica, têm pertinência. Se tudo fosse protegido ou fomentado na dimensão antropológica, certamente se esbarraria em obstáculos de contingenciamento de demandas e nada seria igualmente protegido ou promovido pelo Estado.

Malgrado se reconheça essa fragilidade, algumas situações chegam a ser aviltantes, assim como ocorre com os demais poderes, a função de manter o equilíbrio entre os poderes decorre do sistema de freios e contrapesos. Essa teoria, também chamada de “*checks and balances*”, nesses termos oriunda do Direito Constitucional Americano, refere-se à forma como foram dispostas as competências de cada poder, de acordo com a distribuição de atribuições que resultaram em um mecanismo de limitações recíprocas. Na Constituição Francesa de 1791, representou a conquista do povo diante do estado, assim como assegurou um clima de liberdade, como princípio conservador dos direitos dos cidadãos. Desse modo, por influência francesa, referido sistema foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Carta Imperial e posteriormente reprisada na Constituição Republicana de 1891. As demais constituições, em termos expressos ou não, ao estilo americano ou francês, mantiveram a consagração da separação dos poderes e, com maior ou menor intensidade, o sistema de freios e contrapesos, ou, de forma constitucionalista, o princípio do equilíbrio dos poderes⁴⁹.

Em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal se manifestou, em evidente ativismo judicial, acerca da limitação de veiculação de propaganda comercial no âmbito dos canais de TV por assinatura, uma vez que “promovem a cultura brasileira e estimulam a produção independente, dando concretude ao art. 221 da Constituição e ao

48 COSTA, Rodrigo Vieira. *O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais*. 2017. Tese (doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. p. 61.

49 OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82. jul./set. 1977, p. 60-61. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

art. 6º da Convenção Internacional sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (Decreto nº 6.177/2007)”. No acórdão, o STF se pronunciou para declarar a inconstitucionalidade do art. 25 da Lei 12.485/2011, que dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Entre tantos posicionamentos, alguns contrários, outros favoráveis, o que realmente importa é a finalidade que ambos almejam. Discordar por discordar, ou concordar por maioria, não promove nenhum tipo de benefício para solução de problemas estruturais. Engajamentos em temas de menor relevância deveriam ser direcionados para questões que, de fato, representassem avanços no seio das políticas públicas. Se por um lado o ativismo se conserva mais precipuamente em questões que permeiam os maiores anseios da sociedade, no âmbito da saúde, educação e segurança pública, a própria ausência de consciência social em relação ao identitário cultural faz com que a discussão acerca do bem jurídico cultural seja ainda mais afastada.

Impedir que o judiciário exerça o papel fiscalizador perante os demais poderes, no sentido de dialogar com eles sobre os problemas da sociedade é atitude antidemocrática, ao mesmo tempo que ensejar demandas desnecessárias sob o espeque dos direitos difusos envolvidos em questões políticas é atitude contrária ao desejo que se tem de ter um país mais igualitário e mais preocupado com a formação histórica e cultural de seu povo.

Conclusão

Ao longo da pesquisa, restou-se evidenciado que não se pode apartar adversidades do passado histórico de um povo. Elas fazem parte de um todo único, transversal e em constante (re)construção. A formação cultural do Brasil, diante da multiplicidade de fontes, originárias ou não, franqueia com mais propriedade a necessidade de preservá-la e de disseminá-la, mediante a conscientização tanto do Estado quanto do povo do qual ela faz parte.

Interessante concluir que mesmo o povo ao qual pertence o identitário cultural não tem noção de sua importância para esta e para as futuras gerações. Cultivar origens e catalogar informações serão as ferramentas da identidade de quem vier doravante, ainda que se esteja ameaçado pela globalização.

Entretanto, também restou configurado que a globalização, aliada aos mais diversos meios de intercâmbio de culturas promovidas pela rede mundial de computadores, a *internet*, na verdade, é uma ferramenta que auxilia na preservação da identidade cultural, por meio da disseminação dos costumes e da cultura dos povos. Utilizá-la a favor da manutenção e preservação do patrimônio histórico cultural é uma tarefa difícil de ser exercida, porém, não impossível.

Desse modo, analisou-se o panorama encartado na Constituição Federal ao instituir o Estado Democrático de Direito, e sob esse aspecto, a determinação de promoção ampla da preservação cultural brasileira. Por meio desse ditame, a implementação e efetivação de políticas públicas ficou a cargo do Estado e, este, deveria manter constante diálogo com a sociedade, para que fossem verificadas as necessidades a serem atendidas. Ao longo da história do Brasil, alternativas para cumprir esse desígnio foram ensaiadas, a exemplo dos incentivos fiscais que franquearam à sociedade fatia do financiamento de políticas públicas culturais, muitas vezes afastando o Estado do dever de investir e se colocando em condição de inércia.

Como já seria de se esperar, os problemas surgiram e o Estado, em inércia, acabou por ser demandado judicialmente. Viu-se, com isso, que o poder judiciário, no exercício do princípio de freios e contrapesos, ou, exercendo sua função fiscalizadora perante os demais poderes, decidiu promover um ativismo judicial, mas não aquele isolado, mesquinho, ditatorial, mas o ativismo judicial dialógico, o qual se baseia no chamamento dos demais poderes ao diálogo. A partir daí as pautas começaram a ser reorganizadas e as decisões advindas dos tribunais ofereceram à sociedade muito mais crença no Estado.

Entretanto, ao longo dos anos, mais uma vez o Estado se mostra inerte em suas ações. Políticas públicas importantes certamente deixaram de ser implementadas diante da negatividade expressiva do investimento no setor. O ativismo dialógico, diante de questões constitucionais, vem sobrevivendo ante a coragem de alguns setores da sociedade e da sobrevivência do IPHAN. O quadro de desinteresse pelos setores culturais aliado ao obscurantismo da sociedade e ao despreparo dos governos acabam por retornar a contenda ao *status quo*. Há quem defenda que existem setores que necessitam mais de investimentos, e, por esta razão, o patrimônio identitário esvai-se.

É necessário, por fim, que novas demandas sejam pautadas, ajuizadas, discutidas. A cultura de um povo não é algo que se apaga com

facilidade. A atividade jurisdicional, num país com tantas diferenças e desequilíbrio estrutural entre os poderes, necessita de uma instituição forte e que esteja disposta a ser voz pela sociedade. O judiciário, com todos as suas imperfeições, ainda representa um importante meio através do qual o cidadão pode buscar resgatar seus direitos, e enquanto houver alternativa, haverá obstinação.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANICO, Marta. A pós-modernização da cultura: patrimônio e museus na contemporaneidade. *Revista Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 11, n. 23, p. 71-86, jan./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ha/v11n23/a05v1123.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 59-86, jan./jun. 2012, p. 73. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 13, p. 17-32, jan./dez. 2009. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5124286.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30. ed. atual. São Paulo: Malheiros editores, 2015.

BRASIL. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Patrimônio Cultural. *Patrimônio imaterial*. Brasília. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/indl/noticias/detalhes/3949/politica-de-preservacao-do-patrimonio-cultural-brasileiro-completa-80-anos>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CALIXTO, Angela Jank; CARVALHO, Luciani Coimbra de. O papel da alteridade no âmbito da teoria do transconstitucionalismo: o respeito à identidade cultural como forma de estabelecimento de uma cooperação em matéria de direitos humanos. *Revista Argumentum*,

Marília, v. 18, n. 2, p. 363-385, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/361/114>>. Acesso em: 30 out. 2018.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: paradigma ético do direito contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

COSTA, Rodrigo Vieira. *O registro do patrimônio cultural imaterial como mecanismo de reconhecimento de direitos intelectuais coletivos de povos e comunidades tradicionais: os efeitos do instrumento sob a ótica dos direitos culturais*. 2017. Tese (doutorado em Direito) -Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. *Revista Publicum*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 67-82, jul./dez. 2016. p. 72. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042>>. Acesso em: 30 out. 2018.

FIORIN, José Luiz. A construção da identidade nacional brasileira. *Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso*, São Paulo, ano 1, v. 1, n. 1, p. 115-126, jan./jul. 2009. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/bakhtiniana/article/view/3002/1933>>. Acesso em: 28 out. 2018.

FUNARI, Pedro Paulo A. Os desafios da destruição e conservação do Patrimônio Cultural no Brasil. *Trabalhos de Antropologia e Etnologia*, Porto, n. 41, p. 23-32, jan./dez. 2001. Disponível em: <<http://www.ufff.br/maea/files/2009/10/texto1.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado: o que a globalização está fazendo de nós*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 3. ed. São Paulo: Record, 2003, p. 29.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. Judiciário versus executivo/legislativo: o dilema da efetivação dos direitos fundamentais numa democracia. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 185-191, fev. 2006. p. 187. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/790>>. Acesso em: 30 out. 2018.

LUCAS, Douglas César; CENCI, Ana Righi. Sobre a (des)construção da identidade latinoamericana: um mapa de sua ambivalência. *Revista Direitos Culturais*, Santo Ângelo, v. 8, n. 17. p. 147-166, jan./abr.

2014. Disponível em: <<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/1275/604>>. Acesso em: 30 out. 2018.

MATTOS, Alexandre Pereira de. As implicações do “localismo globalizado” sobre a concepção de “pessoa”. *Revista Comunicação & Informação*, Goiânia, v. 13, n.1, p. 25-34, jan./jul. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/ci/article/view/19285/11261>>. Acesso em: 29 out. 2018.

MENESES, José Nilton Coelho. *História e turismo cultural*. São Paulo: Autentica, 2007.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Ativismo judicial: possibilidades e limites. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 91-117, jan./mar. 2011. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/229/186>>. Acesso em: 30 out. 2018.

OMATTI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 14, n. 55, p. 55-82. jul./set. 1977. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

OOSTERBEEK, Luiz. Arqueologia pré-histórica: entre a cultura material e o patrimônio intangível. In: CRUZ, Ana Rosa; OOSTERBEEK, Luiz. (Coord.). *Arkeos*. Perspectivas de diálogo. Arte Rupestre. Pré-história. Patrimônio. Braga: CEIPHAR - Centro Europeu de Investigação da Pré-História do Alto Ribatejo, 2015. p. 95-112. Disponível em: <http://www.pacadnetwork.com/itm/images/sampled/Arkeos/ARKEOS%2015_livro_Compressed.pdf#page=93>. Acesso em: 28 out. 2018.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo: colônia*. 12. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.

RODRIGUES, Donizete. Patrimônio cultural, memória social e identidade:

interconexões entre os conceitos. *Revista Letras Escreve*, Macapá, v. 7, n. 4, p. 337-361. jul./dez. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.unifap.br/index.php/letras/article/view/4071/pdf>>. Acesso em: 29 out. 2018.

RODRIGUEZ GARAVITO, César; RODRIGUEZ FRANCO, Diana. *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010.

SILVA, Rodrigo Manoel Dias da. As políticas culturais brasileiras na contemporaneidade: mudanças institucionais e modelos de agenciamento. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 199-224, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000100011>. Acesso em: 30 out. 2018.

STRECK, Lenio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 17, n. 3, p. 721-732, set./dez. 2016. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, Vinte Anos depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial “À Brasileira”. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35158>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

YAÑES, Clemente J. Navarro. Globalização e localismo: novas oportunidades para o desenvolvimento. *Revista Análise Social*, Lisboa, v. XXXII, n. 143-144, p. 901-912, out./dez. 1997. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1218793929W6dNP1ar6Pd92RN4.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2018.

Recebido em: 3 de novembro de 2018.

Aceito em: 22 de novembro de 2018.

RESSEMANTIZANDO O CULTO AOS ORIXÁS NA PERSPECTIVA DO DIREITO ANIMAL

RESTORING THE WORSHIP OF ORIXAS IN THE PERSPECTIVE OF ANIMAL LAW

Heron José de Santana Gordilho^I 
Rejane Francisca dos Santos Mota^{II} 

^I Universidade Federal da Bahia (UFBA), Programa de Pós-Graduação em Direito, Salvador, BA, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: heron@ufba.br

^{II} Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador, BA, Brasil. Mestre em Direito. E-mail: rejane.mota@uol.com.br

Resumo: Este artigo promove um diálogo entre dois grupos sociais discriminados: as religiões de matriz africana e os defensores dos direitos dos animais, e os próprios animais que são vítimas da exploração institucionalizada dos pelos humanos. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, esta pesquisa utiliza elementos da Antropologia Cultural, especificamente os fundamentos do multiculturalismo, e a partir de uma ética biocêntrica, promove um diálogo intercultural entre os fiéis das religiões de matriz africana e os animalistas. Partindo do pressuposto de que a cultura é dinâmica e que se relaciona com outras expressões culturais, agregando novos valores, este artigo analisa a possibilidade de ressemantização no ritual de culto aos orixás, no tocante ao sacrifício de animais, para atender à demanda de reconhecimento de dignidade ao animal e dos seus direitos fundamentais básicos.

Palavras-chave: Sacrifício de animais. Liberdade religiosa. Multiculturalismo.

Abstract: This article promotes a dialogue between two discriminated social groups: African-born religions and animal rights advocates, and the very animals that are the victims of the institutionalized exploitation of human beings. Through a bibliographical research, this research uses elements of Cultural Anthropology, specifically the foundations of multiculturalism, and from a biocentric ethics, it promotes an intercultural dialogue between the faithful of the religions of African matrix and the animalists. Based on the assumption that culture is dynamic and that it is related to other cultural expressions, adding new values, this article analyzes the possibility of resemantization in the ritual of worship to the orixás, regarding the sacrifice of animals, to meet the demand for recognition of dignity of the animal and its basic fundamental rights.

Keywords: Sacrifice of animals. Religious freedom. Multiculturalism.

Sumário: Introdução. 1 Animais como seres vulneráveis. 2 Correntes da ética pós-humanista: as teorias do direito e do bem-estar animal. 3 Culto aos orixás e sacrifício de animais: fé, resistência e cultura. 4 Ressemantização: mudar o rito sem deixar de cultuar o mito. Conclusões. Referências.

Introdução

A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, inciso VI, que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, garantida a proteção dos seus locais de culto e as suas liturgias.

O culto aos orixás ocorre nas religiões de matriz africana no Brasil, sobretudo no candomblé. Nessa prática religiosa os fiéis homenageiam entidades denominadas de orixás, sendo comum ocorrer o sacrifício de animais como bodes e galinhas, animais que serão consumidos pelos fiéis durante as festas de celebração.

Essas práticas, *a priori*, violam uma ética que concebe os animais como seres dotados de valor inerente, uma vez que esses animais são animais senscientes, portanto sofrem.

Em uma tentativa de superar o discurso de mera proibição legal da conduta, de cima para baixo, o que pode ensejar uma ofensa ao direito fundamental de liberdade religiosa, este artigo consiste na tentativa de promover um diálogo entre dois grupos sociais discriminados em nossa sociedade: as religiões de matriz africana e os defensores dos direitos dos animais, sem contar que os próprios animais são os mais discriminados ou mesmo exterminados, pelos mais diversos interesses humanos.

Por meio de uma pesquisa bibliográfica, serão utilizados elementos da Antropologia Cultural, especificamente os fundamentos do multiculturalismo, e a partir de uma ética biocêntrica, promover um diálogo intercultural.

Num primeiro momento, serão apresentadas as bases do Direito Animal, através da apresentação do paradigma antropocêntrico e do biocêntrico. Posteriormente, reflete-se sobre o candomblé enquanto religião e prática cultural, discorrendo sobre suas características com ênfase no sacrifício ritual. Por fim, adentra-se ao cerne do debate com a discussão sobre a possibilidade de ressemantização do culto a partir de um diálogo intercultural.

Neste diapasão, a pesquisa que se pretende empreender atuará como fonte de discussão para um tema de grande controvérsia não só no âmbito acadêmico, notadamente jurídico, mas no âmbito social como um todo, vez que aborda questões culturais e étnicas a partir de novas perspectivas que decorrem da construção jurídica da ética anti-especista quanto à proteção aos animais não-humanos.

1 Animais como seres vulneráveis

A vulnerabilidade é uma característica universal e ontológica de qualquer ser (vulnerabilidade primária), e a proteção dos animais tem por base essa vulnerabilidade, uma vez que o ser vulnerável é aquele que está permanentemente ameaçado e na maioria das vezes impedido de realizar seus próprios projetos de vida.

Vulneráveis são todas as criaturas que estão incapacitadas a se proteger tendo em vista as condições desfavoráveis a que estão submetidas e necessitam da tutela de terceiros para a própria sobrevivência¹.

Grande parte dos animais são seres vulneráveis mesmo porque os atos humanos podem acarretar-lhes danos, razão pela qual a ética pós-humanista reivindica a ampliação da nossa esfera de moralidade para incluir os animais sencientes,² pois da mesma forma que um indivíduo que não fala a língua de outro, o homem deve buscar formas de comunicação para interagir com os animais³.

Com efeito, a ética pós-humanista dá uma maior ênfase à empatia, que nada mais é do que a nossa capacidade de nos colocar no lugar do outro para melhor avaliar o problema, ainda que muitas vezes isso possa nos levar a praticar atos que venham de encontro aos nossos próprios interesses⁴.

De fato, a empatia está relacionada com a extensão do círculo de moralidade e a recepção do sofrimento do outro, de modo que isto nos conduza a um comportamento efetivamente ético.

A empatia, também denominada alteridade, propicia uma busca constante por condutas éticas de respeito e valorização do outro, levando em conta muito mais as nossas semelhanças que as diferenças.

1 SCHRAMM, Fermin Roland. Biotética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*. v. 16, 2008.

2 *Ibid.*

3 ASSUMPCÃO, Ela e SCHRAMM, Fermin Roland A ética da sabotagem da Animal Liberator Front. *Revista Brasileira de Bioética*. v. 4, n. 3 e 4, 2008. Disponível em: <<http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2008-43-4.pdf>>, p. 211.

4 SOUZA, Joseth Filomena de Jesus; SHIMIZU, Helena Eri. Representação social acerca dos animais e bioética de proteção: subsídios à construção da educação humanitária. *Revista Bioética* 21. 2013. Disponível em www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a19v21n3.pdf, p. 553.

Ter empatia com um animal, por exemplo, significa preocupar-se com a sua fragilidade, percebendo que ele pode passar facilmente de um estado de vulnerabilidade para um estado de suscetibilidade, daí a necessidade de práticas sociais que visem protegê-los das ameaças decorrentes da ação de terceiros⁵.

Se um ser sofre, não existe justificativa moral para ignorar este sofrimento, não importando as características secundárias deste ser. Tratando-se de um ser sensiente, surge a necessidade de tutelá-lo, atendendo ao princípio da igualdade, que “requer que o sofrimento seja considerado na mesma medida entre os semelhantes”⁶.

Evidencia-se, dessa forma, a necessidade da superação do pensamento kantiano que divide o universo moral entre pessoa, dotada de valor intrínseco, e coisa, dotada de valor instrumental⁷.

Importante destacar que artigo 225 § 1º, inciso VII, da Constituição Federal, não se limita a garantir a variedade das espécies ou a função ecológica da fauna, adentra no campo da moral, ao impor expressamente a vedação a toda prática que submete os animais à crueldade⁸.

Não se pode olvidar que o Estado como ser dinâmico está em constante mutação, indicando novos direcionamentos e realizando novos valores através do sistema constitucional.

A constitucionalização do direito animal erigiu os animais à condição de titulares do direito de ter a sua integridade física e moral assegurada, devendo o Poder Público e sociedade civil implementarem políticas que levem à concretização do mandamento constitucional que veda as práticas cruéis contra os animais.

5 *Ob. Cit.*

6 SILVA, Tagore. *Animais em juízo*. Salvador: Evolução, 2012, p.1128.

7 Segundo Kant somente os seres dotados de razão e vontade podem ser livres a ponto de não se curvarem a interesses alheios, são capazes de buscar um sentido para a vida e estaria habilitado a adquirir o status moral de pessoa, ao passo que os animais, por serem destituídos de razão, não passariam de coisas (*res corporalis*). Deste modo, o filósofo citado a partir da ideia do império da razão, considerando-a como capacidade humana de agir racionalmente, independente de instintos e interesse próprios, coloca o homem em patamar superior de importância no universo, vez que somente o homem poderia conhecer e controlar o universo. Portanto, não se compreendia ao sistema moral a exclusão dos animais humanas, em virtude de estes serem irracionais, não tendo direitos ou deveres, não contraindo obrigações. (FERREIRA, 2014, 64-8).

8 LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998, p. 137.

2 Correntes da ética pós-humanista: as teorias do direito e do bem-estar animal

Durante séculos a relação homem-animal está inserida no paradigma antropocêntrico, para o qual homem é o único ser dotado de valor intrínseco e todos os demais seriam meras coisas dotadas de valor instrumental, isto é, sempre atrelado aos interesses humanos.

Neste paradigma não existe qualquer preocupação com a vida dos animais, e mesmo quando isto ocorre o que importa é o benefício desta proteção em relação à espécie humana.

Não obstante, algumas fraturas no paradigma antropocêntrico se iniciam com divulgação da teoria da Evolução de Charles Darwin, que em 1858 publica “A Origem das Espécies pela Seleção Natural”, demonstrando que entre os homens e os animais existe continuidade e que as diferenças entre eles é apenas de grau e não de essência⁹.

A partir das descobertas de Darwin alguns pensadores vão demonstrar que a relação do homem com o animal é apenas uma representação social, uma vez que, em regra, a sociedade é composta por homens “aculturados”, os quais internalizam, acriticamente, o paradigma cultural dominante, de modo que tendemos a ver os animais na forma que a representação cultural dominante nos mostra¹⁰.

O paradigma pós-humanista almeja a consecução de mudanças éticas significativas no tratamento que dispensamos aos animais, através de alterações comportamentais e jurídicas que sejam capazes de afetar positivamente as condições de vida dessas criaturas¹¹.

Por certo que esse paradigma emergente possui várias vertentes, ora incluindo os animais no círculo da moralidade, ora considerando-os titulares de direitos fundamentais básicos, tais como a vida, a liberdade e a integridade física e psíquica¹², o que implicaria em vedação ao abate, ao aprisionamento e ao tratamento cruel¹³.

9 GORDILHO, Heron Santana. *Animal Abolitionism: Habeas Corpus for Great Apes*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2017. v. 1. 363 p. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26540/1/AbolicionismoAnimal_portingl-RI-2017-EDUFBA.pdf. Acesso em: 20 jun 2018, p. 30-31.

10 REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 28.

11 REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n. 12, v. 8, jan./abr. 2013 p. 20.

12 GORDILHO, Heron e SILVA, Raissa. *Balizas da ética ambiental: modelos axiológicos possíveis*. *Revista Brasileira de Direito*. v. 13, n. 1, 2017. Disponível: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1165>>.

13 GORDILHO, Heron Santana. *Animal Abolitionism: Habeas Corpus for Great*

O animalismo abolicionista, por exemplo, reivindica a total abolição de toda e qualquer forma de exploração institucionalizada dos animais¹⁴, com a sua consequente inclusão nos esferas do Direito e da moral, de modo que eles não devem mais ser considerados propriedade humana¹⁵.

Para autores como Carlos Naconecy, aos animais deve ser reconhecido o direito básico de não ser propriedade humana, um direito básico que podemos denominar de “proto-direito”, consubstanciado no direito de ter outros direitos¹⁶.

Para Regan os animais são titulares de direitos morais¹⁷ e a partir da amplificação do conceito kantiano de “pessoa”,¹⁸ considera que muitos animais - especialmente os mamíferos adultos - são “sujeitos de uma vida”, dotados, portanto, de um estado de consciência, interesses, crenças, desejos, percepções, sentimentos, emoções,

Apes. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2017, p.85. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26540/1/AbolicionismoAnimal_port-engl-RI-2017-EDUFBA.pdf. Acesso em 20 jun 2018,

- 14 GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 123: “Ainda hoje, no entanto, milhões de animais sencientes, nascidos livres, são roubados, capturados, mutilados, vendidos como mercadoria, espoliados na realização de trabalhos forçados, ou simplesmente mortos e devorados, sem qualquer direito a defesa, e poucos de nós se compadece com o sofrimento desses seres, muitos deles tão próximos de nós na cadeia evolutiva”.
- 15 Segundo FRANCIONE, Gary. *Rain without Thunder*. The ideology of the Animal Rights Movement. *Philadelphia*: Temple University Press, 1996. p. 02: “E porque a teoria dos direitos rejeita o tratamento dos animais como propriedade, a teoria dos direitos rejeita completamente a exploração institucionalizada dos animais, o que só se torna possível porque os animais têm o estatuto de propriedade.” (Tradução nossa)
- 16 NACONECY, Carlos. *Bem-estar animal ou libertação animal?* Uma análise crítica da argumentação anti bem-estarista de Gary Francione. *Revista Brasileira de Direito Animal*. Vol. 4, n. 05, 2009, p. 239.
- 17 Segundo REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 47: “Possuir direitos morais é ter um tipo de proteção que poderíamos imaginar como um sinal invisível dizendo: ‘Entrada Proibida’. O que esse sinal proíbe? Duas coisas. Primeira: ou outros não são moralmente livres para nos causar mal; [...]”
- 18 Consoante KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007, p. 36: “Uma pessoa é um sujeito cujas ações lhe podem ser imputadas. A *personalidade moral* não é, portanto, mais do que a liberdade de um ser racional submetido a leis morais (enquanto a *personalidade psicológica* é meramente a faculdade de estar consciente da própria identidade em distintas condições da própria existência. Disto resulta que uma pessoa não está sujeita a outras leis senão àquelas que atribui a si mesma (ou isoladamente ou, ao menos, juntamente com outros)”

memórias, frustrações, capacidades psicológicas e emocionais bem desenvolvidas¹⁹.

O animalismo benestarista, por outro lado, discorda da abolição imediata da exploração institucionalizada dos animais, reivindicando apenas o controle e regulação dessa exploração com a adoção de ações voltadas à mitigação do sofrimento desnecessário dessas criaturas.

Para esta corrente de matiz utilitarista, não existe nada de errado em utilizar animais em pesquisas científicas ou até mesmo em matá-los para vendê-los como alimento, desde que eles não sintam dor nesse processo.

Para esta vertente animalista, em toda decisão deve ser realizado o cômputo do montante de prazer e sofrimento, de quantificação, de forma que a ação será considerada útil se o resultado for favorável ao prazer²⁰.

Em termos mais simples, uma ação será eticamente positiva se o número de humanos e animais que experimentem prazer com o resultado superar o número de humanos e animais que experimentem dor (deve-se estar a falar, todavia, em sofrimento/prazer de mesma intensidade).

Ocorre que Singer, apesar de valorar os interesses dos animais, não nega ser a vida humana mais importante que a vida de um animal. Desta feita, entende que os animais podem vir a ser mortos em benefício do ser humano, desde que não lhes seja violado o interesse de não sentir dor²¹.

Para Singer, interesse em não sentir dor e o interesse no prolongamento da vida são coisas distintas, residindo o critério diferenciador na capacidade cognitiva, de modo que àqueles indivíduos capazes de elaborar preferências em relação ao futuro²² deve ser

19 GORDILHO, Heron . *Animal Abolitionism: Habeas Corpus for Great Apes*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2017. v. 1. 363p. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26540/1/AbolicionismoAnimal_portingl-RI-2017-EDUFBA.pdf. Acesso em: 20 jun 2018, p. 66.

20 SILVA, Tagore. *Animais em juízo*. Salvador: Evolução, 2012. p. 20.

21 SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 71.

22 ABOGLIO, Ana Maria. *Utilitarismo e bem-estarismo: Esclarecimentos para aprofundar a compreensão das diferenças substanciais com relação à Teoria dos Direitos Animais*. Trad. Regina Rheda. Disponível em: <<http://www.anima.org.ar/libertacao/abordagens/utilitarismo-e-bem-estarismo.pdf>> Acesso em: 02 jul. 2015, p. 03.

atribuído o interesse à vida, ao passo que àqueles não autoconscientes, apenas subsiste o interesse em não sofrer/obter prazer²³.

Nesse tipo de lógica, admite-se que o sacrifício de um animal não consciente da sua própria mortalidade é menos prejudicial que a morte de um indivíduo consciente de si, o que justificaria a exploração dos animais não autoconscientes em certas circunstâncias, desde que preservado o seu interesse em não sentir dor.

3 Culto aos orixás e sacrifício de animais: fé, resistência e cultura

Negros escravizados provinham de várias nações africanas, com diferentes línguas, costumes e cultos, de modo que cada localidade ou grupo étnico cultua um ou vários orixás.

Os portugueses tentaram evitar a união dos escravos, separando-os e fomentando a rivalidade entre eles. Mas uma vez reunidos, eles estabeleceram uma nova forma de culto que capaz de preservar as tradições africanas no território nacional, através de uma combinação de culto que está na raiz do nascimento do candomblé²⁴.

O desenvolvimento do candomblé marca a necessidade dos negros reelaborarem a sua identidade social e religiosa nas condições adversas da escravidão. Nesse sentido, a organização social e religiosa

23 Para SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004, p. 100: “Haverá um valor especial na vida de um ser racional e autoconsciente, por oposição a um ser que seja meramente senciente? Uma linha de argumentação para responder a essa pergunta de modo afirmativo pode ser desenvolvida da maneira como apresentaremos a seguir. Um ser autoconsciente tem consciência de si enquanto entidade distinta, com um passado e um futuro. (Este, lembremo-nos, era o critério mediante o qual Locke definia uma pessoa.) Um ser dotado de consciência de si será capaz de ter desejos relativos a seu próprio futuro. [...] Tirar a vida dessas pessoas sem o seu consentimento significa frustrar os seus desejos para o futuro [...] Já os seres que não conseguem ver-se como entidades dotadas de um futuro não pode ter quaisquer preferências a respeito de sua existência futura. Isto não equivale a negar que tais seres pudessem lutar contra uma situação na qual as suas vidas estivessem correndo perigo, como um peixe luta para livrar-se do anzol em sua boca; mas não indica mais que a preferência pela cessação de um estado de coisas percebido como doloroso ou amedrontador. O comportamento de um peixe fígado sugere uma razão para não se matar um peixe por esse método, mas, em si, não sugere uma razão de preferência utilitária contra o fato de se matar um peixe por um método que provoque morte instantânea, sem antes provocar dor ou sofrimento”.

24 Aponta-se com a primeira organização de cultos aos orixás no Brasil o Ilê Axé Yya Nassô Oká, em 1830, na cidade de Salvador, no bairro da Barroquinha. Posteriormente foi transferido para o Engenho Velho da Federação, onde ficou conhecido como Casa Branca.

dos terreiros, em certa medida, reinventou uma nova África no Brasil”²⁵.

No processo de adaptação do culto ao contexto local os escravos passaram a cultuar não necessariamente os orixás locais, característicos de tribos, cidades ou famílias específicas, mas vários orixás em comum, tudo isso em uma única casa de culto, constituindo assim uma “miniatura da “África””²⁶.

Essa nova forma de expressão religiosa está ligada à ideia de uma religião mágica, na qual se pressupõe o conhecimento e uso de forças sobrenaturais para a intervenção neste mundo, privilegiando o rito e a valorização do segredo iniciático²⁷.

O candomblé enquanto religião mágica se notabiliza pelo culto aos orixás, que são entidades que cuidam da relação entre o homem e o ambiente, para que ela seja a mais equilibrada possível.

Cada orixá se relaciona com um elemento específico da natureza: água, fogo, terra, ar, e se constituem em centros de energia cósmica que supervisionam o livre arbítrio coletivo, auxiliando na tomada de decisão dos indivíduos, uma vez que existe um intercâmbio energético entre o homem e as divindades²⁸.

O candomblé se caracteriza por ser uma religião composta de pequenos grupos que se congregam em torno de uma mãe ou pai-de-santo comum, onde cada grupo é denominado de terreiro, ainda que inexistam uma organização institucional, pois cada terreiro é portador de regras e formas de culto próprias.

Não havendo uma organização institucional eficaz que os unifique ou que permita uma ordenação mínima capaz de estabelecer planos e estratégias comuns na relação da religião afro-brasileira elas

25 SILVA JR. Hélio. Notas sobre o sistema jurídico e intolerância religiosa no Brasil: In: SILVA, Vagner da (Org.). *Intolerância Religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015, p.15.

26 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 21.

27 PRANDI, Reginaldo. A religião afro-brasileira e seus seguidores. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*. v. 3, n. 1, jun. 2003, p. 08. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/108/104>>.

28 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 132.

são autônomas e autossuficientes em suas relações com as outras religiões e o resto da sociedade²⁹.

Cada terreiro tem plena autonomia administrativa, ritual e doutrinária, e tudo depende da decisão pessoal da mãe ou pai-de-santo, mesmo porque o controle social exercido entre os terreiros, no conjunto geral do chamado povo-de-santo, se faz por redes informais de comunicação³⁰.

As religiões afro-brasileiras, com sua cosmologia, denotam um sentido de sacralidade associado à natureza, pois a relação entre o homem e o mundo natural se expressa por relações de respeito e reciprocidade.

Na verdade, existe uma série de relações de troca entre os adeptos e o orixá, relações estas que são necessárias à continuidade da natureza enquanto ciclo de vida, de onde emerge a ideia de devolução da energia recebida da natureza pela destruição de um determinado elemento, condição necessária para a sua reutilização³¹.

Assim, o sacrifício animal faz parte de um ritual de troca de energia entre o fiel e o orixá, uma troca que é efetivada por meio de oferendas e rituais, que podem ocorrer de duas formas: a) como um alimento oferecido ao Orixá, pois cada entidade tem um animal de sua preferência ou ; b) como troca de energia entre o animal e o fiel, onde o sacrifício retira as energias negativas do fiel passando-as para o animal (ebó de limpeza)³².

Como cada orixá tem um animal de sua preferência, em regra, a oferenda é feita uma vez por ano, no dia da festa do Orixá, embora ele também receba outros tipos de oferenda, como flores e frutos³³.

29 PRANDI, Reginaldo. *A religião afro-brasileira e seus seguidores. Civitas – Revista de Ciências Sociais*. v. 3, n. 1, jun. 2003, p.10. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/108/104>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

30 *Ibidem*, p. 31.

31 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 08.

32 A AMORIM, Malu, Flávia Pôrto. *Sacrifícios rituais em religiões afro-brasileiras: a proteção jurídica aos animais não humanos frente a valores religiosos e culturais*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31559/sacrificios-rituais-em-religioes-afro-brasileiras>. Acesso em: 22 ago. 2017.

33 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 38-39.

É importante destacar que os animais que são oferecidos em sacrifícios devem estar necessariamente saudáveis e sem problemas físicos, e o sexo do animal também é relevante, pois deve estar relacionado ao gênero dos orixás, pois os Orixás femininos só “comem” os animais do mesmo sexo, o mesmo ocorrendo com os Orixás do sexo masculino³⁴.

Através dos sacrifícios, os espíritos são fortificados e alimentados, e como resultado, os pedidos e desejos dos fiéis podem ser atendidos, tanto para questões de saúde, como para questões financeiras, de relacionamento, dentre outras, pois os fiéis acreditam que a energia liberada pelo sacrifício retorna positivamente para quem realiza o ritual³⁵.

Trata-se de um ritual sagrado que não pode ser conduzido por qualquer pessoa, mas apenas pelo Axogum “mão de faca”, pois apenas ele tem permissão dos Orixás para sacrificar um animal³⁶.

Ao imolar o animal, o sacerdote não acredita estar matando o animal, mas apenas entregando-o em oferenda à divindade, e o sangue do animal, componente vital que transporta o axé (energia positiva), é também utilizado para regar as pedras (ítas) dos orixás na cerimônia secreta³⁷.

Poucos dias depois do ritual de sacrifício, ocorre a festa que envolve não só os fiéis, mas toda a comunidade, ocasião em que as partes do animal que não foram oferecidas são utilizadas para preparar o alimento que será distribuído entre os convidados.

Para o povo-de-santo, o consumo da carne de um animal que foi morto de forma sacrificial tem axé, e é a melhor maneira de começar uma comunhão com os Orixás, uma vez que se está compartilhando a comida preferida por eles.

4 Ressemantização: mudar o rito sem deixar de cultivar o mito

34 AMORIM, Malu, Flávia Pôrto. *Sacrifícios rituais em religiões afro-brasileiras: a proteção jurídica aos animais não humanos frente a valores religiosos e culturais*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31559/sacrificios-rituais-em-religioes-afro-brasileiras>. Acesso em 22 de agosto de 2017.

35 *Ob. Cit.*, 2014.

36 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 91.

37 *Ibidem*, p. 107.

Para enfrentar conflitos como este, Boaventura de Sousa Santos propõe a hermenêutica diatópica com fundamento nos *topoi* culturais, ou seja, nos lugares comuns retóricos mais abrangentes de cada cultura, os quais funcionam como premissas de argumentação³⁸.

Nesse tipo de hermenêutica o mais importante é a promoção do diálogo intercultural, que apenas ocorrerá se os lugares comuns de cada cultura, com suas semelhanças e diferenças, forem compreendidos amplamente pelos envolvidos, o que demanda tempo e disposição, face a complexidade das questões envolvidas.

Neste diálogo intercultural, o mais importante é identificar através do diálogo as desigualdades entre as culturas, uma vez que se trata de um processo aberto de argumentação baseado na ética e no respeito à diferença, abrindo oportunidade para que novos direitos e novos paradigmas éticos possam ser incorporados no seio de cada cultura.

Entende-se que seria autoritário usar a lei, sobretudo lei penal, para efetivar a proteção dos animais impedindo a realização da liturgia do Candomblé, pois isto pode caracterizar uma violação do preceito constitucional que estabelece a proteção dos rituais e liturgias religiosas, especialmente quando não fica caracterizada a crueldade contra os animais, os quais são destinados à alimentação da comunidade e também dos Orixás.

Intolerância religiosa, usando como argumento a proteção animal para legitimar prática discriminatória. O objetivo da ampliação do círculo moral restaria prejudicado, pois não se colima a diminuição de direitos, mas a ampliação.

Boaventura de Sousa Santos chama atenção que falar de cultura e de religião é falar de diferenças, de fronteiras, de particularismo. Assim, questiona possibilidade de falar em política de direitos humanos simultaneamente cultural e global e sugere justificar uma política progressista de direitos humanos com âmbito global e legitimidade local³⁹.

38 SOUSA SANTOS, *Boaventura de. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. Contexto Internacional*, n. 23. p. 7-4, 2001, p 201. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF>.

39 SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais* n. 48, jun 1997, p. 13.

Defende-se então o multiculturalismo, isto é, uma forma de globalização de baixo pra cima, ou contra-hegemônica. Para tanto, segundo Boaventura de Sousa Santos⁴⁰ assevera que deve haver não só uma troca entre saberes, mas entre universos de sentido (*topoi*) diferentes, ou seja, lugares comuns retóricos que funcionam como premissas de argumentação que por não se discutirem, dada a sua evidência, tornaram possíveis a produção e troca de argumentos.

Deste modo, a hermenêutica diatópica parte da premissa de que os *topoi* de cada cultura por mais forte que sejam, são tão incompletos como a cultura a que pertencem. Essa incompletude não é visível no interior dessa cultura, assim, a hermenêutica terá o objetivo de ampliar o máximo da consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola.

As práticas religiosas avançam com a sociedade e estar atento a valores que outrora não eram percebidos e adequar essas práticas às novas perspectivas não pode ser encarado como intolerância, mas como transformação social e ideológica. Sem isso, não se chegará ao verdadeiro conceito de humanidade.

Embora já existam alguns terreiros que adotam o candomblé vegetariano⁴¹, para muitos fieis, o sacrifício ritual constitui um dogma essencial das religiões de matrizes africanas, de modo que qualquer proibição afetaria negativamente o povo-de-santo, representando uma grave violação da norma constitucional que assegura o direito fundamental da liberdade religiosa⁴².

Maria Stella de Azevedo Santos, Iyalorixá do Ilê Axé Opô Afonjá, em artigo publicado em jornal de Salvador admite a possibilidade de transformação de alguns ritos no candomblé. Nesse artigo, publicado em 21 de dezembro de 2015, no Jornal A Tarde, a “Sacerdotiza” revelou que, a partir de 2016, o terreiro não irá colocar presentes no mar em homenagem a Iemanjá, orientando seus filhos a oferecerem Iyemanjá com harmoniosos cânticos:

Quanto mais Yemanjá ajudava as pessoas, mais presentes eram depositados em sua casa. Seu lar foi ficando sujo. Iyemanjá pediu, então, que as pessoas não lhe dessem presentes de

40 Ibid.

41 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016.

42 WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

plásticos nem de metal, pois estes, com o tempo, transformavam-se em lixos difíceis de serem degradados. Os mais obedientes passaram a oferecer apenas o líquido dos perfumes e flores, mas os produtos químicos dos quais eram feitos os perfumes poluíam as águas e as pétalas das flores adoeciam os peixes.

[...] Muito tempo já tinha se passado até que uma bela e harmoniosa melodia pôde ser ouvida pelo povo da Bahia. Iyemanjá cantava: ‘Reúnam-se, cantem e me encantem; este é o presente que quero e posso receber a partir de agora. Não quero mais presentes, quero presença’.⁴³

Esta decisão demonstra que o candomblé procura se adaptar aos temas contemporâneos, refletindo com a comunidade sobre a necessidade de proteção ao meio ambiente, revisitando inclusive a tradição de oferenda. Maria Stella de Azevedo Santos adverte que:

Quem for consciente e corajoso entenderá que os ritos podem e devem ser adaptados às transformações do planeta e da sociedade. Os ritos se fundamentam nos mitos e nestes estão guardados ensinamentos valorosos. O rito pode ser modificado, a essência dos mitos, jamais!⁴⁴

No candomblé, para um mesmo Orixá podem coexistir diferentes mitos e diferentes cultos, pois cada comunidade é livre para inovar ou retomar antigos ritos, incorporando novas práticas.

Segundo Reginaldo Prandi:

Cada terreiro exerce o direito de copiar e incorporar novidades, mas costuma dotá-las de outros significados. Pode mudar, afirmando que se mantém na rígida tradição. Terreiros nascem uns dos outros, mas não há dois iguais, mesmo quando se observam os terreiros mais antigos, surgidos da mesma matriz fundante.⁴⁵

Assim, face à plasticidade das religiões de matizes africanas, é plenamente possível a adequação da liturgia do sacrifício à norma constitucional de proteção aos animais não humanos.

Como os Orixás, enquanto divindades, não são estáticos, e se modificam de acordo com o progresso cultural, tecnológico e a

43 SANTOS, Maria Stella de Azevedo. *Presença, sim! Presente, não!*. 21 de dez de 2015. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/opiniao/noticias/1734286-presenca-sim-presente-nao>. Acesso em: 24 dez. 2015.

44 Ibid.

45 PRANDI, Reginaldo. A religião afro-brasileira e seus seguidores. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 3, n. 1, jun. 2003, p. 31-32. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/108/104>>. Acesso em: 29 ago 2017.

trajetória espiritual humana, as mudanças na percepção, interpretação, manifestações e a compreensão de seus atributos e funções podem levar à readaptação dos ritos às novas necessidades, mentais, psicológicas e sociais da comunidade.

Ademir Barbosa Júnior denomina estas transformações de “metamorfose das divindades”, que segundo o autor, acompanham de maneira simbiótica o desenvolvimento do seu povo, fazendo surgir novos valores e hábitos comportamentais, morais e sociais⁴⁶.

Conclusões

O tráfico de pessoas nos séculos XVI a XVIII trouxe um contingente de negros originários do continente africano que se estabeleceram no Brasil e influenciaram não só a cultura, como o modo de vida e crença.

Nesse diapasão, na simbiose com aqueles que já estavam no país, sejam europeus, sejam os índios, erigiu-se o candomblé, uma religião afro-brasileira, que não apresenta completa identidade com as práticas celebradas na África e que se adequou à realidade do país.

Assim, as religiões afro-brasileiras decorrem da assimilação dos cultos africanos pela sociedade brasileira, o que já denota um caráter de heterogeneidade.

No decorrer dos anos, tanto em decorrência de sua relação com outras religiões, como em decorrência do desenvolvimento das instituições e práxis, notabilizaram-se transformações nos rituais.

Deste modo, não obstante a essência de culto aos orixás permaneça em evidência, os rituais se modificaram para que se adequem às novas realidades e nuances sociais.

Assim, se os rituais não podem ser compreendidos como dogmas imutáveis e não existem direitos absolutos, não há óbice para a efetivação da proteção ao animal não humano ao fomentar nos seios das comunidades de terreiros alternativas sacrifício ritualístico, por meio do diálogo intercultural.

E isso não se consubstancia como uma ideologia de intolerância religiosa, dado o atendimento à regra da alteridade, da cooperação entre as culturas, da argumentação e da autonomia.

46 BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016, p. 132.

Ao contrário, é conceber que os significados culturais se alteram, mormente quando se tratam de religiões ou práticas culturais que possam se manter à revelia de outros valores tão relevantes e também protegidos, sobretudo quando existe a possibilidade de alterações nos rituais sem contrariar a essência deles e da necessidade de atender outros interesses também relevantes.

Nesse diapasão, se não se pode atribuir o caráter dogmático ao ritual, mas tão somente à essência de cultural, por conseguinte, seria plausível a resignificação da liturgia para adequar à exigência norteadora de proteção ao animal não humano, sem com isso, propugnar a intolerância religiosa ou a ofensa ao direito fundamental de liberdade religiosa e de manifestação étnico-cultural.

Referências

- ABOGLIO, Ana María. *Utilitarismo e bem-estarismo: Esclarecimentos para aprofundar a compreensão das diferenças substanciais com relação à Teoria dos Direitos Animais*. Trad. Regina Rheda. Disponível em: <<http://www.anima.org.ar/libertacao/abordagens/utilitarismo-e-bem-estarismo.pdf>>. Acesso em: 2 jul. 2015.
- ABREU, Sérgio Luiz da Silva de. *O afro-brasileiro e os direitos culturais face à globalização*. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5021>. Acesso em: 31 ago. 2017.
- AMORIM, Malu, Flávia Pôrto. *Sacrifícios rituais em religiões afro-brasileiras: a proteção jurídica aos animais não humanos frente a valores religiosos e culturais*. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31559/sacrificios-rituais-em-religoes-afro-brasileiras>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- ASSUMPCÃO, Ela e SCHRAMM, Fermin Roland A ética da sabotagem da Animal Liberator Front. *Revista Brasileira de Bioética*. v. 4. n. 3, 2008. Disponível em: <<http://bioetica.catedraunesco.unb.br/wp-content/uploads/2016/09/RBB-2008-43-4.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2017.
- BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBOSA JÚNIOR, Ademir. *Candomblé: uma religião ecológica*. São Paulo: Anúbis, 2016.

BARBOSA, Wilson do Nascimento. *Cultura negra e dominação*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2002.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de out. de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio. *Direito e pós-humanidade: quando os robôs serão sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

DA MATTA, Roberto. *Relativizando: uma introdução a uma Antropologia Social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1981.

FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos. A dignidade e o animal não-humano. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Orgs.) *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. *A proteção dos animais e o direito: o status jurídicos dos animais como sujeitos de direito*. Curitiba: Juruá, 2014.

FRANCIONE, Gary. *Rain without Thunder. The ideology of the Animal Rights Movement*. Philadelphia. Temple University Press, 1996.

GORDILHO, Heron Santana. *Animal Abolitionism: Habeas Corpus for Great Apes*. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2017. v. 1. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26540/1/AbolicionismoAnimal_port-ingl-RI-2017-EDUFBA.pdf. Acesso em: 20 jun. 2018

GORDILHO, Heron José de Santana. *Direito ambiental pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2011.

GORDILHO, Heron e SILVA, Raissa. Balizas da ética ambiental: modelos axiológicos possíveis. *Revista Brasileira de Direito*, v.

13, n. 1, 2017. Disponível: <<https://seer.imes.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1165>>. Acesso em: 7 fev. 2018.

KANT, Immanuel. *Introdução ao Estudo do Direito*: doutrina do direito. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

LE BOT, Olivier. Direitos fundamentais para os animais: uma ideia absurda? *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 11, jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8415>> Acesso em: 7 mar. 2017.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEVAI, Laerte Fernando. *Direito dos animais*: o direito deles e o nosso direito sobre eles. Campos do Jordão: Editora Mantiqueira, 1998.

LIMA, Kellen Josephine Muniz de e OLIVEIRA, Ilzver de Matos. *Liberdade religiosa e a polêmica em torno da sacralização de animais não-humanos nas liturgias religiosas de matriz africana*. 2015. Disponível em: <http://www.bibliotekevirtual.org/index.php/2013-02-07-03-02-35/2013-02-07-03-03-11/1204-revistadedireito/v11n01/12887-liberdade-religiosa-e-a-polemica-em-torno-da-sacralizacao-de-animais-nao-humanos-nas-liturgias-religiosas-de-matriz-africana.html>. Acesso em: 2 jan. 2016.

MEDEIROS, Fernanda e HESS, Giovana. Proteção Jurídica aos animais no Brasil: reflexões entre o decreto nº 24.645/34 e o projeto de lei do Senado Federal nº 351/15. In: ALBUQUERQUE, Leticia; DA SILVA, Mônica Neves Aguiar; POZZETI, Valmir César (Coord.). *Biodireito e direito dos animais*. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

MORAIS, Marcelo Alonso. Umbanda e Meio Ambiente: o culto de Oxossi e às florestas. Rio de Janeiro: Iedia Jurídica, 2013.
PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1988.

NACONECY, Carlos. Bem-estar animal ou libertação animal? Uma análise crítica da argumentação anti bem-estarista de Gary Francione. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v. 4, n. 5, 2009.

Disponível: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10633/7678>>. Acesso em: 1 jul. 2015.

PRANDI, Reginaldo. A religião afro-brasileira e seus seguidores. *Civitas – Revista de Ciências Sociais*, v. 3, n. 1, jun. 2003. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/108/104>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

REGAN, Tom. *Jaulas Vazias*. Porto Alegre: Lugano, 2006.

REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, n. 12 v. 8, jan./abr. 2013.

REIS, Junio Barreto dos. *O Infanticídio indígena: um conflito entre a diversidade cultural e os direitos humanos*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ab28ad5cc818e94c>>. Acesso em: 1 set. 2017.

ROBERT, Yannick Yves Andrade; PLASTINO, Carlos Alberto; LEITE, Fábio Carvalho. *Sacrifício de animais em rituais de religiões de matriz africanas*. Disponível em: http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/yannick_yves_andrade_robert.pdf. Acesso em: 8 jul. 2017.

RODRIGUES, Danielle Tetü, *O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa*, Curitiba, Juruá, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A proteção dos animais e o papel da jurisprudência constitucional*. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-24/protECAo-animais-papel-jurisprudencia-constitucional>. Acesso em: 10 set. 2016.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Contexto Internacional*, n. 23. p. 7-4, 2001. Disponível em:

http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. Acesso em: 18 ago. 2017.

SOUSA SANTOS, Boaventura. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 48, jun. 1997.

SOUZA, Joseth Filomena de Jesus; SHIMIZU, Helena Eri. Representação social acerca dos animais e bioética de proteção: subsídios à construção da educação humanitária. *Revista Bioética*, n. 21. 2013. Disponível em: www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a19v21n3.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017.

SANTOS, Maria Stella de Azevedo. *Presença, sim! Presente, não!. 21 de dez de 2015*. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/opiniao/noticias/1734286-presenca-sim-presente-nao>. Acesso em: 24 dez. 2015.

SCHRAMM, Fermin Roland. Biotética da Proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, v. 16. 2008.

SILVA JR. Hédio. *Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

_____. Notas sobre o sistema jurídico e intolerância religiosa no Brasil: In: SILVA, Vagner da (Org.). *Intolerância Religiosa: impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

ILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Tagore Trajano de A. Crítica à herança mecanicista de utilização animal: em busca de métodos alternativos. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SILVA, Tagore. *Animais em juízo*. Salvador: Evolução, 2012.

_____. *Fundamentos do direito animal constitucional*. 2009. Disponível em: <http://www.abolicionismoanimal.org.br/artigos/Fundamentos.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Porto Alegre: Lugano, 2004.

_____. *Ética prática*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Joseth Filomena de Jesus e SHIMIZU, Helena Eri. Representação social acerca dos animais e bioética de proteção: subsídios à construção da educação humanitária. *Revista Bioética*.

2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a19v21n3.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SUNSTEIN, Cass. Os Direitos dos Animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*. v. 9. n. 16, p. 47-70, 2014. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12118>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Recebido em: 12 de novembro de 2018.

Aceito em: 22 de novembro de 2018.

LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA FUNDAMENTACIÓN LATINOAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS

OS POVOS INDÍGENAS NA FUNDAMENTAÇÃO LATINO- AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS

Alejandro Rosillo Martínez¹ 

¹ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México.
Doctor en Derechos Humanos. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

Resumen: El discurso eurocentrado de derechos humanos ha sido un componente funcional a la colonialidad del poder, del saber, del ser y del hacer. La manera en que concretiza la comprensión de dignidad humana y, en especial, las formas y mecanismos de protegerla, es en diversas ocasiones una forma de ejercer la colonialidad. De ahí que se considere necesario repensar los derechos humanos para lograr su descolonización. O en otras palabras, desarrollar una teoría crítica que dé mejor cuenta a las prácticas liberadoras que encarnan, apropian y transforman el discurso de derechos humanos.

Palabras clave: Derechos humanos. Fundamentación. Filosofía. Liberación. Pueblos Indígenas.

Resumo: O discurso eurocêntrico dos direitos humanos tem sido um componente funcional da colonialidade do poder, do saber, do ser e do fazer. A maneira como concretiza a compreensão da dignidade humana e, principalmente, as formas e mecanismos para protegê-la, é em diversas ocasiões uma forma de exercer a colonialidade. Por isso, considera-se necessário repensar os direitos humanos para realizar sua descolonização. Em outras palavras, desenvolver uma teoria crítica que dê melhor conta às práticas libertadoras que incorporam, apropriam e transformam o discurso dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Fundamentação. Filosofia. Liberdade. Povos Indígenas.

Sumário: Introdução. 1 Filosofía de la liberación y descolonialidad.
1.1 La alteridade. 1.2 La práxis. 1.3 La producción y
reproducción de vida. Conclusión. Referencias.

Introducción

La emergencia e insurrección de los pueblos indígenas en diversas partes de América Latina significa un reto para la teoría de los derechos humanos, ya que en cuanto a la visión dominante, ellos son un producto de la Modernidad colonizante. En este sentido, el análisis que se realiza del sistema moderno/colonial cuestiona de raíz el fundamento

de los derechos humanos: su universalidad, su monoculturalidad, su eurocentrismo, su individualismo, etc.

La concepción de la dignidad humana expresada a través del discurso de los derechos humanos ha cobrado una gran importancia durante las últimas décadas; se ha configurado como uno de los principales criterios de legitimidad en el ámbito político y jurídico. Los Estados se autodefinen como estados constitucionales de derecho, garantistas, democráticos, sociales – entre otros calificativos –, y cuentan con constituciones que incluyen catálogos más o menos semejantes de derechos humanos. Se afirma que los derechos humanos son el fin último del Estado, y que éste contiene diversas instituciones encargadas de garantizarlos, de repararlos, en obediencia a y en aplicación de la Constitución y los tratados internacionales en la materia.

Lo anterior se acompaña con posturas teóricas que provienen de diversas disciplinas, como la teoría del derecho, la filosofía del derecho, la teoría constitucional, etc., que guardan algunos puntos en común, pues asumen la concepción de derechos humanos que se ha configurado dentro de la Modernidad hegemónica. Si bien pueden existir algunas divergencias, estas posturas responden a la configuración del Estado moderno y a la perspectiva ética de la ilustración europea, asumiendo irrestrictamente el valor universal de los derechos humanos.

Consecuencia de lo anterior es que ante la diversidad y pluralidad cultural del mundo, los derechos humanos se presentan como *la* concepción universal de dignidad humana. De ahí que sean vistos como productos occidentales que justifican procesos de imposición cultural; como un instrumental que impone una sola forma de comprender y construir el mundo.

No obstante, no se puede negar que al amparo del discurso de los derechos humanos se han logrado resultados positivos para la protección de la dignidad humana. Y una gran parte de estos logros provienen de luchas y movimientos sociales y de pueblos originarios indígenas, de organizaciones populares, etc., es decir, de sujetos emergentes que reaccionan ante estructuras económicas, sociales, políticas o culturales que les niegan la posibilidad de construir una vida digna. En otras palabras, no debemos pasar por alto el potencial liberador de derechos humanos y tomar en cuenta las posibilidades reales que tienen cuando son utilizados y asumidos por movimientos sociales o sectores marginados que, en muchas ocasiones, son los mismos sujetos que sufren de diversas formas de colonialidad.

Al abordar la relación entre el discurso de derechos humanos y las luchas de los pueblos indígenas, Ignacio Ellacuría señalaba que

Si nos referimos específicamente a las mayorías oprimidas y explotadas y a las comunidades indígenas, hay que reconocer que en principio la doctrina de los derechos humanos, a pesar de su aparente universalidad y generalidad, ni ha nacido de sus problemas ni pretende resolverlos. No sólo no se habla en ella de los derechos del pueblo oprimido pero ni siquiera de derechos propiamente humanos; esos derechos son en su origen y, sobre todo, en su aplicación derechos ciudadanos de una determinada clase social y de un determinado conjunto de países. (ELLACURÍA, 2012, p. 295)

Ellacuría afirma que la teoría de derechos humanos no responde a las luchas de los pueblos indígenas ni a la de las mayorías oprimidas, pero no deja de reconocer la importancia que ha cobrado este discurso. En especial, destaca su función insurreccional cuando se parte de situaciones de injusticia que requieren de la lucha social. De ahí que planté la necesidad de una “teoría revolucionaria o insurreccional de los derechos humanos” (ELLACURÍA, 2012, p. 296).

Ahora bien, si bien existe un uso liberador de derechos humanos que ciertas subjetividades emergentes realizan, esto no deja a un lado que el discurso de derechos humanos, como estrategia política y jurídica de la Modernidad, esté afectado de colonialidad, y que, en consecuencia, puedan constituirse en instrumentos de dominación. Para Quijano, la colonialidad “es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial del poder capitalista” (QUIJANO, 2000, p. 93). Es decir, se trata de un concepto que si bien guarda relación, es diferente al concepto de “colonialismo”. La colonialidad significa que, a partir de 1492, se inició un proceso donde la división internacional del trabajo se realizó entre periferias y centros, y con un gran énfasis la jerarquización étnico-racial de las poblaciones. Este proceso no ha concluido con la finalización formal del régimen político del colonialismo, sino continúa y estamos en una transición hacia *la colonialidad global*.

En este sentido, el discurso eurocentrado de derechos humanos ha sido un componente que ha funcionado para la colonialidad del poder, del saber, del ser y del hacer. La manera en que concretiza la comprensión de dignidad humana y, en especial, las formas y mecanismos de protegerla, es en variadas ocasiones una forma de ejercer la colonialidad. De ahí que consideremos necesario repensar los derechos humanos para lograr su descolonización. O en otras palabras, desarrollar una teoría crítica

que dé mejor cuenta a las prácticas liberadoras que encarnan, apropian y transforman el discurso de derechos humanos.

Hemos de reconocer que la construcción de una fundamentación de derechos humanos, desde la perspectiva descolonizadora, es una tarea ardua y de largo alcance. Por el momento, en las siguientes líneas, reflexionamos sobre algunos aportes que la Filosofía de la Liberación (FL) puede realizar a construir una fundamentación que pueda dar cuenta de experiencias como las luchas de los pueblos indígenas. Básicamente nos centraremos en tres conceptos que han de tomarse en cuenta para hablar de una fundamentación de derechos humanos: la alteridad, la praxis y el sujeto vivo necesitado.

1 Filosofía de la liberación y descolonialidad

El tema de la descolonización y los derechos humanos ha estado potencialmente presente en el pensamiento de la liberación. Una muestra es el ya citado artículo de Ignacio Ellacuría escrito a petición de una revista francesa, donde se le plantea la relación de los derechos humanos con las luchas de los pueblos indígenas. Su respuesta la realizó dentro del marco de análisis que le daban las categorías “mayorías populares” y “realidad histórica” pero enriquecidas con el contenido intercultural. En efecto, como dijimos, propone la construcción de una “teoría revolucionaria de los derechos humanos” que parta de las luchas de las mayorías populares por transformar y que dé más de sí la realidad histórica, con el fin de superar las situaciones de injusticia.

En este contexto, Ellacuría comprende a los pueblos indígenas como parte de esas mayorías populares, pero añade —de cierta forma— la cuestión de la “colonialidad del poder, del ser y del saber”. De ahí que establezca la necesidad de la autonomía indígena, como parte de un derecho a la insurrección o revolución, en los siguientes términos:

Una de las formas típicas de esta injusticia es la de la heterodeterminación, la de ser forzados a determinar la existencia individual y colectiva por lo que otras quieren. De ahí que el derecho de insurrección se pueda afirmar positivamente como derecho de autodeterminación, pero de autodeterminación sobre todo de quienes han sido forzados secularmente a heterodeterminarse, los secularmente heterodeterminados (ELLACURÍA, 2012a, p. 296).

Reconoce la importancia de no desperdiciar la experiencia histórica de los pueblos indígenas para poder reconstruir las luchas por

la dignidad humana y lograr generar una nueva comprensión de los derechos humanos. Siguiendo esta línea, sostenemos que a partir de la FL se puede proponer un camino para una fundamentación de derechos humanos que asuma la descolonialización.

1.1 La alteridad

La FL, aún cuando es crítica de la Modernidad, no renuncia a la subjetividad. Para los procesos de liberación es importante que la víctima, el pobre y el oprimido se constituyan en sujetos de su propia historia. Sin embargo, la FL no fundamenta derechos humanos en el sujeto abstracto de la Modernidad, ni en el individuo egoísta que sólo busca su propio interés. La autonomía del sujeto no es sinónimo de la subjetividad moderna que inicia los procesos de derechos humanos. Esto porque el sujeto abstracto de la Modernidad se constituye como una Totalidad excluyente, no abierta a la proximidad, ni a la exterioridad del Otro. Además, como señala Hinkelammert, la moderna sociedad occidental más que antropocéntrica es mercadocéntrica (HINKELAMMERT, 2005); ha colocado el mercado como un supuesto orden natural, y la legitimidad y validez de las instituciones están en función de que permitan el libre desenvolvimiento de las leyes de mercado. Por eso, la visión del sujeto y de la subjetividad de la Modernidad, iniciada con Descartes, terminó ligándose al dominio de la naturaleza y de la realidad social a través del capitalismo. Se trata de una concepción *egocentrista* del ser humano, que sacraliza al individuo como propietario que fomenta la enajenación y mercantilización de todas las facetas de la vida humana. Reducir la dimensión subjetiva del ser humano a la subjetividad individualista de la Modernidad hegemónica significa promover un desperdicio de la experiencia. Desde otras culturas, la subjetividad se ha construido de manera distinta, y en diversas ocasiones de forma comunitaria.

La subjetividad debe constituirse en el encuentro con el otro. Como es bien sabido, es Enrique Dussel quien, partiendo de la filosofía de Emmanuel Levinás, ha introducido la alteridad como un elemento fundamental de la FL. Por eso, se habla de una FL concebida como una metafísica de la alteridad o una filosofía de la alteridad ética (GARCÍA RUIZ, 2003; SALAMANCA, 2003). A partir de ahí, se trataría de constituir subjetividades de personas y de pueblos; es decir, tanto subjetividades personales como subjetividades colectivas.

Del conjunto de categorías que Dussel aporta a la FL, algunas de ellas tienen relación con una fundamentación de derechos humanos desde la alteridad y, además, autores juristas cercanos a los movimientos de liberación las han tomado en cuenta para la construcción de su pensamiento jurídico (DE LA TORRE, 2007, pp. 139-159). Estas categorías son la proximidad, la totalidad, las mediaciones, la libertad situada, la exterioridad y la enajenación.

Dussel afirma que la exterioridad es la categoría más importante para la FL, y que posibilita realizar un discurso nuevo. Es decir, la *exterioridad* marca la diferencia de la FL con las filosofías del centro que usan también las otras categorías. Posibilita un discurso nuevo porque hace viable fijarse en la realidad de los pueblos periféricos: “Es la novedad de nuestros pueblos lo que se debe reflejar como novedad filosófica y no a la inversa” (DUSSEL, 1996, p. 55). La exterioridad parte del hecho de que en el conjunto de todos los entes, sobresale uno, distinto a todos los demás: *el rostro de los otros seres humanos*. Alejados de la proximidad, consumidos por la proxemia –donde aún el rostro humano es asumido como una cosa-sentido, como un ente más–, la presencia de este rostro nos recuerda la necesidad de aquélla. El ser humano como ente es parte de la totalidad, de los sistemas, pero la emergencia de su rostro nos vuelve a enfrentar a la proximidad; es cuando el otro se nos revela en toda su exterioridad (DUSSEL, 1996, p. 56).

Pero también es importante considerar la categoría de *alienación*, que se da cuando se le niega al otro su calidad de otro. La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a autocentrarse; busca eternizar su estructura presente y a devorar intrasistémicamente a toda exterioridad posible (DUSSEL, 1996, p. 70). Entonces para el sistema el *otro* aparece como algo diferente, que pone en peligro la unidad de “lo mismo”. En efecto, al *otro* en tiempo de peligro se le transforma gracias a la ideologización en “el enemigo”.

Estas categorías nos posibilitan establecer un fundamento de derechos humanos desde la alteridad, desde el encuentro con el otro. A diferencia de los fundamentos hegemónicos de derechos humanos basados en una subjetividad del individuo, que finalmente son parte de la totalidad, del sistema dominante, la FL propone un fundamento en la alteridad, desde una subjetividad abierta al otro y no cerrada en la mismidad. En este contexto, la subjetividad moderna es parte

de la totalidad que sólo reconoce derechos a *los mismos*¹, no al inequívocamente otro, al que por la totalidad es considerado extraño, ajeno y hasta peligroso al sistema. A ese otro, al contrario, aunque exija la satisfacción de las mismas necesidades que *los mismos*, es catalogado de delincuente; por eso, se criminalizan la protesta y las luchas sociales y las praxis de liberación se reprimen (ellas son finalmente los medios en que los otros emergen para romper la alienación a la que son sometidos). En efecto, la comprensión de derechos humanos efectuada sólo desde el individuo está marcada por un reduccionismo monocultural e historicista.

Sin negar la subjetividad como elemento de una fundamentación de derechos humanos, es imprescindible abrirla a la pluriculturalidad y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; se trataría de un sujeto inter-subjetivo, comunitario, que sea el sujeto de derechos humanos como praxis de liberación. Es lo que propone la FL a partir de una metafísica de la alteridad, que se concretiza en comprender a la ética, a la responsabilidad por el otro, como el inicio de toda filosofía. Esta ética es una ética de la solidaridad que tiene sus consecuencias para la construcción de una juridicidad alternativa, generada desde las luchas sociales (WOLKMER, 2002, p. 179-180).

La ética de la alteridad busca una apertura del sujeto que sea capaz de comprender lo nuevo de la historia que se construye desde la exterioridad. “El punto de partida es la víctima, el Otro, pero no simplemente como otra ‘persona-igual’ en la comunidad argumentativa, sino ética e inevitablemente (apodícticamente) como Otro en algún aspecto negado-oprimido (*principium oppressionis*) y afectado-excluido (*principium exclusiones*)” (DUSSEL, 1998, p. 417). Desde el otro como otro —el pobre, el oprimido, la víctima—, que es libertad incondicionada por cuanto se desprecia su exterioridad considerándola nada (como incultura, analfabetismo, barbarie, primitivismo, incivilización), es como surge en la historia lo nuevo. Por ello todo sistema futuro realmente resultante de una revolución subversiva en su sentido metafísico es analógica: semejante en algo a la anterior totalidad, pero realmente distinto.

1 Esos *mismos*, esos que reafirman la *mismidad* del sistema, son los que concretizan al ser humano abstracto, a ese ser humano que se considera “sujeto universal de derechos”, es decir, el varón, blanco, burgués, adinerado, occidental, etc.

Todo lo anterior se realiza, se hace realidad, cuando alguien dice, por ejemplo, “¡[t]engo hambre, necesito alimento!” (DUSSEL, 1998, p. 524). El hambre del pobre es consecuencia de un sistema injusto, y en su situación de víctima no tiene lugar dentro del sistema. No tiene lugar por ser negatividad, por sufrir falta-de, por ser no-ente en el mundo. Pero fundamentalmente está fuera porque saciar estructuralmente el hambre del pobre es cambiar radicalmente el sistema. En efecto, derechos humanos fundamentados desde la alteridad han de comprenderse en herramientas de lucha de quienes son víctimas del sistema, y por eso, más que elementos conservadores del sistema han de ser subversivos, transformadores, revolucionarios. El cara-a-cara con el otro inequívoco obliga a repensar constantemente derechos humanos, pues los derechos del otro no son parte del sistema (DUSSEL, 1996, p. 59).

La FL propone recuperar al ser humano como se hace presente en la realidad, como ser corporal, como sujeto viviente frente a otros que también se hacen presentes como seres corporales y sujetos vivientes; es una relación de cuerpo a cuerpo, de *cara-a-cara*. La pregunta clave de este sujeto no es “si existo” sino “puedo seguir existiendo”. Se trata de responderse por las condiciones de posibilidad de vivir cómo ser corporal, como ser viviente.

La demanda de la recuperación del sujeto, de la vida humana concreta, de la vida para todos, en las instituciones sociales y en las construcciones culturales, es la demanda más urgente del mundo de hoy. Para esto, derechos humanos es, sin duda, una herramienta importante, pero fundamentado en un sujeto inter-subjetivo. Y esto tiene que ver con la vuelta, en palabras de nuestro autor, al sujeto reprimido y al bien común.

1.2 La praxis

La FL no se comprende sólo como una ética de la alteridad, sino también puede entenderse como una filosofía de la praxis. Diversos autores –por ejemplo, Ellacuría, Dussel y Hinkelammert– abordan en su reflexión las diversas formas de *praxis*. De una u otra forma, buscan encontrar sus características para poder considerarla como una praxis de liberación. Si bien parten del análisis de la praxis humana en general, coinciden en señalar que no toda praxis es liberadora, sino que existen unas opresoras, homicidas y alienantes. En este sentido, derechos humanos como realidad histórica está afectada por esta ambivalencia de la praxis; derechos humanos bien pueden ser instrumentos de

ideologizaciones funcionales a prácticas opresoras o herramientas para la liberación. Fundamentar derechos humanos desde la praxis significa encontrar un fundamento sociopolítico; se trata de entenderlos como herramientas de las praxis de liberación.

Ellacuría aborda la praxis desde el análisis de los elementos y dinanismos que integran la realidad histórica que van desde la materialidad hasta la dimensión personal, y desde el individuo hasta el cuerpo social. Como señala Antonio González, la praxis humana “en cuanto apropiación y transmisión tradente de posibilidades es la categoría más apropiada para comprender la originalidad de lo histórico” (González, 1999, p. 11). En diversos escritos, tanto en los de carácter político, filosófico como teológico, Ellacuría utiliza el concepto *praxis*, y en variadas ocasiones lo hace de manera adjetivada; así se encuentran conceptos como *praxis histórica*, *praxis social*, *praxis política*, etc. Es un concepto utilizado por este autor como parte de su diálogo con el marxismo, aunque con una importante fundamentación en el pensamiento de Xavier Zubiri.

Para Ellacuría, por su carácter transformador, la praxis es el ámbito donde con mayor claridad se expresa la interacción entre el ser humano y el mundo, pues en ella las relaciones no son siempre unidireccionales sino respectivamente codeterminantes. A través de la praxis se muestra el poder creativo del ser humano. Este poder “está en estrecha relación con el grado de libertad que vaya alcanzado [el ser humano] dentro del proceso histórico” (SAMOUR, 1999, p. 110). Si bien todo tipo de actividad humana transformadora está incluido en la reflexión filosófica de la praxis humana, pues ella incluye todas las formas del quehacer humano, tanto especulativas, educativas, técnicas, religiosas, etc., Ellacuría pone énfasis en las praxis históricas de liberación, es decir, en aquellas que actúan como productoras de estructuras nuevas más humanizantes. En sentido semejante, Dussel señala que la praxis de liberación “es la acción posible que transforma la realidad (subjetiva y social) teniendo como última referencia siempre a alguna víctima o comunidad de víctimas” (DUSSEL, 1998, p. 553).

El proceso práxico de liberación, ya en el ámbito ético y político, es principalmente dialéctico –aunque no exclusivamente– en cuanto busca negar la negación de los seres humanos, y se avanza afirmando lo positivo. Un proceso que se da dentro del dinamismo histórico de la posibilitación y capacitación, por lo cual no existe ninguna garantía de triunfo. Ya se ha dicho que la realidad histórica puede ser principio de

humanización y de personalización, pero también puede ser de opresión y alienación. Esto porque “la *praxis* histórica no es reducible ni a las leyes del mundo natural ni a los saltos dialécticos de algún presunto espíritu” (GONZÁLEZ, 1999, p. 11). A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como unas necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la *praxis* de liberación. La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano va ejerciendo su libertad, y va haciéndose cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta (ELLACURÍA, 2000, p. 640).

La concepción de la *praxis* hasta ahora analizada tiene importantes consecuencias para la fundamentación de derechos humanos, si estos se asumen como momentos de la *praxis* histórica de liberación. En este contexto no sería viable, y carecería de sentido, un fundamento absoluto y dogmático, desde el que se proponga un tipo de “falacia desarrollista”. En efecto, deberán comprenderse derechos humanos desde su complejidad como momentos pertenecientes a las distintas fuerzas históricas; es decir, contemplarlos como momentos tanto jurídicos como ideológicos, sociales y políticos. Esto significaría asumir una concepción compleja de derechos humanos.

El comprender derechos humanos como momentos de la *praxis* histórica de liberación se constituye en un fundamento socio-histórico. Es decir, se trata de entender la *praxis* de liberación de los nuevos sujetos socio-históricos como fundamento de derechos humanos.

Ahora bien, la FL no sólo desarrolla la comprensión del sentido de la *praxis* sino también del sujeto de ella. De entrada, toda persona puede constituirse en sujeto de la *praxis* de liberación, ya sea en su calidad de víctima o por ser solidario con el oprimido, en cuanto realiza acciones, organiza instituciones o transforma sistemas para que las víctimas, los pobres y los oprimidos disfruten y ejerzan efectivamente derechos humanos (DUSSEL, 1998, p. 513). Pero el analogado principal del sujeto de la *praxis* de liberación es la víctima que adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida. En este sentido, Dussel afirma: “El *sujeto de la praxis de liberación* es el sujeto vivo, necesitado, natural, y por ello cultural, en último término la víctima, la comunidad

de las víctimas y los a ella co-responsablemente articulados. El ‘lugar’ último, entonces, del discurso, del enunciado crítico, son las víctimas empíricas, cuyas vidas están en riesgo, descubiertas en el ‘diagrama’ del Poder por la razón estratégica” (DUSSEL, 1998, p. 525).

El sujeto de la praxis de liberación supone no una mera subjetividad individual sino la ya mencionada inter-subjetividad. La intersubjetividad no significa la creación de un sujeto colectivo natural, pues esto conlleva finalmente a una sustantivización indebida; los sujetos socio-históricos son fluidos y fragmentarios, aparecen y desaparecen en coyunturas bien determinadas, según las tramas sociales. Más bien significa el reconocimiento de la subjetividad de cada sujeto humano concreto, y de su encuentro con el otro, que también es sujeto, y que por sus cualidades de víctimas o solidario con ellas, se conforman en una comunidad de vida (GALLARDO, 2008, p. 60). Como señala Dussel, la intersubjetividad “se constituye a partir de una cierta comunidad de vida, desde una comunidad lingüística (como mundo de la vida comunicable), desde una cierta memoria colectiva de gestas de liberación, desde necesidades y modos de consumo semejantes, desde una cultura con alguna tradición, desde proyectos históricos concretos a los que se aspira en esperanza solidaria” (DUSSEL, 1998, p. 525).

Por su parte, Hinkelammert resalta el carácter procesual del hacerse sujeto que, para la FL, significa la vuelta –la recuperación– del sujeto reprimido: “...el ser humano como sujeto no es una instancia individual. La intersubjetividad es una condición para que el ser humano llegue a ser sujeto. Se sabe en una red, que incluye la misma naturaleza externa al ser humano: que viva el otro, es una condición de la propia vida” (HINKELAMMERT, 2005, p. 495). El ser humano para vivir requiere hacerse sujeto; la vida es un llamado a constituirse como sujeto. En efecto, el ser sujeto no es un antes, un a priori del proceso, sino que resulta del mismo proceso (HINKELAMMERT, 2005, p. 496). Es decir, el “sujeto” no contiene un valor o una sustancia a priori, sino que depende del sentido negativo del sistema que lo hace víctima; lo que podría decirse es que ese sujeto buscará revertir su situación de víctima a través de la generación de un nuevo sistema. En efecto, para llegar a ser sujeto de la praxis de liberación es necesario efectuar una crítica autoconsciente del sistema que causa la victimización. Las víctimas han de caer en la cuenta de que no habían participado en el acuerdo originario del sistema –por utilizar expresiones de la ética del discurso– y, sobre todo, en que debido a dicho sistema no pueden

producir, reproducir y desarrollar su vida (HINKELAMMERT, 2005, p. 495-496).

Habíamos señalado párrafos arriba que el proceso práxico de liberación es principalmente dialéctico, aunque no exclusivamente. En cuanto a derechos humanos, la praxis de liberación se constituye, en diversas ocasiones, por el enfrentamiento de un movimiento social organizado de las víctimas y un sistema formal dominante. Se genera un conflicto ético, con consecuencias sociales y jurídicas, donde la comunidad de víctimas busca modificar las tramas sociales para lograr una transferencia de poder con el fin de satisfacer sus necesidades de vida (GALLARDO, 2008, p. 44; DUSSEL, 1998, p. 541). Si la praxis de liberación se realiza por un sujeto inter-subjetivo, el principio normativo “crítico democrático” es parte de ella. La intersubjetividad en las luchas de liberación se basa en el consenso crítico de las víctimas. Un movimiento social basado, por ejemplo, en las decisiones de “líderes” y que no se guía por la voluntad consensada de las víctimas, terminará reproduciendo el mismo sistema que excluye a las víctimas y esos “líderes” terminarán utilizando el poder de manera fetichizada. Por eso, la intersubjetividad tiene que ver con dicho principio, que Dussel define de la siguiente manera: “El principio normativo crítico democrático apunta a promover el consenso crítico de las víctimas, por su participación real y en condiciones simétricas” (Dussel, 2006, p. 105). En efecto, al fundamentar derechos humanos en la praxis de liberación, se comprende la importancia del consenso de las víctimas para que la lucha por “nuevos derechos” signifique la creación de un nuevo sistema, que incluye la participación de los que habían sido excluidos.

De lo anterior podemos concluir que el estado no es fundamento de derechos humanos; a lo más puede ser un instrumento, un conjunto de instituciones, para hacerlos efectivos. La praxis de liberación de los pueblos es un hecho más radical que la existencia y el funcionamiento del estado (SALAMANCA, 2008, pp. 28-34). Si se fundamenta derechos humanos en la praxis histórica de liberación se potencializa, siguiendo las categorías de Boaventura de Sousa Santos, el pilar emancipatorio de la Modernidad. En cambio, si se fundamentan en el estado, se potencializará a la larga uno de los pilares de control (SANTOS, 2009, p. 31). Por tanto, recuperando lo mejor de la Modernidad, la FL ha de insistir que derechos humanos deben conservarse como parte del pilar emancipatorio fundamentándolos en las praxis de liberación.

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto ésta se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, ni etnocéntrico, ni historicista; defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

1.3 La producción y reproducción de vida

La FL tiene como un tema central de su reflexión al “sujeto vivo”, y en conexión con él a la satisfacción de las necesidades para la vida. La recuperación del sujeto no sólo es referida a un sujeto intersubjetivo y a un sujeto de la praxis de liberación, sino también al sujeto como sujeto vivo, como un ser corporal, por el que la satisfacción de necesidades se constituye como un hecho radical. Esto no quiere decir que el sujeto intersubjetivo y el sujeto de la praxis queden relegados a un segundo sitio, otorgándole la primacía al sujeto vivo. No se trata de jerarquizar a los “sujetos”. Es decir, para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico (HINKELAMMERT, 2002). La ausencia de cualquiera de ellos, o la ausencia total de sujeto, significaría que la fundamentación de derechos humanos caería en alguno de los riesgos analizados al inicio de esta sección.

En virtud al sujeto vivo, la fundamentación de derechos humanos se constituye como un referente crítico del sujeto de la praxis, encaminado a responder a la interpelación que las víctimas realizan a través del sujeto intersubjetivo. Es decir, si el sujeto de la praxis dirige su actuar para lograr una liberación integral, a través de la organización y el consenso de la comunidad de víctimas que transforma el sistema a través de “nuevos derechos”, la satisfacción de necesidades para la vida es el marco material de esa praxis, de esa organización y de ese consenso entre las víctimas: “El juicio de hecho crítico (desde el marco material de la ética) se enuncia como la posibilidad de la producción,

reproducción y desarrollo de la vida de los sujetos reales del sistema, y como ‘medida’ o criterio de los fines del mismo: si la vida no es posible, la razón instrumental que se ejerce en hacerlo imposible es éticamente perversa” (DUSSEL, 1998, p. 523).

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera (HINKELAMMERT, 2005, pp. 19-23). Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.” (HINKELAMMERT, 2005, pp. 23). A la eficiencia y la racionalidad económica se les consideran los aportes de la competitividad, y ambas son transformadas en los valores supremos. Esta competitividad borra de la conciencia el sentido de la realidad, pues provoca que se perciba como “realidad virtual”. El maíz o el trigo son producidos si son competitivos, no porque alimenten; una pieza de ropa no se fabrica, aunque caliente y dé abrigo, si su producción no es competitiva. Con esta realidad virtual, según la cual todo tiene su criterio en la competitividad, desaparece el valor de uso de las cosas. No obstante, esto se extiende a todas las facetas de la vida, incluyendo aquellas relacionadas con lo jurídico y derechos humanos. Una cultura humana que no produce competitividad tiene que desaparecer, y su desaparición podrá ser interpretada como un devenir natural de los acontecimientos y por el “ejercicio de la libertad” de sus miembros que optaron por dejar de utilizar, por ejemplo, su lengua (es más competitivo hablar inglés que ñañú, por ejemplo); o, igualmente desde este criterio, se ha de considerar que las transformaciones sociales que no aumenten la competitividad no deben realizarse. El dominio de la competitividad no admite acciones frente a los efectos destructores que ella produce; es más, impide siquiera verlos. Significa la afirmación de la Totalidad y la negación del Otro; el encubrimiento del rostro de la víctima, quien lo es por su propia responsabilidad, por no ser “competitivo”. Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente.

Contrario a la racionalidad medio-fin, Hinkelammert señala que la vida del actor no puede ser un fin, dado que no puede ser tratada como un fin en competencia con otros. Quien elige la muerte, elige la disolución de todos los fines posibles. La vida es la posibilidad de tener fines, y sin embargo, no es un fin. Por eso, si abordamos al actor como un ser vivo que se enfrenta a sus relaciones medio-fin, entonces lo miramos como sujeto. El actor, antes de ser actor, es sujeto humano; sólo se transforma en actor cuando ha decidido sobre el fin y calcula los medios, incluyendo en estos su propia actividad. La racionalidad reproductiva es la propia del sujeto vivo. Para poder enfocar esta racionalidad, debemos asumir al actor más allá de sus relaciones medio-fin; percibirlo como sujeto y, por tanto, no como un fin sino condición de la posibilidad de los fines. El ser humano como sujeto vivo concibe fines y se refiere al conjunto de sus fines posibles. Pero no puede realizar todos los fines que bajo un cálculo medio-fin parecen posibles; por lo menos debe excluir aquellos fines cuya realización atenta contra su posibilidad de vivir. Si bien el sujeto determina sus fines, no puede desconocer la materialidad de la historia, como señala Ellacuría (1999, pp. 55 y ss.). De ahí que el sujeto esté “atado” al circuito natural de la vida humana que es condición de posibilidad de su propia vida.

El criterio de vida o muerte se convierte en el criterio en última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida. La irracionalidad de lo racionalizado no es otra cosa que la evidencia de esta contradicción performativa. Como señala Hinkelammert, “[l]a racionalidad medio-fin aplasta la vida humana (y de la naturaleza), lo que evidencia su carácter potencialmente irracional” (HINKELAMMERT, 2005, pp. 49).

La racionalidad del sujeto vivo se enfrenta a la pretensión de mostrar como racionales las acciones que producen muerte. Hinkelammert denuncia la desorientación del mercado y del pensamiento sobre él en relación con la racionalidad reproductiva. Ante el criterio del mercado todas las acciones medio-fin son igualmente racionales, aunque desde la racionalidad reproductiva sean destructoras. Por tanto, las actividades devastadoras de la vida son promovidas por el mercado al igual que las actividades compatibles: “Cortar la rama del árbol sobre la que el actor se halla sentado, es tan racional como cortar cualquier otra”. Se genera entonces una tendencia inevitable del mercado hacia la destrucción en

términos de la racionalidad reproductiva; se trata de la muerte tanto de los seres humanos como de la naturaleza: “Esta tendencia destructiva es la irracionalidad de lo racionalizado.” (HINKELAMMERT, 2005, pp. 53). Ahora bien, esta tendencia a la destrucción no es necesariamente la finalidad de nadie, sino que resulta de la propia racionalidad medio-fin y por constituirse en una totalidad. El sistema coordinador de la división social del trabajo –el mercado– la hace surgir. Podrán tratarse de efectos externos para la racionalidad medio-fin, pero son indiscutiblemente internos para la vida y para la racionalidad reproductiva.

No obstante, cuando la racionalidad medio-fin pretende totalizarse, la racionalidad reproductiva no deja de existir y sigue haciéndose presente. Esta racionalidad no es una postura idealista, sino que responde a una exigencia material, al enfrentamiento del ser humano con la materialidad de la realidad histórica; por tanto, se le asume para preservar la vida o se le soslaya para producir muerte. Cuando más se niega esta racionalidad, aumentan las situaciones que imposibilitan la satisfacción de necesidades, tales como el desempleo, la violencia, el subdesarrollo, la pauperización, etc. Entonces, como señala Hinkelammert, estas insatisfacciones se hacen sentir como exigencias y protestas, pero además “donde no hay protesta posible, como en el caso de la naturaleza destruida, la ausencia de la racionalidad reproductiva se hace presente por las crisis ambientales. [...] Y donde la protesta social no es posible, la ausencia de racionalidad se hace sentir en las crisis de la convivencia, las migraciones, la descomposición social, el crimen y la corrupción” (HINKELAMMERT, 2005, p. 57).

De lo anterior se desprende la relación del sujeto vivo con el sujeto de la praxis de liberación. La praxis que busca la liberación integral ha de tener como momento material y objetivo la satisfacción de las necesidades de las víctimas; la transformación del sistema y la generación de una nueva institucionalidad deben de tener como objetivo posibilitar la vida y evitar la muerte (HINKELAMMERT, 2002, p. 338).

La toma de conciencia de la víctima para generar una comunidad y constituirse en una subjetividad emergente que genera “nuevos derechos” tiene como momento inicial el enfrentamiento ante la muerte. Si el aprendizaje de la razón medio-fin es descrito como un aprendizaje de prueba y error, en cambio, el aprendizaje de la racionalidad reproductiva es diferente. Señala Hinkelammert que es un aprendizaje que se enfrenta a la muerte para evitarla; busca evitar el derrumbe de todos los fines con la muerte. Se persigue afirmar la vida

y entonces el esfuerzo de evitar aquello que la amenace; se trata de un aprendizaje negativo. La praxis de liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia, por parte de las víctimas, de las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaleza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto: el conservarse como sujeto que puede tener fines. Es así como se genera una conciencia generadora de praxis de liberación: “Se trata de conservar la vida del actor, y no de realizar algún fin positivo mediante una gama de alternativas de la acción por probar. Este aprendizaje en la lógica de la racionalidad reproductiva se refiere a un futuro desconocido con la posibilidad del fracaso. De ahí que los valores implícitos de este aprendizaje son diferentes: de solidaridad; de respeto a la vida propia y a la de los otros, incluyendo a la propia naturaleza; de cuidado y sabiduría. Son valores que relativizan la racionalidad medio-fin y la transforman en racionalidad secundaria. Su relativización es, asimismo, cuestión de vida y muerte” (HINKELAMMERT, 2005, p. 66-67).

Si bien la comunidad de víctimas toma conciencia y se organiza, generando un consenso para guiar su praxis (principio formal), éste debe tener como proyecto – y a la vez como límite – el desarrollo de la vida (principio material). El sujeto tiene un horizonte objetivo que es de vida y muerte (HINKELAMMERT, 2005, p. 70). Si no contara con ese horizonte no sería un sujeto vivo; podría en cambio pretender ser un actor de la racionalidad medio-fin que no tiene como límite la vida y llega a generar, como hemos visto, el suicidio.

Quedarse únicamente con el criterio de la producción de vida, del sujeto vivo, como fundamento de derechos humanos correría el riesgo, entre otros, de terminar defendiendo un individualismo justificador de un egoísmo que afirmase un imperativo “sálvese quien pueda” o “viva quien pueda vivir”. Por eso es necesario completar este fundamento con el fundamento de la alteridad y de la praxis de liberación. En este sentido, Hinkelammert señala que “[e]l querer salvar no es suficiente, si bien es condición necesaria. A partir de esta situación, toda relación humana tiene que ser reenfocada. No hay salida, excepto por un reconocimiento mutuo entre sujetos que, a partir de este reconocimiento, someten todo el circuito medio-fin a la satisfacción de sus necesidades. Si se parte de este reconocimiento, es necesaria una solidaridad que sólo es posible si este la sustenta” (HINKELAMMERT, 2005, pp. 68-69). El sujeto se hace sujeto por la afirmación de su vida, pero esta subjetividad se complementa con la afirmación de la vida del otro.

El otro aparece con claridad en las crisis de los sistemas que causan muerte: “Surge así *en y ante* los sistemas, en los diagramas del Poder, en los lugares *standard* de enunciación, de pronto, por dichas situaciones críticas, el Otro que el sistema, el rostro del oprimido o excluido, la víctima no-intencional como efecto de la lógica performativa del todo formal racionalizado, mostrando su irracionalidad desde la vida negada de la víctima” (DUSSEL, 1998, p. 523).

Conclusión

A partir de los conceptos y categorías de la FL es posible construir un fundamento de derechos humanos basado en tres pilares: la alteridad, la praxis de liberación y la producción de vida. Esta fundamentación busca superar el etnocentrismo y el monoculturalismo desde el que se ha conformado la mayoría de las fundamentaciones, que a la par niega el pluralismo cultural y rechaza la posibilidad de una construcción intercultural y descolonizadora de los derechos humanos.

Sin negar la subjetividad como elemento esencial de derechos humanos, la FL la abre a la pluralidad cultural y a las luchas históricas llevadas a cabo por los diversos pueblos oprimidos del planeta; por eso, se trata de un sujeto *intersubjetivo*, que desarrolla una praxis de liberación para juridificar las necesidades y acceder a los bienes para la producción, reproducción y desarrollo de la vida. Para la FL, derechos humanos deben tener al criterio de vida o muerte como de última instancia. La racionalidad medio-fin pierde legitimidad en cada caso en el que ella entra en contradicción performativa con la racionalidad reproductiva; aquella racionalidad es una racionalidad subordinada a la vida.

La fundamentación propuesta significa un *retorno del sujeto*, pero no del sujeto metafísico, sino del sujeto viviente, corporal, intersubjetivo y prático, como un horizonte filosófico para una crítica de la globalización neoliberal. Es decir, la praxis se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, ejerciendo el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Por eso la praxis es un hecho más radical que el estado o la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Rechaza el dogmatismo, el etnocéntrico y el historicismo, sino que defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la

Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad.

Referencias

- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *Apuntes para una introducción filosófica al derecho*. Porrúa: México, 2007.
- DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación*. En la edad de la globalización y de la exclusión. Madrid: Trotta, 1998.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.
- DUSSEL, Enrique. *Veinte tesis de política*. Siglo XXI México, 2006.
- Ellacuría, Ignacio. “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos Teológicos*, Tomo I. San Salvador: UCA, 2000.
- Ellacuría, Ignacio. “Respuesta a CETRAL [Mayorías oprimidas, reivindicaciones indígenas en Centroamérica y el problema de los derechos humanos]” en Juan Antonio Senent (Ed.), *La lucha por la justicia. Selección de textos de Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012.
- ELLACURÍA, Ignacio. *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA, 1999.
- GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: DSR, 2008.
- García Ruiz, Pedro Enrique. *Filosofía de la liberación: una aproximación al pensamiento de Enrique Dussel*. México: Driada, 2003.
- GONZÁLEZ, Antonio. “Prólogo” en Ignacio Ellacuría, *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA, 1999.
- HINKELAMMERT, Franz. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2002.
- HINKELARMMERT, Franz. *El sujeto y la ley: el retorno del sujeto reprimido*. Heredia de Costa Rica: EUNA, 2005.

QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder y clasificación social” en *Journal of World-Systems Research*, VI, 2, summer/fall 2000, Special issue: Festschrift for Immanuel Wallerstein – Part I.

SALAMANCA, Antonio, *Filosofía de la revolución*. Filosofía para el socialismo en el siglo XXI. San Luis Potosí: UASLP-CEDH, 2008.

SALAMANCA, Antonio. *Yo soy guardián mundial de mi hermano. Hacia la universalización ética de la opción por el pobre desde el pensamiento de K.O. Apel, E. Dussel y X. Zubiri*. Frankfurt: IKO, 2003.

SAMOUR, Héctor. “Filosofía y libertad” en Rodolfo Cardenal y Jon Sobrino (Coord.). *Ignacio Ellacuría. Aquella libertad esclarecida*, Sal Terrae, Santander, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología jurídica crítica*. Para un nuevo sentido común en el derecho. Madrid-Bogotá: Trotta, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos, “Bases éticas para una juridicidad alternativa” en Jesús Antonio de la Torre Rangel (Coord.). *Derecho alternativo y crítica jurídica*. México: UAA-ITESO-Porrúa, 2002.

Autor Convidado.

O UTILITARISMO NA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA: A LUTA POR DIREITOS HUMANOS DOS MIGRANTES

*THE UTILITARISM IN THE BRAZILIAN MIGRATORY POLICY: THE
FIGHT FOR MIGRANTS HUMAN RIGHTS*

Lucas Machado Fagundes^I

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger^{II}

Andriw Souza Loch^{III}

^I Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: lucas-sul@hotmail.com

^{II} Fundação Universidade Federal de Rio Grande (FURG), Programa de Pós-Graduação em Direito, Rio Grande, RS, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: fabiana7778@hotmail.com

^{III} Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, SC, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: andriwloch@gmail.com

Resumo: Trata-se de artigo sobre a política migratória no Brasil e a luta por direitos humanos dos migrantes, dentro do cenário nacional utilitarista. Objetiva-se de forma geral, compreender a garantia de direitos sociais básicos e a relação do trato com os migrantes. Desta forma, analisar-se-á pontualmente: os primeiros ciclos migratórios, o trato dado pelo Estado, ao migrante, na contemporaneidade e, por fim, serão apontados reflexos das práticas utilitaristas, segurança nacional e linhas abissais no, até recentemente vigente, Estatuto do Estrangeiro. Este estudo se justifica pela importância de reconhecer e garantir direitos sociais básicos aos migrantes. Para pesquisa, utilizou-se o método dedutivo baseado em pesquisas bibliográficas em fontes primárias e secundárias, utilizando: livros, revistas científicas e leis.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Linhas Abissais. Migração. Segurança Nacional. Utilitarismo.

Abstract: This is an article that treats about migratory policy in Brazil and the fight for migrants's humans rights, at the national utilitarian scenery. In general way, searches to understand de guaranty of basic social rights and the relation of the migrants care. This mode, it's going to analyzes in detail: the firsts migratory cycles, the State's care, with de person who migrates, in the contemporaneity and, for the last, will be pointed reflections of the utilitarian practices, national security and abyssal lines at the, until recently in force, Foreign Statute. This study justifies by the importance of recognizing and to guaranty basic social rights to the migrants. For the research, was utilized the deductive method based in bibliographic searches in primary and secondary fonts, utilizing: books, scientific magazines and laws.

Keywords: Human Rights. Abyssal Lines. Migration. National Security. Utilitarianism.

Sumário: Introdução. 1 Da colonização ao risco à identidade nacional: breve histórico do utilitarismo imigrantista no Brasil. 2 O imigrante e a linha abissal: os sujeitos indesejados. 3 Outro olhar para a questão migratória: o migrante como sujeito de direitos. Conclusão. Referências.

Introdução

Este artigo trata sobre a política migratória no Brasil e a luta por direitos humanos dentro do cenário nacional utilitarista. A partir desta perspectiva, objetiva-se compreender se o trato com os migrantes possibilita a garantia dos direitos sociais básicos. Para isso, serão analisados pontualmente, os primeiros ciclos migratórios e as políticas nacionais com relação aos migrantes; será demonstrado o modo que é tratado os migrantes pelo Estado na contemporaneidade; e, por fim, serão apontadas algumas possibilidades de mudança nas relações migratórias. Diante destes pontos, buscar-se-á responder: as relações migratórias na Brasil, possibilitam e priorizam a efetivação e garantia de direitos sociais básicos?

Isto se apresenta como problematização considerando o crescente fluxo migratório e o surgimento da recente Lei de Migração (13.445/2017). Assim é importante observar e compreender como são tratados os migrantes pelas legislações brasileira, a fim de que se perceba a possibilidade de efetivação de direitos dentro da perspectiva dos Direitos Humanos. Consideram-se, pois, a hipótese de que a política nacional, apesar das garantias constitucionais, ainda segue a lógica utilitarista em busca da segurança e proteção nacional, ou secundariamente, considera-se a possibilidade de essas políticas buscarem a garantia e efetivação de direitos.

Para a pesquisa, utilizou-se o método de pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, utilizando como fontes: livros, revistas científicas e legislação.

Este estudo encontra-se dividido em três partes, na primeira se faz uma análise da questão utilitarista e a postura do Estado brasileiro frente ao contingente de imigrantes no cenário da unidade nacional e a necessidade do ente político em fazer uso de mão-obra não escrava, bem como a questão da miscigenação como instrumento de construção nacional e a ameaça da importação de ideias que viessem desintegrar a pátria.

Já na segunda parte será utilizada a ideia das linhas abissais e a emergência de uma concepção de direitos humanos confeccionada desde as potências em disputas hegemônicas, em que apesar do discurso universalista de tais pressupostos jurídicos, as linhas que definiam o sujeito de direitos humanos na relação de migração foram instrumentos de identificação do Outro como ameaça.

Por fim, a terceira parte irá tratar de explorar o efeito das ideias anteriores (utilitarismo, segurança nacional, linhas abissais) nas legislações internas, em especial o Estatuto do Estrangeiro, na sua lógica perversa.

Portanto, não se trata de um trabalho exaustivo da temática, mas uma abertura reflexiva/crítica que irá evidenciar a distância entre as práticas migratórias, a busca por efetivação de direitos humanos e as políticas migracionistas como utilitaristas, que acabam aprofundando a distâncias nas linhas abissais.

1 Da colonização ao risco à identidade nacional: breve histórico do utilitarismo imigrantista no Brasil

Desde sua invasão territorial, o Brasil foi povoado por imigrantes. Inicialmente os próprios (domino) colonizadores, em seguida as pessoas vindas da África e na região escravizadas e, posteriormente, os trabalhadores europeus e asiáticos, livres e pobres que vinham ao Brasil com intuito de fomentar o processo de “branqueamento” da população, por meio da mestiçagem.

À época, o Brasil funcionou como uma “terra sem dono” e dessa forma eram enviados para as “novas terras” os excedentes econômicos não aproveitados (WERMUTH, 2015). Tal situação evidencia o caráter utilitarista presente desde o início do Brasil como colônia. Esta percepção se dá pela compreensão do utilitarismo como pilar do pensamento ocidental moderno, especialmente no que se propõe como utilitarismo teórico, que entende que as ações humanas e sociais, resultam de cálculos racionais de sujeitos interessados, podendo ser individuais ou coletivos, egoístas ou altruístas, sendo a hipótese egoísta a dominante (CAILLÉ, 2001).

Desta forma, percebe-se o utilitarismo na lógica migratória brasileira, uma vez que prevê – dentro da hipótese egoísta – a importância ou necessidade de determinados grupos para o fortalecimento e privilégio de alguns grupos, conforme se demonstrará.

Considerando, para fins deste trabalho, o início dos fluxos migratórios como aqueles compreendidos a partir do final do século XIX, percebe-se que tinham como principais intuítos a formação de uma identidade nacional e a colonização da pequena propriedade baseada na agricultura familiar, pressupondo sempre a superioridade branca como modelo de colono ideal, pode verificar-se:

Assim, a colonização não seguiu, exclusivamente, o princípio civilizatório que exigia imigrantes brancos europeus; tampouco significou uma recusa ao modelo escravista de exploração agrícola. Surgiu de uma lógica geopolítica de povoamento, articulada à ocupação de terras públicas consideradas “vazias” – sem qualquer consideração pela população nativa, classificada como nômade e incivilizada. [...] A escolha do colono ideal, porém, teve seus determinantes biológicos articulados à pressuposição da superioridade européia, e o sistema esteve associado à imigração pelo menos até meados do século XX, com participação extremamente limitada da população nacional. (SEYFERTH, 2002, p. 119).

A primeira fase da colonização se encerrou no início do século XIX com legislações que impediam os gastos com imigração, o que inviabilizou o agenciamento, uma vez que não existia fluxo migratório espontâneo para o Brasil. A retomada desse processo iniciou no Rio Grande do Sul e Santa Catarina, ganhando mais força com a proibição do tráfico de pessoas para o Brasil. Apesar da proibição do tráfico, os africanos não aparecem nas legislações referentes à imigração devido ao preconceito racial; a África era apenas um lugar de negros bárbaros e não de imigrantes.

Evidencia-se, desta forma que a escravidão não era apenas um problema moral, mas um regime incompatível à modernidade e ao capitalismo emergente. Assim sendo, os negros não entravam no debate sobre a imigração, pois não se enquadravam no perfil de imigrante ideal (SEYFERTH, 2002).

Esta autora, salienta:

A política de colonização privilegiou a localização de europeus, sendo conjuntural a primazia dos suíços e alemães na primeira fase do processo de implantação de colônias; e a distintividade estava baseada na qualificação de agricultor. Ninguém parecia duvidar da capacidade de trabalho dos alemães (elemento que, depois, seria usado como componente da identidade teutobrasileira), e havia certa unanimidade quanto à suposição de inferioridade racial dos africanos (evidenciada no debate sobre o fim do tráfico e da abolição) e asiáticos – grupos

sistematicamente desqualificados para imigração. (SEYFERTH, 2002, p. 128).

Apesar da preferência pelo imigrante alemão devido às suas habilidades agrícolas, sua vinda passou a ser considerada inconveniente quando iniciaram os conflitos étnicos ou religiosos internos. A necessidade da construção de uma identidade nacional e o discurso assimilacionista – prática de miscigenação com intuito de “embranquecimento” – ensejaram a desqualificação dos alemães, uma vez que eram contrários a esta prática, colocando-os assim, na qualidade de indesejados. A concentração de pessoas da mesma origem no sul do País se tornou fator de crítica, pois uma das razões ao incentivo a imigração era a formação da identidade nacional brasileira, o que restou prejudicado com a ideia de um fortalecimento da “raça alemã”, passando-se a questionar utilidade deles enquanto imigrantes (SEYFERTH, 2002).

Com a abolição da escravidão, novas levas de migrantes começaram a chegar ao Brasil com o objetivo de atender a demanda crescente por mão de obra agrícola e, também, a indústria nacional. A economia deveria girar por novos grupos de europeus que viriam ao país com o intuito de trabalhar e atender aos interesses nacionais. É incontestável que os fluxos migratórios ao Brasil sempre ocorreram com finalidade bem definida (WERMUTH, 2015).

Fica evidente que as primeiras fases de imigração brasileira tiveram intuito de “construir” o modelo de Estado-nação idealizado pelos governantes. Nesta construção, incluía-se a ideia de “branqueamento” da população, fortalecimento de uma identidade nacional e mão de obra agrícola, além da ocupação das terras “vazias”.

Ressalva-se que apesar do grande contingente de população negra e indígena, estes grupos não pertenciam ao perfil que se buscava para a estruturação do Brasil. Desta forma, incentivava-se o fluxo migratório de europeus a fim de integrar o projeto assimilacionista que se desenvolvia.

Estas políticas revelam o caráter utilitarista presente no início dos processos migratórios para o Brasil desde as pessoas capturadas da África, até os colonos vindos da Europa. Os fluxos migratórios sempre visaram atender aos interesses nacionais de alguma forma; até 1850 (promulgação da lei Euzébio de Queiróz, que proibia o tráfico negro) as migrações forçadas tinham como intuito a importação de mão de obra escrava. Após este período, fomentou-se a migração de

européus para o trabalho agrícola e a miscigenação a fim de formar uma identidade nacional homogênea. Qualquer ameaça a estes projetos, fazia com que o imigrante se transformasse em um “inimigo da nação”, o que foi legitimado por meio de leis que colocavam os estrangeiros em constatação de suspeição.

É neste contexto que surge a “Lei dos indesejáveis” criada com objetivo de expulsar estrangeiros que não atendessem aos interesses nacionais, imputando-lhes, como justificativa, a prática de anarquismo, vagabundagem, viciar e delitos patrimoniais. Conforme se extrai da própria lei:

Art. 1º — O estrangeiro que, por qualquer motivo, comprometer a segurança nacional ou a tranqüilidade pública pode ser expulso de parte ou de todo o território nacional. Art. 2º — São também causas bastantes para a expulsão: 1a) a condenação ou processo pelos tribunais estrangeiros por crimes ou delitos de natureza comum; 2a) duas condenações, pelo menos, pelos tribunais brasileiros, por crimes ou delitos de natureza comum; 3a) a vagabundagem, a mendicidade e o lenocínio competentemente verificados (Lei 1.641/1907).

Tem-se a figura do imigrante como uma ameaça em potencial que deve ser evitada, imputando-lhes características “perigosas” que legitimaram a repressão de movimentos operários muito presentes à época. Extrai-se desta lei, uma possível explicação à expulsão de imigrantes – entre 1907 e 1930 – acusados de vagabundagem, ou anarquia quando estavam desempregados ou participando de movimentos sindicais (WERMUTH, 2015).

A partir de 1930, também se observam medidas restritivas a entrada de imigrantes internacionais, que podem ser entendidas como reflexos da crise vivenciada, principalmente, nos EUA em 1929. Estas medidas, observa Wermuth (2015), implicaram em restrições a entrada de migrantes nas Constituições de 1934 e 1937.

Ademais, tinha-se o medo da instabilidade interna que poderia advir com a criação de polos imigrantes que, eventualmente, significaria uma ruptura ou ameaça à unidade nacional, por meio de cultura e economias paralelas, ou até opostas às do Governo. Tal temor pode ser percebido, por exemplo, por meio do decreto-lei 406/1938 que proibia a formação de colônias agrícolas constituídas por apenas uma nacionalidade.

Neste período, a imigração seguia sendo tratada de forma utilitarista; era um momento de desenvolvimento das indústrias e das

idades, buscando-se a figura do imigrante ideal, necessário para o desenvolvimento do país prestando serviços relacionados à agricultura, técnico e operário qualificado.

É possível localizar em meio aos discursos dessa natureza, de um processo de desumanização do imigrante que passa a ser tratado como objeto possuindo características que eram, ou não, interessantes à nação e os que não interessavam, deveriam ser considerados elementos de desagregação e discórdia (WERMUTH, 2015).

Com o advento da 2ª Guerra Mundial, os fluxos migratórios no Brasil foram praticamente interrompidos, continuando incipientes até a metade da década de 1980. Considerando este fator e o período militar, há que se ressaltar também a implantação da doutrina de segurança nacional e a constante “ameaça” do comunismo como elementos que atingem diretamente o tema da migração.

Portanto, neste período não houve interesse na atração de imigrantes, tratando-se de forma restritiva a questão migratória na Constituição de 1967 e, somente, nas últimas décadas do século XX, com o crescimento econômico e o desenvolvimento do Brasil como uma referência econômica no cenário periférico, iniciou-se um novo fluxo migratório com pessoas vindas principalmente de países da América do Sul (WERMUTH, 2015).

Para encerrar esta etapa, cabe referir que a política migratória no Brasil sempre foi tratada de forma utilitarista e repressiva, com vistas a proteger os interesses nacionais contra possíveis ameaças à ordem e ao desenvolvimento do País, colocando o imigrante sempre como um possível risco à unidade nacional.

Assim sendo, desde as primeiras legislações, buscou-se a figura do imigrante ideal que pudesse fomentar o projeto de homogeneização estatal e práticas assimilacionistas. Diante do exposto, até então, constata-se que até final do século XX as leis e políticas referentes aos tratos com os imigrantes sempre tiveram o intuito de proteger o Estado e não a pessoa do migrante. Entretanto, a discussão passou a tomar alguns rumos diferentes desde a Constituição de 1988, todavia sem mudar – na raiz – as relações migratórias.

2 O imigrante e a linha abissal: os sujeitos indesejados

Com o fim da Segunda Guerra e a emergente Declaração Universal dos Direitos Humanos (D.U.D.H.) em 1948, se renova uma

demanda universal, com a questão do direito a ter direitos e garantias de igualdade a todos os seres humanos, sem quaisquer distinções, e com tratamento digno.

Todavia, há que se ressaltar que tal declaração partiu dos pressupostos posto pelos países na disputa pela hegemonia aberta no cenário do pós-guerra, estes países acabam por impor, de forma universalista, concepções que não são condizentes com a realidade de todos os grupos existentes. Para Santos (2007) a construção dos Direitos Humanos está dentro da globalização neoliberal e faz parte do projeto hegemônico que busca uma nova maneira de reproduzir as monoculturas como forma de subalternização de qualquer meio de produção cultural que não se enquadre às culturas ocidentais modernas, as quais são: a monocultura do conhecimento, a monocultura do universalismo, a monocultura do tempo linear, monocultura das hierarquias naturais e a monocultura do trabalho.

Este autor destaca:

Estas cinco monoculturas produziram um vastíssimo conjunto de populações, formas de ser, de viver e de saber desclassificados, segundo os casos, como ignorantes, inferiores, particulares, residuais, improdutivos. Não está em causa a existência de tais classificações, mas sim o modo como foram estabelecidas. O modo foi autoritário e sempre ao serviço de um projeto de dominação econômica, política, social e cultural (SANTOS, 2007, p. 30).

Essa divisão do mundo, colocando determinados grupos enquanto detentores dos saberes fez com que houvesse um esquecimento (ou ocultação) de determinadas formas de vida. Fez-se uma divisão entre o que é ciência e o que não é. Qualquer debate fora desse modelo universal foi colocado à margem do que é discutido na modernidade. Criou-se uma categoria que Santos (2007) chama de “Linha Abissal”, dividindo as pessoas em dois grupos, os “deste lado da linha” e os “do outro lado da linha”.

Conforme dito, “deste lado” estão todos os debates entre o certo e o errado, o verdadeiro e o falso, ainda que divergentes, são visíveis, diferente do que acontece “do outro lado”, em que cabe referir:

A sua visibilidade assenta na invisibilidade de formas de conhecimento que não encaixam em nenhuma destas formas de conhecer. Refiro-me aos conhecimentos populares, leigos, plebeus, camponeses, ou indígenas do outro lado da linha. Eles desaparecem como conhecimentos relevantes ou comensuráveis por se encontrarem para além do universo do verdadeiro e do

falso. E inimaginável aplicar-lhes não só a distinção científica entre verdadeiro e falso, mas também as verdades inverificáveis da filosofia e da teologia que constituem o outro conhecimento aceitável deste lado da linha. Do outro lado da linha, não há conhecimento real; existem crenças, opiniões, magia, idolatria, entendimentos intuitivos ou subjectivos, que, na melhor das hipóteses, podem tornar-se objectos ou matéria-prima para a inquirição científica (SANTOS, 2007, p. 5).

No campo do direito moderno, percebe-se esta linha determinada pelo que é considerado legal, ou ilegal. Estas são as duas formas relevantes de existência perante o mundo jurídico. Tal dicotomia ressalta uma das premissas da linha abissal, que é a impossibilidade da presença mútua entre sujeitos “deste lado” e os “daquele lado”. Exclui-se, portanto, todo um território que não está nem no campo do que é legal, ou ilegal, apenas não faz parte do mundo jurídico. A linha abissal separa o domínio do direito e o domínio do “não direito”. Estas divisões levadas a cabo são as que transformam as linhas globais em abissais, excluindo os “do outro lado” e negando-lhes uma vasta gama de possibilidades, tornando-os invisíveis (SANTOS, 2007).

Para Santos (2007) estas linhas abissais têm sofrido um abalo sísmico desde a segunda metade do século XX devido ao grande crescimento dos grupos “do outro lado”. Este abalo teve como uma das consequências o que chama o autor (metaforicamente) de regresso do colonial abissal. Este colonial abissal é o sujeito que por muito tempo foi oprimido e subjugado. Tal regresso é visto, para os “deste lado” como uma ameaça às sociedades metropolitanas e assume três formas principais: o terrorista, o imigrante indocumentado e o refugiado.

Em vista disso, a grande transgressão destes movimentos ocorre pelo fato de que no período colonial, estes grupos jamais poderiam ingressar às metrópoles, a não ser de maneira forçada. O espaço hegemônico se encontrava perfeitamente demarcado desde o início da modernidade ocidental e agora passam a ser transpassados.

Nestas circunstâncias, o abissal metropolitano vê-se confinado a um espaço cada vez mais limitado e reage remarcando a linha abissal. Na sua perspectiva, a nova intromissão do colonial tem de ser confrontada com a lógica ordenadora da apropriação violenta. Chegou ao fim o tempo de uma divisão clara entre o Velho e o Novo Mundo, entre o metropolitano e o colonial. A linha tem de ser desenhada a uma distância tão curta quanto o necessário para garantir a segurança. O que costumava pertencer inequivocamente a este lado da linha e agora um território

confuso atravessado por uma linha abissal sinuosa (SANTOS, 2007, p. 11-12).

Continua o autor, afirmando que o pensamento abissal moderno tem sido chamado a regular a relação entre os cidadãos e o Estados, tratando os cidadãos como não-cidadãos e os não-cidadãos como se fossem perigosos selvagens coloniais. Longe de correr o risco de constituir o descumprimento de alguma regra, este estado é o projeto original da modernidade e possui o intuito de manter bem demarcadas as linhas, em nome da segurança (SANTOS, 2007).

Sobre esta ideia de garantia de segurança, especialmente em nome da “segurança nacional”, o migrante vem sendo tratado como uma ameaça. Em primeiro lugar, para García (2016) a divisão territorial repartiu a população e as converteu em instrumentos nacionais e permitiu assumir que cada pessoa tem um país provedor de proteção e que toda a representação de um indivíduo seria definida pela nacionalidade.

Desta forma, tem-se a necessidade dos Estados de ser o único protetor das pessoas, tratando internamente de não ingerência dos assuntos internos e exteriormente da proteção dos seus nacionais ante os demais Estados, criando a partir dessa ideia a necessidade de regulamentação das questões migratórias, vinculadas à segurança nacional. Continua a autora que:

De manera paralela, los instrumentos en derechos humanos han guardado silencio sobre el derecho básico de la persona migrante, lo que profundiza las continuas rupturas y disecciones del movimiento. Primero, las convenciones generales de derechos humanos establecen muy claramente el derecho a salir y regresar al país de nacionalidad pero no se incluyó el derecho a migrar o, al menos, a ingresar a un país distinto al de la nacionalidad. La primacía de la soberanía estatal también se exhibió en la única mención de personas extranjeras: sólo aquellas autorizadas (esto es, con estancia legal) se pensaron con derecho a circular, residir y tener un proceso de expulsión con garantías (art. 22, Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; arts. 12 y 13, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966) (GARCÍA, 2016, p. 8).

Isto significou duas coisas: inicialmente se demonstrou que frente a estas questões, o principal regulador era a ordem estatal e não a proteção dos direitos humanos; além disso, evidenciou que as questões migratórias devem ser garantidas pelas formas gerais de não discriminação e igualdade que trazem os principais tratados de direitos humanos. Além disso, neste duelo entre nacional e internacional

e a posição do migrante frente a eles, percebeu-se que os principais tratados interamericanos sobre este assunto, garantem ao Estado a opção de escolher como tratarão essas pessoas. Na prática, coloca-se a regulamentação que melhor garanta a proteção à soberania nacional e não se prioriza questões tão genéricas como as citadas. Posto dessa maneira, destaca-se novamente a autora:

Entonces, aquel mayor peso del ordenamiento migratorio interno frente al de derechos humanos alumbra una suerte de incompatibilidad original: si los derechos de las personas migrantes se definen por seu status (nacional/extranjero; regular/irregular), esto implica renunciar a la idea de derechos que se ubican en un orden superior que, como tal, busca superar los arbitrios de las legislaciones domésticas. En otras palabras, ¿cuál terminaría siendo la importancia de abogar por derechos humanos de las personas migrantes si, em definitiva —en uso de la facultad de fijar su política migratoria o de determinar quién es nacional o ciudadano—, esto es acordado por los Estados por vía legal? Se trataría así de derechos humanos donde la parte correspondiente a *humanos* no alcanza a todos los componentes de la categoría (GARCÍA, 2016, p. 9).

Demonstra-se como a ideia de proteção universal dos Direitos Humanos não condiz à realidade, pois obedecendo a concepção jusnaturalista de que são direitos inerentes a todas as pessoas, trata-se então de uma questão de reconhecimento. Todavia a história tem mostrado que quando se fala em universalidade de garantias, são diversas as compreensões e para Wallerstein (2007) isto é uma falácia.

Efetivamente, o que ocorre na prática, é que os Direitos Humanos não tratam de forma recíproca a todos, mas ao contrário, o Estado escolhe alguns grupos, ou pessoas, a quem destinar /resguardar os direitos (VEGA, 2016). Continua a autora, afirmando que:

Siguiendo a Peces-Barba, cuando se habla de universalidad de derechos se está haciendo referencia al menos a tres cuestiones: i) la titularidad que de estos poseen todos los seres humanos, ii) que son válidos para cualquier momento de la historia y iii) que la cultura de derechos humanos se extiende, sin excepción, a todas las comunidades políticas (PECES-BARBA *apud* VEGA, 2016, p. 5).

Analisando-se a chamada “crise de refugiados” que acontece principalmente na Europa fica claro que tal universalidade não vale para todas as pessoas, uma vez que para conseguir escapar de uma situação insuportável no lugar em que vivem, os sujeitos precisam entrar de forma ilegal no país em que buscam refúgio.

Frente a essa situação, questiona Vega (2016) quem são os responsáveis por essas pessoas que vivem em condições sub-humanas? Outra indagação importante é como essas pessoas que conseguem chegar a seu destino são tratadas? Não basta que sejam colocadas em um campo de refugiados e sigam sendo tratadas como uma ameaça ou um problema nacional. O que se percebe, é que o direito a migração é garantido apenas a cidadãos oriundos de países que não são considerados ameaças. Conforme se afirma:

Desafortunadamente, la experiencia demuestra que, a pesar de que se ha reconocido el derecho de emigrar y fijar libremente el lugar de residencia, lo cierto es que ello no es asequible para la humanidad completa. Esas libertades sólo existen para quienes reúnen ciertos requisitos, el primero de ellos, de orden jurídico político: contar con una nacionalidade que no genere temor, desconfianza o miedo, de lo contrario los migrantes pueden llegar a constituir un *peligro biológico* (Foucault 1998) para la sociedad de acogida. En otras palabras, el pasaporte debe ser lo suficientemente *adecuado*, a fin de garantizar que el inmigrante podrá integrarse a la sociedad de acogida y no intentará trasladar sus costumbres, religión, lengua o tradiciones, y con ello debilitar o atentar en contra de la identidad nacional del Estado y sociedad receptores. De otro modo, se piensa, su presencia genera inseguridad, violencia y crimen debido a las costumbres *atrasadas* que se tienen en los países expulsores de migrantes (VEGA, 2016, p. 7).

Dessa forma, segue-se difundindo a lógica de que os migrantes são bárbaros e apresentam perigos à população nacional, dentro dessa ideia são tratados com a mesma perspectiva que outrora trataram os colonizados, alegando não viverem conforme os costumes dos colonizadores. Nesse viés de entendimento, os migrantes não pertencem a um Estado, não possuem uma cidadania e são considerados inferiores (devido ao seu local de origem). Apesar dos tratados e da positivação de direitos garantindo a liberdade à todas as pessoas, para que seja realmente possível usufruir destes direitos o sujeito deve ser considerado uma não ameaça à segurança nacional do país de destino (VEGA, 2016). Logo:

En este contexto, una vez más se agita la bandera de la seguridad, pero ahora no la de los ciudadanos de acogida, sino la de los refugiados. Así pues, resulta legítimo reflexionar el motivo por el que se recurre a poderosas instancias militares para enfrentar un fenómeno humano, que además involucra personas que se sitúan en un estado exacerbado de vulnerabilidad caracterizado por la pobreza, el hambre, el conflicto, la violencia y la desintegración familiar (VEGA, 2016, p. 8).

Desta forma, continua Vega (2016), afirmando que com base no conceito de cidadania, pressupõe-se a necessidade do Estado de proteger em maior medida seus nacionais e, por consequência, a salvaguarda das pessoas oriundas de outros lugares é secundária. Ainda que se comprometam a incluir no seu ordenamento, questões sobre Direitos Humanos e migração, em sua maioria esta regulamentação é feita de forma a limitar os direitos dos imigrantes e sob quais circunstâncias eles são aceitos, ou seja, na prática se criam normas que definem irregularidades.

Para García (2016), não é difícil compreender como o ponto de partida das políticas migratórias são sempre a proteção de problemas como a ameaça de invasão ou, simplesmente, populações que devem ser controladas. O poder estatal acaba tendo por função direcionar e dividir os “tipos” de migrantes e decidir quais são úteis, ou não, para os interesses nacionais, vendo-os sempre com a ideia de custo-benefício.

É perceptível que o imigrante tem sido tratado como um risco à segurança nacional, legitimando o uso da violência do Estado sempre que ele se demonstre como uma “ameaça”, seja por questões culturais, raciais, ou quaisquer outras que desestabilizem o *status quo*. Em uma análise e um comparativo histórico, o que se evidencia é que guardadas as proporções e diferenças de contexto, as práticas – com novos discursos – continuam obtendo os mesmos resultados desde o período colonial, a marginalização do Outro diferente, aqueles que ocupam o lado de lá da linha abissal.

3 Outro olhar para a questão migratória: o migrante como sujeito de direitos

Já referido anteriormente, o Brasil teve ondas migratórias mesmo antes do seu “surgimento” como Estado-nação. Algumas de maneira violenta e outras nem tanto. Apesar dessas diferenças, fato incontestável é que estes processos sempre ocorreram de forma utilitarista, com algum interesse econômico ou político (desde a mão de obra escrava à criação de uma identidade nacional branqueada).

Dentro destas perspectivas a vinda e a permanência de estrangeiros no País sempre foram regulamentadas por legislações excludentes visando proteger, principalmente, a segurança nacional. Todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a crescente luta por Direitos Humanos, além de anacrônico, o “Estatuto do

Estrangeiro” (Lei 6.815/80) se tornou obsoleto, o que evidenciou a necessidade de uma legislação que visasse proteger pessoas, não apenas o Estado.

Nas últimas décadas, o Brasil tem se destacado como uma economia emergente e, com isso, o aumento do fluxo migratório. Entretanto, percebe-se que apesar dessas pessoas entrarem no Brasil acreditando e buscando uma vida melhor, muitas vezes não é o que encontram.

Em inúmeros casos a relação de trabalho é uma relação de exploração, que – por necessidade – faz com que essas pessoas se submetam a situações degradantes e humilhantes. É o que afirma um estudo realizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego de SP, conforme artigo publicado pela revista online “Brasil de Fato”.

Durante o primeiro seminário do ciclo de Diálogos no Centro de Estudos Migratórios (CEM) de 2017, que aconteceu na última sexta (24) na Missão Paz, no centro da capital paulista, o auditor fiscal do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) em São Paulo, Renato Bignami, apresentou dados relativos às ações de fiscalização e de combate ao trabalho escravo empreendidas pelo MTE no estado entre 2010 e 2016, relacionando-os com migração. O tema escolhido era “Trabalho escravo e migrações”. Neste período, de todos os trabalhadores que foram resgatados por meio destas ações do MTE, 35% eram imigrantes. Dados de nacionalidade e sexo do resgatado não são disponíveis (MAGALHÃES; MACIEL, 2017).

Tal situação evidencia o fato de que até o pouco tempo, vigorava uma legislação ultrapassada e que traz em seu cerne, a proteção da Segurança Nacional e não a dignidade de todas as pessoas, conforme a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos que o Brasil faz parte.

O “Estatuto do Estrangeiro” é reflexo do momento histórico e da política da época da sua criação. Logo,

A legislação em vigor, Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), por sua vez, foi produzida no contexto de uma ditadura militar, norteadas por princípios de segurança nacional, na qual o estrangeiro é visto como uma ameaça em potencial, sendo negados seus direitos de organização e representação (SPRANDEL, 2015, p. 41).

Essa legislação reforça um trato truculento e autoritário aos imigrantes, especialmente os que se encontram no País em situação irregular, uma vez que terão a regulamentação de sua permanência feita

pela Polícia Federal, órgão que tem como função principal o trato de situações referentes a questões de segurança.

Desta forma, para Wermuth (2015) o Estatuto do Estrangeiro acaba sendo inspiração para o paradigma que coloca o imigrante em situação de constante suspeição, enquadrando-os sempre como ameaça em diversos níveis, divergindo do art. 3º, IV da Constituição Federal, que traz como um dos princípios fundamentais “IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Na falta de legislação adequada, a política migratória brasileira vem sendo realizada de forma autoritária, típica do período de exceção em que foi criado o “Estatuto de Estrangeiro”. É o que se percebe no que tange à concessão de vistos – por exemplo – que sempre fica adstrita a avaliações subjetivas do poder público, que pode negar caso a pessoa que o almeja seja considerada nociva a “ordem pública” ou aos “interesses nacionais”, conforme prevê o próprio Estatuto.

De fato, a relação estabelecida pela legislação brasileira até então evidencia a compreensão dos processos migratórios como ameaça ou invasão, lógica superada pelo advento da Constituição de 1988 que prioriza a proteção aos Direitos Humanos, em detrimento de conceitos vagos até então utilizados, como é o exemplo do “interesse nacional” (WERMUTH, 2015).

Tem-se desta forma a ideia de segurança nacional, não com o intuito de proteção e garantia de direitos, pelo contrário, busca-se um fortalecimento de política de repressão por parte do Estado, conforme Veja:

Como se ve a cada instante, la función de seguridad del Estado nunca se ha desechado o atenuado, ni siquiera a favor del reconocimiento y respeto de los derechos. Por el contrario, asistimos a una producción incesante de peligros que tornan vulnerable al individuo y específicamente al migrante, al caracterizarlo en sí mismo como el riesgo o la amenaza, lo que garantiza la vigencia de la jurisdicción estatal, pues la seguridad —primero patrimonial y después biológica— es la guía y el resorte del Estado (VEGA, 2016, p. 7).

O que se pode perceber até então, é que os imigrantes – em geral – são tidos como indesejados pelos países que lhes recebem, exceto quando há algum interesse não evidenciado pelos governos. O Brasil não foge à regra, uma vez que em seus períodos de maior fluxo migratório houve algum interesse implícito (ou explícito).

Contudo, ainda que em alguns momentos houvesse interesse na vinda de pessoas, isto nunca foi feito sem políticas de austeridade que garantissem o controle dos imigrantes. Desta forma, as leis que regulamentaram e regulamentam estes processos, muito mais do que se preocupar com a relação com estas pessoas e na sua permanência digna, tinham como escopo definir quem era o imigrante desejado e quem não era. Apesar disso, desde a Constituição de 1988, o texto normativo busca priorizar a dignidade da pessoa e nesta lógica se deve buscar novos meios e políticas migratórias que não sejam discriminatórias.

Mesmo sendo uma discussão recorrente em questão de Direitos Humanos, o trato sobre as questões migratórias ainda é feito dentro da lógica utilitarista atendendo às necessidades dos Estados neoliberais, sendo necessárias e urgentes novas políticas sobre o tema. Somente nos últimos anos é que o debate sobre imigração tem entrado no âmbito jurídico no que tange a inclusão de direitos, conforme se percebe no destaque abaixo:

En los últimos años hemos asistido a un giro humanístico en las legislaciones y políticas migratorias latinoamericanas, tanto a nivel doméstico como interregional, así como en los procesos de integración (Mercosur, Unasur) y en los consultivos de migraciones (Conferencia Sudamericana de Migraciones, por ejemplo), procesos que confluyen y se retroalimentan. Para los últimos cinco años del siglo XX y los primeros del siglo XXI se advierte una clara tendencia por medio de la cual estos procesos han ido incorporando la cuestión de la migración con derechos, lo que ha impactado en legislaciones domésticas de política migratoria. Estas legislaciones, heredadas mayormente de gobiernos no democráticos, han sido reemplazadas por marcos regulatorios pensados en clave de derechos humanos (GARCIA, 2016, p. 3).

O que a autora cita no trecho acima se assemelha à situação do Brasil, uma vez que se trata de um país que por mais de 20 anos viveu uma ditadura militar e, em sua nova Constituição buscou trazer debates acerca da questão dos Direitos Humanos, colocando-os como direitos fundamentais e imutáveis. Todavia, para Vega (2016) ao tratar dessas questões e a defesa dos cidadãos, acaba por segregar os que não o são nacionais, uma vez que sob o conceito de cidadania se esconde uma tendência geral a supor que os Estados se encontram obrigados a respeitar os direitos dos seus nacionais ou cidadãos, conforme se percebe:

El rol crucial, estructurante y productivo del Estado se construyó primero a partir de una doble exclusión en términos

de reconocimiento y protección de derechos; desde la dialéctica de la construcción de los Estados-nación se generó una posición poco privilegiada para las personas extranjeras. En primer lugar, la parcelación territorial dividió poblaciones y las convirtió en elemento estatal (nacionales). En segundo lugar, esto permitió asumir que cada persona tenía un país proveedor de protección, e incluso que toda la representación del individuo en la esfera internacional quedaría mediada por la estatalidad (GARCIA, 2016, p. 7).

Sob uma diferente face, levanta-se novamente a bandeira da segurança nacional. Antes o direito sequer reconhecia os direitos aos imigrantes, ocultava a sua existência, hoje o faz de maneira quase simbólica, tratando-o no âmbito do reconhecimento da universalidade dos Direitos Humanos. Todavia o que se vê é que estes direitos devem estar submetidos às políticas internas criadas pelo Estado, sob a dialéctica “nacional *versus* estrangeiro” e desta forma o direito de transitar entre as nações é concebido sob um viés político-econômico. Posto dessa forma, recebem-se os imigrantes com alguns interesses políticos ou são bem vindos os estrangeiros com poder econômico; desmonta-se desta forma a falácia dos direitos universais.

Isto evidencia que a positivação do direito por si só, não é suficiente para a garantia da efetivação (VEGA, 2016), logo:

Esta aseveración permite orientar la argumentación, en el sentido de que la inclusión del régimen internacional de Derechos Humanos en el derecho nacional resulta inútil para revertir o contener el fenómeno migratorio e incluso para *gestionarlo* o gobernarlo, como se há propuesto ya tantas veces. A pesar de la disposición que han manifestado los Estados de incluir en sus sistemas jurídicos las normas internacionales de Derechos Humanos, ya sea em la Constitución o en la legislación secundaria, lo cierto es que muchas veces su inserción se limita a enunciarlos pero no ofrece garantías reales de cumplimiento. Esto equivale a considerar que el hecho de escribir algo conlleve su realización (VEGA, 2016, p. 9).

Ainda nesta lógica, continua o argumento de Vega (2016), em que o Estado busca resolver com leis assuntos que não tem a ver com o direito, sendo muitas vezes causas alheias ao campo jurídico. Tal é o exemplo das pessoas que migram com intuito de escapar da violência generalizada, o Estado de destino não tem o que fazer referente à situação do Estado de origem e acaba por criar leis com intuito de regulamentar a criminalização desse imigrante, colocando-o dentro dos estereótipos de violência do país de origem. Ora, de nada adianta positivar internamente políticas de Direitos Humanos na sua

Constituição ou legislações infraconstitucionais caso não trate com um olhar humanista às necessidades destas pessoas.

Por fim, a utopia jurídica de acreditar que as leis possuem o intuito de resolver determinados problemas, quando na verdade só reforçam a ideia de proteção de determinados grupos dentro de uma lógica segregacionista, o que reforça a necessidade de políticas públicas que pensem a migração a partir de uma lógica integradora.

Neste sentido, Lussi (2015) analisa a formulação de políticas públicas no trato das migrações internacionais a partir de um relatório com demandas e sugestões elaboradas no Brasil como parte de ações da OIM (Organização Internacional para as Migrações) com participação do governo e sociedade civil, incluindo imigrantes e instituições que atuam no atendimento direto à necessidade dos imigrantes. Analisando os resultados do debate, foi possível chegar a alguns apontamentos no que tange às dificuldades e prioridades na política migratória brasileira. Sem pretender esgotar a complexidade do tema, pode-se referir inicialmente que:

De fato, Direitos Humanos assegurados aos cidadãos nativos precisam ser garantidos também àquelas pessoas que nasceram em outro território, e isto independentemente de sua condição migratória. Assim, os desafios da mobilidade humana precisam ser identificados e assumidos a partir das características sociais e econômicas, geográficas, políticas, culturais em que são registrados, para que as respostas sejam viáveis, adequadas e eficientes, e não simples clichês de discursos ineficientes (LUSSI, 2015 p. 57).

Fica demonstrado, portanto, que para a resolução de um problema é necessário que o explicita, assumindo as falhas para que a partir delas se possam pensar em soluções. Novamente, para Lussi (2015) após estes debates ficaram evidenciados alguns pontos e, dentre eles, destaca três, os quais são: 1) legislações que pensem no migrante como um agente de direitos humanos e não como um objeto que atende as normas do mercado; 2) políticas públicas que reconhecem as diferenças entre os grupos de pessoas que vêm ao Brasil, para que assim possa atender as diversificadas demandas e; 3) incluir a mobilidade humana na construção de uma convivência intercultural.

Continua a autora:

As migrações favorecem a construção de uma sociedade intercultural, onde as diferentes formas e expressões da alteridade humana e cultural interagem positivamente. Intercultura não

é algo que se constrói automaticamente. É um modelo de convivência, que precisa ser buscado em todos os níveis e com todas as estratégias que a democracia assegura a um povo que se reconhece neste modelo. A sensibilização e a formação sobre a temática migratória, que mantenha sua complexidade e a reconheça como fato histórico e como processo sociocultural, político, econômico, jurídico... é imprescindível para que o encontro de culturas e subculturas não seja simplesmente fonte de conflitos e xenofobia e, ao contrário, fomente a interculturalidade no modo de pensar a sociedade, as relações, a gestão da coisa pública e as metas que o país quer para si (LUSSI, 2015, p. 67)

Até o presente momento a migração é uma prática tratada com caráter utilitarista sem pensar na pessoa migrante. A mobilidade humana hodierna é fruto (em boa parte) das consequências de uma modernidade com expropriação e exploração colonial, uma das razões pelas quais estas pessoas são vistas como ameaça ao país para o qual migram. Contudo, as crescentes ondas fazem emergir de forma cada vez mais latente a necessidade de um debate sério e humanístico acerca deste assunto.

No Brasil, em 24 de maio de 2017 foi promulgada a “Lei de Migração” (Lei 13.445/2017) e ainda é muito cedo para saber ao certo quais serão seus reais efeitos, mas o que se pode afirmar até o presente momento é que, ao menos em tese, alguns avanços foram conquistados, como os seus princípios que são pautados em questões humanitárias e não mais na segurança e soberania nacional, conforme se extrai do próprio texto da lei.

Art. 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios e diretrizes: I - universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos; II - repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; III - não criminalização da migração; [...] VI - acolhida humanitária; [...] IX - igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; X - inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas; XI - acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social; XII - promoção e difusão de direitos, liberdades, garantias e obrigações do migrante; XIII - diálogo social na formulação, na execução e na avaliação de políticas migratórias e promoção da participação cidadã do migrante; XIV - fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, mediante constituição de espaços de cidadania e de livre circulação de pessoas; [...] XVII

- proteção integral e atenção ao superior interesse da criança e do adolescente migrante; [...] XXII - repúdio a práticas de expulsão ou de deportação coletivas (Lei 13.445/2017).

Diferente do “Estatuto do Estrangeiro”, a “Lei de Migração” traz em seus princípios a busca pelo tratamento equânime e o respeito às diferenças, o que já demonstra alguns avanços. Conforme dito, não se sabe ao certo se tais prerrogativas serão respeitadas, uma vez que conforme já explicitado, o direito por si só não é capaz de resolver os problemas sociais, ou seja, apenas a modificação legal não vai modificar a realidade destas pessoas, apesar de invocar princípios basilares.

Porém, dentro dos tópicos demonstrados para o avanço na melhoria da realidade do migrante, é necessário reconhecer que se está implantando uma nova legislação, sendo necessário que a partir de agora se tenha um novo olhar a estas pessoas para que se possa avançar práticas reais de Direitos Humanos.

Cabe considerar também, que a mudança na legislação não significa de imediato uma transformação na postura política interna como utilitarista.

Ademais, as linhas abissais em nível global cada vez mais se acirram, em especial quando as fronteiras das economias hegemônicas vão sendo fechadas ou amuralhadas para conter o avanço da ameaça migratória do Outro como sujeito que põe em risco a segurança dos povos destes países hegemônicos. Justamente o controle de fronteiras de regiões como o cerco da União Europeia ou mesmo a construção de muro na fronteira México/EUA, representam que a ideia da linha abissal está cada vez mais evidente, em detrimento da efetivação de política humanas migratórias.

Conclusão

Preliminarmente se pode concluir que desde os primeiros ciclos migratórios, as pessoas vindas de outros países só se estabeleciam no Brasil quando, de alguma forma, eram interessantes ao Estado nacional. Inicialmente houve a mão de obra escrava e quando esta não era mais permitida acabou substituída pela mão de obra barata com o intuito de formação de uma identidade nacional. Independente da forma, os imigrantes no país acabavam sendo vítimas de alguma manifestação hostil e vistos como ameaça à soberania, razão pela qual as políticas

migratórias e a legislação sempre priorizou a defesa da Nação em detrimento da garantia de direitos às pessoas.

Contudo, nos últimos anos os debates acerca da imigração e dos direitos humanos ganharam maior relevância e por consequência o Brasil alcançou novos patamares na discussão sobre a proteção e a promoção dos direitos dos imigrantes, em especial com os fluxos migratórios que o país acabou recebendo.

A Constituição Federal já priorizava os direitos humanos em detrimento dos interesses genéricos como “soberania nacional” e “segurança nacional”, contudo o Estatuto do Estrangeiro não condizia com o texto constitucional, fazendo com que as políticas migratórias ainda respaldassem esta lei oriunda da ditadura militar.

Todavia, os debates sobre o tema tomaram proporções cada vez maiores, fazendo com que houvesse busca por soluções a tais questões, resultando na “Lei de Migração”, promulgada em maio de 2017. Não se sabe ainda quais serão de fato os resultados dessa nova legislação, uma vez que o direito por si não resolve a solução. O que se pode afirmar por hora é que tal legislação apresenta mudanças que vão ao encontro da busca por um trato digno aos migrantes.

Assim sendo, é possível dizer que à luz da Constituição Federal de 1988 e dos tratados, convenções e declarações internacionais de direitos humanos que o Brasil é signatário, bem como frente ao fluxo migratório que o país vem recebendo, houve uma demanda por mudança jurídica na política migratória nacional. Entretanto, cabe considerar que o movimento global sobre os direitos humanos e a migração sofre um forte retrocesso, em termos do aprofundamento das linhas abissais, isso porque apenas o fato de legislação e proteção jurídica vem demonstrando não serem suficientes quando chocam com interesses econômicos e das economias hegemônicas no cenário global.

Portanto, o que se espera com essa mudança legislativa é que seja acompanhada de uma mudança de postura política do utilitarismo para o humanismo de alteridade e solidariedade com o outro, sujeito migrante e sua penosa situação, afinal o outro é aquele que esta do lado de lá da linha abissal, na intempérie dos infortúnios dos sistemas globais excludentes.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Lei 6.815/1980. Promulgada em 19 de agosto de 1980. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm>.

BRASIL. Lei 13.445/2017. Publicada em 24 de maio de 2017. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>.

CAILLÉ, Alain. O princípio de razão, o utilitarismo e o antiutilitarismo. *Revista Sociedade e Estado*, v. 16, n. 1-2, p. 26-56, 2001.

GARCÍA, Lila. Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina? *Colombia Internacional*, Bogotá, v. 88, dez. 2016.

LUSSI, Carmen. Formulação legal e políticas públicas no trato das migrações nacionais e internacionais. In: PRADO, Erlan José Peixoto (Org.). COELHO, Renata. *Migrações e trabalho*. Brasília, Ministério Público do Trabalho, 2015.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires; MACIEL, Lidiane. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2017/03/29/analise-or-35-dos-resgatados-em-acoes-de-combate-ao-trabalho-escravo-sao-imigrantes/?utm_source=bdf&utm_medium=referral&utm_campaign=facebook_share>. Acessado em: 15 nov. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, v. 78, p.3-46, out. 2007.

SEYFERTH, Giralda. Colonização, Imigração e Questão Racial no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, v. 53, p.117-149, mar. 2002.

SPRANDEL, Marcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan José Peixoto (or.); COELHO, Renata. *Migrações e trabalho*. Brasília: Ministério Público do Trabalho, 2015.

VEGA, Luisa Gabriela Morales. Las migraciones, al amparo del régimen internacional de los Derechos Humanos: utopías concurrentes. *Colombia Internacional*, Bogotá, v. 88, p. 1-10, dez. 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A (Bio)Política Migratória Brasileira Entre Utilitarismo e Repressivismo: Sobre a necessidade de suplantação da ideia de “segurança nacional” em busca da comunidade que vem. *Derecho y Cambio Social*, Lima, v. 39, p. 1-34, jan. 2015.

Recebido em: 26 de novembro de 2018.

Aceito em: 03 de dezembro de 2018.

O DIREITO FUNDAMENTAL À IMUNIDADE TRIBUTÁRIA, O ART. 195, §7º DA CF/88 E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO TAX IMMUNITY, ART. 195, §7º, CF/ 88 AND THE SUPREME FEDERAL COURT

Octavio Campos Fischer^I 

Marco Antônio Lima Berber^{II} 

Adriana da Costa Ricardo Schier^{III} 

^I Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL), Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: octaviofischer1971@gmail.com

^{II} Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL), Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: marcoberber@gmail.com

^{III} Centro Universitário Autônomo do Brasil (UNIBRASIL), Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: adrianacschier@uol.com.br

Resumo: Este artigo pretende discutir os recentes problemas decorrentes do direito fundamental à imunidade tributária do art. 195, §7º da CF/88 e sua regulamentação por lei complementar na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal. A importância do tema é inquestionável, na medida em que se tem um benefício fiscal que tem por função precípua a realização de direitos fundamentais sociais, através de entidades do terceiro setor.

Palavras-chave: Imunidade tributária. Direitos fundamentais sociais. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Lei Complementar.

Abstract: This article aims to discuss the recent problems arising from the fundamental right to tax immunity of art. 195, §7 of the CF/88 and its regulation by complementary law in the recent jurisprudence of the Federal Supreme Court. The importance of the topic is unquestionable, since it has a fiscal benefit that has as its primary function the realization of fundamental social rights, through entities of the third sector.

Keywords: Fundamental social rights. Jurisprudence of the Federal Supreme Court. Complementary law.

Sumário: 1 Imunidades Tributárias: sua importância. 2 Imunidades Tributárias e Sociedade. 3 A Imunidade Tributária do Art. 195, §7º da CF/88. 4 Imunidade do Art. 195, §7º e Terceiro Setor. 5 Imunidade e a Adin 1802/MC: entre Lei Complementar e Lei Ordinária. 6 As Adins 2028, 4480 e 4891 e o problema da Lei Complementar. Referências.

1 Imunidades tributárias: sua importância

Em termos de contextualização jurídica, é necessário fazer breves apontamentos sobre como a dogmática jurídica brasileira e os Tribunais Superiores compreendem atualmente o instituto da Imunidade Tributária.

Para tanto, é necessário registrar que o Sistema Constitucional Tributário criado pela Constituição Federal de 1988 é composto por três grandes e significativos blocos de normas. Um grupo de normas que se refere à atribuição de competências tributárias; um grupo de normas que se refere às limitações a essas competências e, por fim, um terceiro grupo de normas que regula a repartição e destinação das receitas tributárias.

A Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988, apesar de composta de apenas de três dispositivos (arts. 150 a 152), dedicou ao tema “Das Limitações do Poder de Tributar” um grande número de normas.

Historicamente, é a Constituição brasileira que ordenou e sistematizou de forma mais vigorosa as normas protetoras dos contribuintes, dedicando-lhes um espaço próprio, dentro do capítulo do Sistema Tributário, e, assim, conferindo-lhes uma posição de destaque e de maior visibilidade.

É certo que nas Constituições anteriores, em maior ou menor medida, o tema sempre foi considerado¹. Entretanto, destaque-se que, com a Emenda nº 18/65, a constitucionalização da matéria tributária tornou-se mais robusta, detalhista e racional. Na Constituição de 1946, as normas tributárias ainda não possuíam um espaço próprio, tendo sido albergadas dentro do Capítulo das “Disposições Preliminares” do Título I, que regravava o tema “Da Organização Federal”. Referida Emenda, todavia, promoveu uma verdadeira guinada. O seu art. 1º deu o tom da mudança já nas suas primeiras palavras, anunciando que trataria não apenas da tributação, mas do “Sistema Tributário

1 Como lecionava Aliomar Baleeiro, “de modo geral, em virtude da rígida discriminação de rendas esboçadas no Ato Adicional de 1834 e que progressivamente se estabeleceu no País desde a Constituição de 1891 e que atingiu ao máximo depois da Emenda nº 18, de 1965, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estão adstritos às normas inflexíveis de competência. Elas limitam o poder de tributar de cada uma dessas pessoas de Direito Público”. BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2.

Nacional” como um todo. Foram criados, então, vinte e sete artigos para regular a discriminação de competências, rendas e as garantias dos contribuintes. Sob este aspecto formal, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/69, também, mantiveram a idéia de reservar um capítulo próprio para tratar longamente da tributação.

Já a Constituição de 1988 foi além. Não só continuou a tradição de regular extensamente a matéria tributária, como abriu um espaço próprio no seu Título VI para prescrever alguns dos mais importantes (e não todos, diga-se de passagem) direitos e garantias dos contribuintes.

Dentro do capítulo constitucional dedicado à tributação, chama a atenção o art. 150; especialmente, pelo fato de consagrar, dentre outras, as principais normas de imunidade tributária.

Bem por isto, é necessário desenvolver uma compreensão já a partir do seu próprio *caput*:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios”.

Vê-se que ele contém dois importantes comandos. De um lado (... *é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*), indica que enunciará um expressivo rol de proibições aos entes federativos para o exercício de suas competências tributárias (legislativa e administrativa). De outro (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), estabelece que este rol não é taxativo, de modo se tem outros direitos e garantias em favor do contribuinte espalhados pelo texto constitucional.

No conjunto, é necessário reconhecer que, através deste dispositivo, a Constituição de 1988 deixa claro que as normas constitucionais limitadoras do poder de tributar têm uma natureza dúplice. Ao mesmo tempo em que são normas que auxiliam na delimitação de competências, são, também, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Especificamente, é importante frisar que estamos diante de *direitos e garantias fundamentais de 1ª dimensão aplicáveis às relações tributárias*, no sentido de que representam uma resistência e uma oposição ao Estado²⁻³.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

3 Trata-se de orientação abraçada, inclusive, pelo *Supremo Tribunal Federal*: “O

Este reconhecimento implica consequências importantíssimas para a interpretação e a aplicação do sistema tributário brasileiro como um todo.

Primeiro, porque, sendo normas de direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, §4º, inc. IV da CF/88. Assim, mesmo Emendas Constitucionais não podem suprimi-las, atingir seu núcleo essencial ou inviabilizar a realização dos valores por elas veiculados⁴.

Segundo, que o atual estágio da Teoria Constitucional reconhece que os direitos fundamentais formam o núcleo da Constituição, de sorte que toda e qualquer interpretação constitucional deve dar prioridade para a eficácia deles. Tanto assim que leciona Guerra Filho que, a partir da Constituição de 1988, “A interpretação constitucional...pressupõe... uma teoria dos direitos fundamentais”⁵, porque, nas lições de Bonavides, estes “são a bússola das Constituições”⁶.

Terceiro, não se pode esquecer que, para além da sua *dimensão subjetiva*, que corresponde “...à exigência de uma ação negativa...ou positiva...”, os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*,

exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes” (ADI-MC 712/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU I de 19.02.1993, p. 2032).

4 Esta discussão é extremamente complexa. Para maiores considerações, veja-se: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte* (Pesquisas Tributárias – Nova Série nº 6). São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora RT, 2000. Importante mencionar que, no julgamento da ADIN nº 939, acerca do antigo IPMF, o *Supremo Tribunal Federal* reconheceu que as imunidades e os princípios são cláusulas pétreas, não podendo ser afrontadas sequer por Emenda Constitucional” (ADI nº 939/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 18.03.1994, p. 5165). Todavia, mais recentemente, o *Supremo Tribunal Federal* já teve oportunidade de se manifestar no sentido de não enxergar de forma ampla as cláusulas pétreas, ao analisar a revogação de uma imunidade tributária pela Emenda Constitucional nº 20/98: “1. Mostra-se impertinente a alegação de que a norma art. 153, § 2º, II, da Constituição Federal não poderia ter sido revogada pela EC nº 20/98 por se tratar de cláusula pétrea. 2. Esta norma não consagrava direito ou garantia fundamental, apenas previa a imunidade do imposto sobre a renda a um determinado grupo social. Sua supressão do texto constitucional, portanto, não representou a cassação ou o tolhimento de um direito fundamental e, tampouco, um rompimento da ordem constitucional vigente” (RE 372600/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 23/04/2004, p. 40).

5 *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 31.

6 *Op. cit.*, p. 553.

7 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires & MENDES, Gilmar

alcançando “...a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”⁸. Esta dimensão faz com “...que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado”⁹⁻¹⁰. Assim, pode soar simples demais, porém é sempre bom deixar claro que o Estado existe, primordialmente, em função da realização e proteção dos direitos fundamentais, sem os quais não teria razão de ser.

Mas, como se consignou acima, os direitos fundamentais aplicáveis às relações tributárias não encontram no art. 150 da CF/88 um rol taxativo. Aliás, ainda que desnecessariamente, este dispositivo estabeleceu uma *cláusula de abertura* para outros direitos e garantias fundamentais (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), prescritos nos demais comandos do próprio sistema tributário ou da Constituição como um todo, inclusive considerando-se o contido no §2º do art. 5º da CF/88. De fato, é indiscutível que o Título VI (sistema tributário) também estatuiu direitos fundamentais em outros preceitos, a exemplo dos princípios da capacidade contributiva (art. 145...), da não-cumulatividade e da proibição de bi-tributação (art. 154, I, e 195, §§ 4º e 7º, CF/88). Para além disto, não há como negar que os demais direitos fundamentais do cidadão oponíveis ao Poder Público, igualmente, são aplicáveis à atividade tributária.

Portanto, quando se está a falar de *direitos fundamentais dos contribuintes*, não se pode pensar de forma ingênua como se fossem apenas reivindicações subjetivas e egoísticas de alguns cidadãos. É imperioso deixar de lado o tradicional pré-conceito de que seriam eles privilégios de uns poucos membros da sociedade.

Em verdade, tal instituto adquire uma tonalidade mais forte, objetiva, desvinculada do mero “não querer pagar tributos”. Os *direitos fundamentais dos contribuintes* – como de resto todos os demais direitos fundamentais – são normas que filtram para dentro da Constituição valores considerados como fundamentais e estruturantes

Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152.

8 Idem, *ibidem*, p. 153.

9 Idem, *ibidem*, p. 153.

10 Sobre a dupla dimensão dos direitos fundamentais, veja-se, também: QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 96 e ss.

para o desenvolvimento de uma sociedade *livre, justa e solidária* (art. 3º da CF/88).

As imunidades tributárias põem-se como instrumentos de limitação da atividade de tributação. Sua importância é realçada no cenário jurídico brasileiro em razão do destaque que lhe conferiu a Constituição de 1988 e da interpretação extensiva que, em algumas situações, a jurisprudência lhe tem conferido.

2 Imunidades tributárias e sociedade

É sob esta perspectiva que as imunidades tributárias devem ser compreendidas como instrumentos de limitação da atividade de tributação. Sua importância é realçada no cenário jurídico brasileiro em razão do destaque que lhe conferiu a Constituição de 1988 e da interpretação extensiva que, em algumas situações, a jurisprudência lhe tem conferido.

Entende-se, então, que as imunidades tributárias, enquanto garantias constitucionais, têm um alcance muito mais amplo, servindo aos interesses da sociedade como um todo e não somente ao contribuinte.

Se pararmos para refletir a respeito do assunto, facilmente concluiremos que tais garantias não são privilégios a seus destinatários imediatos. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito, não se admite a arbitrária estipulação de benefícios a certos segmentos da sociedade, já que, regra geral, todos que possuem capacidade contributiva, devem, na medida desta¹¹, contribuir para a realização das tarefas constitucionais.

Neste quadro, a concessão de imunidades deve ser considerada como mais um instrumental para a concretização de valores fundamentais da Sociedade e não como meio para a satisfação de interesses de uns poucos contribuintes. Assim, quando se estabelece que as operações com livros não devem ser tributadas através de impostos, não se pretende agraciar o mundo editorial e os comerciantes de tais produtos, para torná-los economicamente mais fortes. Imuniza-se as operações

11 Como bem leciona Betina Treiger Grupenmacher, se não há capacidade contributiva, não há que se falar em tributação, sendo “vedada a incidência tributária indiscriminada sobre a capacidade econômica, ou seja, o só fato de determinado indivíduo manifestar potencialidade econômica não é bastante em si mesmo a autorizar a tributação de seus rendimentos” (Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos [coord.]. *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 15).

com livros para garantir, isto sim, o “exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação”¹².

O mesmo se passa com as imunidades previstas no art. 150, VI, “c” e no art. 195, §7º da CF/88. Tais comandos não objetivam favorecer economicamente os dirigentes e sócios de instituições de ensino e de assistência social, mas possibilitar que todos os membros da sociedade tenham um acesso mais fácil ao ensino e à educação, e garantia de uma assistência social mais efetiva. Assim, andou bem a Constituição ao estipular que a imunidade em questão somente contempla as instituições que não têm fins lucrativos¹³. Até porque, o Poder Público, se não tem condições de prestar tais serviços satisfatoriamente (como a prática, infelizmente, vem demonstrando), deve atrair aqueles contribuintes que queiram colaborar para o aprimoramento e para o desenvolvimento social.

Nas palavras de Martins:

a imunidade, nas hipóteses constitucionais, constitui o instrumento que o constituinte considerou fundamental para, de um lado, manter a democracia, a liberdade de expressão e a ação dos cidadãos e, por outro, atrair os cidadãos a colaborarem com o Estado, nas suas atividades essenciais, em que, muitas vezes, o próprio Estado atua mal ou insuficientemente, como na educação, na assistência social etc.¹⁴

O tema escolhido para o presente estudo – Imunidade Tributária – reflete esta situação. Refere-se a um direito constitucional do cidadão, imodificável porquanto parte do núcleo duro da Constituição, mas que tem sofrido constantes ataques por parte do Poder Público.

Especificamente, nosso trabalho tecerá breves considerações sobre a competência para estipular os requisitos para a fruição da imunidade prevista no §7º do art. 195 da CF/88:

“§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Recurso Extraordinário n. 221239/SP, DJU I de 06.08.04, p. 61.

13 O que não significa que não possam ter lucro. Podem e, inclusive, devem, pois precisam de lucro para melhor desenvolver suas atividades. O que não se pode admitir é a distribuição de lucros.

14 Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades tributária* (pesquisas tributárias – nova série, n. 4). São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, p. 32, 1998.

De um lado, será necessário verificar se estamos ou não diante de uma imunidade, pois que o dispositivo menciona “isenção”. De outro, será importante saber se tal norma constitucional pode ser regulamentada por lei ordinária ou demanda lei complementar.

Trata-se de assunto muito debatido quando se trata da imunidade constante do art. 150, VI, “c” da CF/88, mas que, aqui, ainda está a demandar um claro posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

3 A imunidade tributária do art. 195, §7º da cf/88

Mas, o que significa imunidade tributária? A resposta a esta pergunta é fundamental para sabermos se a norma constante do §7º do art. 195, CF/88, alberga uma verdadeira imunidade ou apenas uma isenção, como literalmente nela mencionada.

Sabemos todos que a imunidade tributária é um instituto constitucional. Traduz-se, para uns, em limitação ao poder de tributar e, para outros, em uma regra constitucional de incompetência¹⁵, no sentido de ser um instrumento que auxilia no desenho da regra de competência tributária. Trata-se, como leciona o *Ives Gandra da Silva Martins*, de uma “vedação absoluta ao poder de tributar nos limites traçados pela Constituição”¹⁶.

Interessante e profunda é a linha de raciocínio desenvolvida por *Helenilson Cunha Pontes*, que parte da consideração de que o direito é um sistema de normas para concluir que as regras de imunidade configuram-se como uma condição necessária para a completa caracterização da norma de competência. Assim, não haveria uma norma de competência e, ao seu lado, uma norma de imunidade, restringindo-a, na medida em que o “enunciado imunizante não limita, nem recorta, a norma de competência simplesmente porque esta somente surge após a consideração de todas as condições normativas pressupostas no Texto Constitucional para o exercício do poder de instituir e exigir tributos, do qual os textos imunizantes são apenas mais uma espécie. Vale dizer, a norma de competência tributária é o resultado da consideração, pelo intérprete do direito, de todas as condições previstas, em sua maioria,

15 Para Carvalho, a Imunidade Tributária é “...a classe...de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expresse, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas” (*Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 181).

16 Imunidades tributárias, *op. cit.*, p. 31.

no arcabouço constitucional como pressuposto para o exercício do poder de instituir tributos”.¹⁷

É de ser notado, porém, que as imunidades trabalham na configuração da norma de competência sob duas perspectivas: uma formal e, outra, material. Formalmente, porque auxiliam na construção das fronteiras da tributação. Materialmente, porque recheiam o texto constitucional com os valores fundamentais que uma sociedade quer proteger e realizar.

Assim, se estamos em um Estado Liberal, onde todos são iguais *perante a lei*, a legitimação da imunidade pode ser obtida da idéia de que somente teria sentido evitar a tributação sobre aqueles membros da sociedade que não têm condições econômicas para colaborar com os gastos do poder público. A imunidade seria uma espécie de instrumento de identificação, realização e proteção do princípio da capacidade contributiva, sendo que qualquer outra motivação para a concessão de direito à imunidade seria inconstitucional por conceder, em verdade, um privilégio descabido.

Já, em um Estado Democrático de Direito, como o instaurado em nível normativo pela Constituição de 1988, há a possibilidade de existência de imunidades tributárias que têm por fundamento valores diversos do que a (ausência de) capacidade contributiva. Fácil de ver o motivo pelo qual já se enunciou acima que a imunidade deve ser encarada como um importante instrumento de concretização de vários outros valores relevantes, como a educação, a cultura, assistência social, a dignidade do ser humano, etc.

Bem por isto, não se pode confundir imunidade com a isenção.

Enquanto a imunidade se encontra no plano constitucional e relaciona-se com a norma de competência, a isenção é criada por norma infra-constitucional e atinge a regra-matriz de incidência tributária, mutilando-a parcialmente.

A norma de imunidade é imposta pela Constituição ao ente federativo. Trata-se de um direito garantido constitucionalmente contra este. Portanto, *v.g.*, mesmo que os Estados não concordem, não podem querer tributar a venda de livros através de ICMS, porque o art. 150, VI, “d” da CF/88, é taxativamente contra. As imunidades são, assim, cláusulas pétreas¹⁸.

17 Imunidades tributárias. In: Idem, *ibidem*, p. 593.

18 Conforme o já citado julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 939/DF,

De seu turno, a isenção é uma norma estatuída pelo ente federativo, é um benefício que este concede se e quando quiser; desde que respeitados os limites do ordenamento jurídico.

Assim, mesmo naqueles poucos casos em que a vedação constitucional de tributar tenha recebido o nome de isenção (art. 184, §5º e art. 195, §7º), sua natureza é de imunidade tributária.

É a corretíssima jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - QUOTA PATRONAL - ENTIDADE DE FINS ASSISTENCIAIS, FILANTRÓPICOS E EDUCACIONAIS - IMUNIDADE (CF, ART. 195, § 7º) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - A Associação Paulista da Igreja Adventista do Sétimo Dia, por qualificar-se como entidade beneficente de assistência social - e por também atender, de modo integral, as exigências estabelecidas em lei - tem direito irrecusável ao benefício extraordinário da imunidade subjetiva relativa às contribuições pertinentes à seguridade social. - A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política - não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social -, contemplou as entidades beneficentes de assistência social, com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que por elas preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social. Precedente: RTJ 137/965. - Tratando-se de imunidade - que decorre, em função de sua natureza mesma, do próprio texto constitucional -, revela-se evidente a absoluta impossibilidade jurídica de a autoridade executiva, mediante deliberação de índole administrativa, restringir a eficácia do preceito inscrito no art. 195, § 7º, da Carta Política, para, em função de exegese que claramente distorce a teleologia da prerrogativa fundamental em Referência, negar, à entidade beneficente de assistência social que satisfaz os requisitos da lei, o benefício que lhe é assegurado no mais elevado plano normativo”¹⁹.

“EMENTA: Recurso extraordinário. Alcance da imunidade tributária relativa aos títulos da dívida agrária. - Há pouco, em 28.09.99, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar o RE 169.628, relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, decidiu, por unanimidade de votos, que o § 5º do artigo 184 da Constituição, embora aluda a isenção de tributos com relação às operações de

Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 18.03.1994, p. 5165.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 22.192, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-1995, Primeira Turma, DJ de 19-12-1996.

transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária, não concede isenção, mas, sim, imunidade, que, por sua vez, tem por fim não onerar o procedimento expropriatório ou dificultar a realização da reforma agrária, sendo que os títulos da dívida agrária constituem moeda de pagamento da justa indenização devida pela desapropriação de imóveis por interesse social e, dado o seu caráter indenizatório, não podem ser tributados. Essa imunidade, no entanto, não alcança terceiro adquirente desses títulos, o qual, na verdade, realiza com o expropriado negócio jurídico estranho à reforma agrária, não sendo assim também destinatário da norma constitucional em causa. - Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido. Recurso extraordinário conhecido e provido”²⁰.

No entanto, não é assim que tal instituto vem sendo tratado pela legislação infraconstitucional.

Uma breve passada de olhos sobre o art. 55 da Lei nº 8.212/91 e suas alterações, demonstra que o legislador tem procurado forçar o entendimento de que o §7º do art. 195 da CF/88, alberga uma simples isenção.

4 Imunidade do art. 195, §7º e terceiro setor

Um ingrediente a mais deve ser adicionado à presente reflexão. A imunidade em questão, assim como aquela referente a impostos das instituições de educação e assistência social (art. 150, VI, “c”, CF/88), deve ser interpretada dentro de um projeto constitucional maior, que é o da proteção e estímulos das atividades do terceiro setor.

Já se escreveu criticamente sobre a ausência de uma regulamentação normativa harmônica e sistemática das instituições do terceiro setor, porque as concepções doutrinárias a respeito não conseguem encontrar uma ressonância no direito positivo, no sentido de apontar um regime jurídico específico. O que há são normas esparsas tratando da temática que não se situa no primeiro, nem no segundo setores:

Note-se que o nosso sistema tributário não se preocupou em estabelecer um regime de imposição globalmente diferenciado para um grupo de entidades que possam ser rotuladas de Terceiro Setor. Há, sim, tratamento mais benéfico para algumas entidades sem fins lucrativos, mas se trata de uma regulação não sistemática e difusa. Desse modo, enquanto algumas entidades

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 168.110, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 4-4-2000, Primeira Turma, DJ de 19-5-2000.

são imunes aos impostos e às contribuições, outras são imunes apenas aos impostos²¹.

Além do que, há aquelas que são isentas, mas não são imunes, provocando distinção que não encontra correlação lógica entre o critério escolhido pela norma e a distinção levada a efeito²².

O fato é que as atividades desenvolvidas dentro do que se convencionou chamar de terceiro setor estão extremamente interligadas com a ideia de solidariedade e de direitos fundamentais sociais. As entidades que aí atuam realizam atividades de interesse público, para garantir e desenvolver direitos fundamentais que o poder público não consegue realizar a contento. Bem por isso, reclama-se, urgentemente, uma disciplina sistemática e teleológica dos benefícios fiscais para tal setor.

De qualquer modo, a interpretação das imunidades para o terceiro setor devem ter em mente que, acima de tudo, é uma interpretação de normas de direitos fundamentais sociais.

5 Imunidade e a Adin 1802/MC: entre lei complementar e lei ordinária

Mas, justamente porque estamos a lidar com valores fundamentais, a interpretação das imunidades não tem sido uma tarefa fácil. Revela-se, aqui, uma forte e dramática tensão entre tributo e liberdade, pois, como consignou, de forma primorosa, Ricardo Lobo Torres, “o tributo é garantia da liberdade e, ao mesmo tempo, possui extraordinária aptidão para destruí-la”.²³

Assim, na análise das normas do art. 150, VI, “c” e do §7º do art. 195 da CF/88, é necessário ter um cuidado especial para que o Poder Público, a pretexto de estipular os *requisitos legais*, não venha a comprometer as próprias imunidades.

Assim, mais do que saber se há ou não uma “reserva de lei complementar”, devemos estar atentos para o fato de que não se pode

21 FISCHER, Octavio Campos. *Breves notas sobre terceiro setor e tributação*. 2. ed. São Paulo: MP, 2008, p. 355.

22 Sobre o problema da necessidade de correlação lógica para validar um tratamento discrepante, ver, de forma geral, o brilhante livro: MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

23 *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

estabelecer requisitos aleatoriamente, em desacordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Aliás, tais princípios devem ser vistos como *mais um* instrumento para limitar o Poder Público e não como um mecanismo para facilitar as investidas deste contra a sociedade. O que se verifica atualmente é que as novas e complexas formas de atuação do Poder Público (ou de quem lhe faz as vezes) não conseguem ser limitadas e controladas apenas através das tradicionais *cláusulas de proteção* ao cidadão. Daí que a sociedade deve socorrer-se da proporcionalidade e da razoabilidade.

Neste sentido, servimo-nos das lições de Helenilson Cunha Pontes, para quem:

a proporcionalidade apresenta duas dimensões, *complementares entre si*. Uma dimensão de princípio geral de vedação do arbítrio estatal, e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais.

Como cláusula geral anti-arbítrio, o princípio da proporcionalidade exerce, em relação ao Estado, uma *função negativa ou de proteção*. Tomado nesta dimensão, o princípio da proporcionalidade constitui verdadeira norma de bloqueio, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias.

Na segunda dimensão, a proporcionalidade consubstancia um instrumento de concretização ótima das pretensões constitucionais que aparentemente possam apresentar-se contraditórias. Assim concebido, o princípio da proporcionalidade desempenha notável *função positiva* de afirmação da normatividade dos comandos constitucionais.²⁴

Afinal, se (i) a imunidade é uma garantia individual de não tributação, caracterizando-se, assim, (ii) como cláusula pétrea e (iii) que não pode ser ceifada sequer por Emenda Constitucional, então resta claro que o legislador infraconstitucional não pode promover uma regulamentação que, ao final, leve à sua restrição. É fato que existem cidadãos que procuram utilizar direitos e garantias constitucionais – como a imunidade – de forma abusiva. Frequentes, neste sentido, são as notícias de há que instituições “de fachada”, que servem apenas para encobrir atividades ilícitas de determinadas pessoas. Todavia, não se pode fazer tábua rasa da Constituição no intuito de evitar que ocorram tais situações.

24 *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 57.

De qualquer forma, a discussão em torno da caracterização da espécie legislativa necessária para a regulamentação do §7º do art. 195 da CF/88, revela uma saudável preocupação da doutrina e da jurisprudência com a segurança jurídica dos contribuintes. Exigir que os requisitos da imunidade sejam estipulados por lei complementar significa defender uma maior estabilidade das relações entre Fisco e contribuinte, na medida em que o art. 69 da CF/88 exige um quorum qualificado para a aprovação de tal instrumento normativo.

Para se ter uma noção da importância doutrinária deste problema, no volume 4 da nova série Pesquisas Tributárias, Ives Gandra da Silva Martins coordenou discussões em torno das imunidades tributárias. Uma das questões era justamente a de saber que tipo de lei deveria ser utilizada para regradar os requisitos do art. 150, VI, “c” da CF/88 e, por conseguinte, do §7º supra. Dos mais de 40 autores, apenas 2 – Carlos Valder do Nascimento e Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – defenderam a possibilidade de utilização de lei ordinária.

Nascimento é taxativo: não há reserva de lei complementar,

porquanto não há previsibilidade no plano normativo. De fato, quando a Constituição Federal cria tais hipóteses, o faz de maneira explícita, elencando, pormenorizadamente, as matérias que devem ser objeto de lei complementar. No caso vertente, deferiu à lei, sem adjetivação, a fixação dos requisitos a serem satisfeitos pelo contribuinte. [...] Diante dessa argumentação, há de se concluir que os requisitos à imunidade podem ser legitimados por lei ordinária.²⁵

Saraiva Filho, por sua vez, defende que “se a lei complementar fosse competente para disciplinar todas as limitações constitucionais ao poder de tributar, não haveria necessidade de que os preceitos dos arts. 150, VI, c, 153, §2º, II e 195, §7º, todos da Lei Suprema de 1988, mandassem observar, também, a lei complementar”²⁶.

De nossa parte, não temos dúvida, porém, de que estamos diante de matéria de competência de lei complementar, em razão de uma leitura sistemática do texto constitucional. Como aponta Edison Carlos Fernandes, “Por um simples exercício de silogismo chegamos à conclusão de que a lei referida no art. 150, VI, c, é lei complementar: *Lei complementar deve regular as limitações ao poder de tributar. A*

25 Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Imunidades tributárias, op. cit.*, p. 736

26 Imunidade tributária. In: Idem, *ibidem*, p. 348.

*imunidade é uma limitação ao poder de tributar. Logo, lei complementar deve regular a imunidade*²⁷.

Mais do que isto, em um Estado Democrático de Direito, não podemos conceber um atuar, uma interpretação do Poder Público que possibilite um enfraquecimento das cláusulas constitucionais. Portanto, se há duas ou mais interpretações possíveis, o princípio da moralidade reclama do Poder Público a escolha daquela que mais prestigie um direito fundamental. Afinal, por que não se utilizar de uma lei complementar? De outro lado, por que a tentativa de defender a competência de lei ordinária se isto contribui para provocar uma maior insegurança para os cidadãos? Não encontramos uma resposta legítima a tais indagações, porquanto um Estado Democrático de Direito é um Estado que deve dar o exemplo de como deve ser respeitada a força normativa da Constituição.

Mas, a definição de que somente lei complementar pode regular o §7º do art. 195 e o art. 150, VI, “c” da CF/88, não soluciona toda a questão. Bem percebeu a doutrina que há espaço para a utilização de lei ordinária quando se está diante da regulamentação da forma como deve ser constituída determinada pessoa jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com o atual Código Civil, quando estipula a forma de constituição das associações (art. 53 e ss.).

Não estamos aqui, porém, a sustentar raciocínio similar ao dos ilustres juristas Eduardo Bottallo e Ricardo Lobo Torres. Ao que nos parece, tais doutrinadores entendem que é possível a utilização de lei ordinária para regular como devem estar estruturadas e constituídas as instituições que queiram se servir da imunidade.

Bottallo sustenta a necessidade de “distinguir entre normas que estabelecem condições para fruição da imunidade e normas que dizem respeito à postura, ao próprio ‘comportamento’ das entidades beneficiárias da imunidade. Sem nenhuma preocupação de rigor científico, mas no exclusivo intuito de facilitar e tornar mais clara a exposição, iremos nos referir às primeiras como ‘normas estruturais operacionais de imunidade’ e às outras como ‘normas operacionais de imunidade’. [...] Por óbvio, estas normas não podem figurar no mesmo patamar e nem produzir os efeitos equivalentes aos que emergem de lei complementar editada com amparo no art. 146, II, da CF, como é o caso do retro-transcrito art. 14 do CTN. Todavia, elas têm espaço

27 Imunidade tributária. In: Idem, *ibidem*, p. 564.

próprio de atuação, dentro de seus respectivos âmbitos de validade, que é exatamente o de combater práticas ilícitas às quais o manto da imunidade, indevidamente, estaria sendo usado para propiciar abrigo”²⁸.

Ricardo Lobo Torres entende que “os requisitos de legitimação ao exercício do direito estão subordinados à lei complementar. Mas as condições para a existência da pessoa imune e para a sua legalização podem ser estabelecidas por lei ordinária. A própria CF traça a distinção: no art. 146, II, diz que cabe à lei complementar ‘regular as limitações constitucionais ao poder de tributar’; no art. 150, VI, *c*, remete a regulamentação das características subjetivas aos requisitos da ‘lei’, sem adjetiva-la”²⁹.

Tal linha de raciocínio não foi bem aplicada pelo Supremo Tribunal Federal. Com o advento da Constituição de 1988, nossa Corte Suprema foi provocada a se manifestar sobre a necessidade ou não de lei complementar para regular imunidades, quando da edição da Lei nº 9.532/97 e da Lei nº 9.732/98. Esta tratou dos requisitos previstos no §7º do art. 195 e aquela em relação aos requisitos do art. 150, VI, “*c*” da CF/88.

Quando o STF analisou a validade das alterações promovidas pelo art. 12 da Lei nº 9.532/97, resgatou antiga jurisprudência sua, na qual, através da pena do Ministro Soares Muñoz, consignou a possibilidade de utilização de lei ordinária, não para traçar os limites da imunidade (que cabe à lei complementar), mas, sim, para dispor sobre a constituição e o funcionamento da imune³⁰. Aliás, sob uma perspectiva geral, bem andou o Excelso Pretório ao decidir que existem dois tipos de regulamentação que podem ser levadas a efeito: de um lado, tem-se a disciplina da constituição e do funcionamento das instituições de educação e assistência social, que é competência de lei ordinária; de outro, a disciplina da imunidade tributária relativa a tais entidades, que deve ser feita por lei complementar.

Todavia, em 1999, quando do julgamento de medida cautelar na ADIN 1802/MC, o Supremo Tribunal Federal, partindo dessa distinção,

28 Imunidade de instituições de educação e de assistência social e lei ordinária: um intrincado confronto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*, 2º volume. São Paulo: Dialética, 1998, p. 58.

29 Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Imunidades tributárias*, *op. cit.*, p. 204.

30 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1ª Turma. Relator Min. Soares Muñoz, Recurso Extraordinário nº 93770/RJ, data de julgamento 17.03.1981, publicação no DJU I de 03.04.1981, p. 2857.

decidiu que, no art. 12 supra, apenas a alínea “f” do seu §2º deveria ter sido regulada por lei complementar, pois as demais alíneas referem-se à forma de constituição e funcionamento das instituições imunes:

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar. 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o pará. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientelas restritas e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja deliberação não é necessária à decisão cautelar da ação direta³¹.

Essa orientação foi reafirmada no julgamento do mérito dessa ADIN 1802, em 2018 (quando a Lei n. 9532/97 já havia sofrido alteração pela Lei n. 13.204/2015):

31 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, ADI 1802 MC/DF, julgamento em 27/08/1998, publicação no DJU I de 13.02.2004, p. 10.

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Pertinência temática verificada. Alteração legislativa. Ausência de perda parcial do objeto. Imunidade. Artigo 150, VI, c, da CF. Artigos 12, 13 e 14 da Lei nº 9.532/97. Requisitos da imunidade. Reserva de lei complementar. Artigo 146, II, da CF. Limitações constitucionais ao poder de tributar. Inconstitucionalidades formal e material. Ação direta parcialmente procedente. Confirmação da medida cautelar. 1. Com o advento da Constituição de 1988, o constituinte dedicou uma seção específica às “limitações do poder de tributar” (art. 146, II, CF) e nela fez constar a imunidade das instituições de assistência social. Mesmo com a referência expressa ao termo “lei”, não há mais como sustentar que inexistente reserva de lei complementar. No que se refere aos impostos, o maior rigor do quórum qualificado para a aprovação dessa importante regulamentação se justifica para se dar maior estabilidade à disciplina do tema e dificultar sua modificação, estabelecendo regras nacionalmente uniformes e rígidas. 2. A necessidade de lei complementar para disciplinar as limitações ao poder de tributar não impede que o constituinte selecione matérias passíveis de alteração de forma menos rígida, permitindo uma adaptação mais fácil do sistema às modificações fáticas e contextuais, com o propósito de velar melhor pelas finalidades constitucionais. Nos precedentes da Corte, prevalece a preocupação em respaldar normas de lei ordinária direcionadas a evitar que falsas instituições de assistência e educação sejam favorecidas pela imunidade. É necessário reconhecer um espaço de atuação para o legislador ordinário no trato da matéria. 3. A orientação prevalecente no recente julgamento das ADIs nº 2.028/DF, 2.036/DF, 2.228/DF e 2.621/DF é no sentido de que os artigos de lei ordinária que dispõem sobre o modo beneficente (no caso de assistência e educação) de atuação das entidades acobertadas pela imunidade, especialmente aqueles que criaram contrapartidas a serem observadas pelas entidades, padecem de vício formal, por invadir competência reservada a lei complementar. Os aspectos procedimentais necessários à verificação do atendimento das finalidades constitucionais da regra de imunidade, tais como as referentes à certificação, à fiscalização e ao controle administrativo, continuam passíveis de definição por lei ordinária. 4. São inconstitucionais, por invadir campo reservado a lei complementar de que trata o art. 146, II, da CF: (i) a alínea f do § 2º do art. 12, por criar uma contrapartida que interfere diretamente na atuação da entidade; o art. 13, caput, e o art. 14, ao prever a pena de suspensão do gozo da imunidade nas hipóteses que enumera. 5. Padece de inconstitucionalidade formal e material o § 1º do art. 12 da Lei nº 9.532/97, com a subtração da imunidade de acréscimos patrimoniais abrangidos pela vedação constitucional de tributar. 6. Medida cautelar confirmada. Ação direta julgada parcialmente procedente, com a declaração i) da inconstitucionalidade formal da alínea f do § 2º do art. 12; do caput art. 13; e do art. 14; bem como ii) da

inconstitucionalidade formal e material do art. 12, § 1º, todos da Lei nº 9.532/91, sendo a ação declarada improcedente quanto aos demais dispositivos legais³².

Na doutrina, porém, a tendência é de considerar inconstitucionais por completo o art. 12 da Lei nº 9.532/97, já que se trata de lei ordinária, como sustenta Hugo de Brito Machado³³. Comungamos deste entendimento, por certo. Nossa orientação diverge daquela esposada pelo Supremo Tribunal Federal, mas não excluímos a possibilidade de utilização de lei ordinária para a estruturação, constituição e funcionamento das pessoas jurídicas.

É que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da medida cautelar na referida ADIN, aplicou de forma não adequada a supracitada distinção ao previsto no §2º do art. 12 da Lei n.º 9.532/97, quando decidiu que:

À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o paráq. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada.

De fato, quando o art. 150, VI, “c” da CF/88, estipula que as instituições de educação e de assistência social que queiram ser imunes devem obedecer a requisitos de lei, qualquer requisito que influencie no gozo desta imunidade, mesmo que diga com a estruturação da instituição, somente pode ser estipulado por lei complementar, a teor do disposto no art. 146, II, também da CF/88. É dizer, se o Poder Público quiser condicionar a fruição da imunidade em tela às instituições que tenham determinada estruturação ou constituição e funcionamento, deve se utilizar de lei complementar, porque isto significa regular a própria imunidade.

Neste sentido, Marco Aurélio Greco bem captou a questão, ao lecionar que “a fixação de condições para a fruição da imunidade, bem como a enumeração de requisitos para a qualificação das entidades de modo a serem consideradas beneficiadas pela limitação, implica regular

32 ADI 1802, Relator: Min. Dias Toffoli, tribunal pleno, julgado em 12/04/2018, processo eletrônico dje-085 divulg 02-05-2018 public 03-05-2018.

33 Imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social e a Lei 9.532/97. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). Imposto de renda, *op. cit.*, p. 72. Veja-se, também, ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225.

suas hipóteses de incidência e as pessoas por ela alcançadas (alcance objetivo e subjetivo do pressuposto da imunidade), o que implica regular a própria limitação, o que é privativo da lei complementar³⁴. Assim, entendemos que pode haver espaço para a lei ordinária, desde que a mesma não seja utilizada para condicionar a fruição da imunidade, porque neste caso deveremos reclamar a presença de lei complementar.

Entretanto, o equívoco que constatamos na referida decisão do Supremo Tribunal Federal não repousa somente no entendimento do que seja matéria de lei ordinária e do que seja de lei complementar no contido no §2º do art. 12 da Lei nº 9.532/97. Afinal, parece-nos claro que nenhum dos requisitos aí tratados diz com a constituição e o funcionamento das instituições de educação e de assistência social. Ora, não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, não pode remunerar seus dirigentes³⁵. Não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, deve aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais. Tais requisitos são, efetivamente, de imunidade e, portanto, deveriam ser estipulados por lei complementar.

Ademais e antes de tudo, constatamos que a decisão em tela é inequivocadamente *contra legem*, simplesmente porque o supracitado §2º é taxativo ao dispor que a matéria ali contida relaciona-se não com a constituição das instituições de educação ou de assistência social, mas com o gozo da imunidade. Isto é, a própria lei está reconhecendo que inseriu novos requisitos para a fruição da imunidade e não para a constituição e estruturação de uma pessoa jurídica: *Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: [...]*.

34 Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). Imunidades tributárias, *op. cit.*, p. 717.

35 Por certo que, com as alterações promovidas pelas Leis n. 13.151/2015 e 13.204/2015, passou-se a admitir a remuneração para dirigentes de instituições imunes, desde que observados certos requisitos: “§ 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados, exceto no caso de associações, fundações ou organizações da sociedade civil, sem fins lucrativos, cujos dirigentes poderão ser remunerados, desde que atuem efetivamente na gestão executiva e desde que cumpridos os requisitos previstos nos arts. 3o e 16 da Lei no 9.790, de 23 de março de 1999, respeitadas como limites máximos os valores praticados pelo mercado na região correspondente à sua área de atuação, devendo seu valor ser fixado pelo órgão de deliberação superior da entidade, registrado em ata, com comunicação ao Ministério Público, no caso das fundações”. A questão que se discute no presente trabalho não é permitir ou não permitir a remuneração, mas sim que tal somente possa ser tratado por lei complementar.

Com isto, podemos concluir que o Supremo Tribunal Federal realizou distinção onde a própria lei não deixou margem para tanto, sendo necessária uma nova análise desta matéria.

Mas, também, deixou claro que, em se tratando de requisitos de imunidade tributária, os mesmos só podem ser estipulados por lei complementar, por força do art. 146, II da CF/88, que é a interpretação mais autorizada.

6 As ADINS 2028, 4480 e 4891 e o problema da Lei complementar

Em relação à imunidade constante do §7º do art. 195 da CF/88, houve uma discussão inicial para saber se a ela se aplicaria, também, o disposto no art. 14 do CTN.

Chegou-se a reconhecer, inclusive, um “estado de mora” na ausência de regulamentação dessa imunidade:

Mandado de injunção. - Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no par. 7. do artigo 195 da Constituição Federal. - Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providencias legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, par. 7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida³⁶.

Mas, a discussão tornou-se mais dramática com a alteração do art. 55 da Lei nº 8.212/91, promovida pela Lei nº 9.732/98.

Levou-se ao Supremo Tribunal Federal, através da ADIN 2028, o questionamento de que a Lei nº 9.732/98, por ser lei ordinária, não poderia regulamentar os requisitos da imunidade, constante do §7º do art. 195 da CF/88, por força do art. 146, II do mesmo diploma fundamental.

Todavia, de forma bastante clara, o Supremo Tribunal Federal, em que pese ter reconhecido a importância da tese, decidiu que, acolher tal argumento, levaria ao revigoramento do art. 55 supra, que também

36 MI 232, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1991, DJU I de 27/03/1992, p. 38.

foi criado por lei ordinária; sendo que este não havia sido questionado na ADIN.

Mas, as alterações promovidas pela Lei nº 9.732/98 foram rechaçadas pelo STF, por entender que as mesmas seriam materialmente inconstitucionais:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 1º, na parte em que alterou a redação do artigo 55, III, da Lei 8.212/91 e acrescentou-lhe os §§ 3º, 4º e 5º, e dos artigos 4º, 5º e 7º, todos da Lei 9.732, de 11 de dezembro de 1998. - Preliminar de mérito que se ultrapassa porque o conceito mais lato de assistência social - e que é admitido pela Constituição - é o que parece deva ser adotado para a caracterização da assistência prestada por entidades beneficentes, tendo em vista o cunho nitidamente social da Carta Magna. - De há muito se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que só é exigível lei complementar quando a Constituição expressamente a ela faz alusão com referência a determinada matéria, o que implica dizer que quando a Carta Magna alude genericamente a “lei” para estabelecer princípio de reserva legal, essa expressão compreende tanto a legislação ordinária, nas suas diferentes modalidades, quanto a legislação complementar. - No caso, o artigo 195, § 7º, da Carta Magna, com relação a matéria específica (as exigências a que devem atender as entidades beneficentes de assistência social para gozarem da imunidade aí prevista), determina apenas que essas exigências sejam estabelecidas em lei. Portanto, em face da referida jurisprudência desta Corte, em lei ordinária. - É certo, porém, que há forte corrente doutrinária que entende que, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, embora o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei” sem qualificá-la como complementar - e o mesmo ocorre quanto ao artigo 150, VI, “c”, da Carta Magna -, essa expressão, ao invés de ser entendida como exceção ao princípio geral que se encontra no artigo 146, II (“Cabe à lei complementar: II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar”), deve ser interpretada em conjugação com esse princípio para se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa. - A essa fundamentação jurídica, em si mesma, não se pode negar relevância, embora, no caso, se acolhida, e, em consequência, suspensa provisoriamente a eficácia dos dispositivos impugnados, voltará a vigorar a redação originária do artigo 55 da Lei 8.212/91, que, também por ser lei ordinária, não poderia regular essa limitação constitucional ao poder de tributar, e que, apesar disso, não foi atacada, subsidiariamente, como inconstitucional nesta ação direta, o que levaria ao não-conhecimento desta para se possibilitar que outra pudesse ser proposta sem essa deficiência. - Em se tratando, porém, de pedido de liminar, e sendo igualmente relevante a tese contrária - a de que, no que diz respeito a requisitos a ser observados por

entidades para que possam gozar da imunidade, os dispositivos específicos, ao exigirem apenas lei, constituem exceção ao princípio geral -, não me parece que a primeira, no tocante à relevância, se sobreponha à segunda de tal modo que permita a concessão da liminar que não poderia dar-se por não ter sido atacado também o artigo 55 da Lei 8.212/91 que voltaria a vigorar integralmente em sua redação originária, deficiência essa da inicial que levaria, de pronto, ao não-conhecimento da presente ação direta. Entendo que, em casos como o presente, em que há, pelo menos num primeiro exame, equivalência de relevâncias, e em que não se alega contra os dispositivos impugnados apenas inconstitucionalidade formal, mas também inconstitucionalidade material, se deva, nessa fase da tramitação da ação, trancá-la com o seu não-conhecimento, questão cujo exame será remetido para o momento do julgamento final do feito. - Embora relevante a tese de que, não obstante o § 7º do artigo 195 só se refira a “lei”, sendo a imunidade uma limitação constitucional ao poder de tributar, é de se exigir lei complementar para o estabelecimento dos requisitos a ser observados pelas entidades em causa, no caso, porém, dada a relevância das duas teses opostas, e sendo certo que, se concedida a liminar, revigorar-se-ia legislação ordinária anterior que não foi atacada, não deve ser concedida a liminar pleiteada. - É relevante o fundamento da inconstitucionalidade material sustentada nos autos (o de que os dispositivos ora impugnados - o que não poderia ser feito sequer por lei complementar - estabeleceram requisitos que desvirtuam o próprio conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social, bem como limitaram a própria extensão da imunidade). Existência, também, do “periculum in mora”. Referendou-se o despacho que concedeu a liminar para suspender a eficácia dos dispositivos impugnados nesta ação direta³⁷.

Este assunto volta a ser discutido, por ocasião da análise da validade do art. 19 da Lei nº 10260/01, na ADIN 2545. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a norma em questão impôs uma obrigação que não se coaduna com o art. 195, §7º da CF/88:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 12, “CAPUT”, INCISO IV E 19, “CAPUT”, E PARÁGRAFOS 1º, 2º, 3º, 4º E 5º DA LEI Nº 10.260, DE 13/7/2001. INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DE ENSINO SUPERIOR (FIES). EXIGÊNCIA, PELO ART. 19 DA MENCIONADA LEI, DE APLICAÇÃO DO EQUIVALENTE À CONTRIBUIÇÃO DE QUE TRATA O ART. 22 DA LEI Nº 8.212/91 NA CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDO. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 195, §

37 ADI 2028 MC, Relator: Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 11/11/1999, DJU I de 16/06/2000, p. 30.

7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMUNIDADE QUE SE ESTENDE ÀS ENTIDADES QUE PRESTAM ASSISTÊNCIA SOCIAL NO CAMPO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO. ART. 12, CAPUT DA REFERIDA LEI. FIXAÇÃO DE CONDIÇÕES PARA RESGATE ANTECIPADO DE CERTIFICADOS JUNTO AO TESOIRO NACIONAL. INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12, INCISO IV. RESGATE CONDICIONADO À AUSÊNCIA DE LITÍGIO JUDICIAL TENDO COMO OBJETO CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS ARRECADADAS PELO INSS OU CONTRIBUIÇÕES RELATIVAS AO SALÁRIO-EDUCAÇÃO. APARENTE AFRONTA AO ART. 5º, XXXV. 1. O art. 19 da Lei nº 10.260/01, quando determina que o valor econômico correspondente à exoneração de contribuições seja obrigatoriamente destinado a determinada finalidade está, na verdade, substituindo por obrigação de fazer (conceder bolsas de estudo) a obrigação de dar (pagar a contribuição patronal) de que as entidades beneficentes educacionais estão expressamente dispensadas. 2. O art. 12, caput, da Lei nº 10.260/01, ao fixar condições para o resgate antecipado dos certificados, teve como objetivo excluir da possibilidade de acesso ao crédito imediato dos valores correspondentes a tais certificados aquelas entidades que apresentem débitos para com a previdência. Tal medida, antes de agressiva ao texto constitucional, corresponde a atitude de necessária prudência, tendente a evitar que devedores da previdência ganhem acesso antecipado a recursos do Tesouro Nacional. 3. O inciso IV do referido art. 12, quando condiciona o resgate antecipado a que as instituições de ensino superior “não figurem como litigantes ou litisconsortes em processos judiciais em que se discutam contribuições sociais arrecadadas pelo INSS ou contribuições relativas ao salário-educação.”, aparentemente afronta a garantia constitucional inserida no art. 5º, XXXV. 4. Medida cautelar deferida³⁸.

Após esta decisão, o Supremo Tribunal Federal chegou a reconhecer Repercussão Geral em tal matéria³⁹, especificamente para discutir se o próprio art. 55 da Lei nº 8.212/91 poderia ter regulado a imunidade do art. 195, §7º, CF/88.

Mas, foi em 2017 que o Supremo Tribunal Federal decidiu o mérito da Adin 2028, que foi convertida em ADPF, fixando-se outras questões importantíssimas para a compreensão do assunto:

38 ADI 2545 MC, Relatora: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2002, DJ 07-02-2003 p. 21.

39 “REPERCUSSÃO GERAL – ENTIDADE BENEFICENTE DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – IMUNIDADE – CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS – ARTIGO 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior” (RE 566622 RG, Relator: Min. Marco Aurélio, julgado em 21/02/2008, DJe-074 de 24-04-2008).

EMENTA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONVERSÃO EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. CONHECIMENTO. IMUNIDADE. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ARTS. 146, II, e 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REGULAMENTAÇÃO. LEI 8.212/91 (ART. 55). DECRETO 2.536/98 (ARTS. 2º, IV, 3º, VI, §§ 1º e 4º e PARÁGRAFO ÚNICO). DECRETO 752/93 (ARTS. 1º, IV, 2º, IV e §§ 1º e 3º, e 7º, § 4º). ENTIDADES BENEFICENTES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. DISTINÇÃO. MODO DE ATUAÇÃO DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. TRATAMENTO POR LEI COMPLEMENTAR. ASPECTOS MERAMENTE PROCEDIMENTAIS. REGRAMENTO POR LEI ORDINÁRIA. Nos exatos termos do voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Teori Zavascki, ao inaugurar a divergência: 1. “[...] fica evidenciado que (a) entidade beneficente de assistência social (art. 195, § 7º) não é conceito equiparável a entidade de assistência social sem fins lucrativos (art. 150, VI); (b) a Constituição Federal não reúne elementos discursivos para dar concretização segura ao que se possa entender por modo beneficente de prestar assistência social; (c) a definição desta condição modal é indispensável para garantir que a imunidade do art. 195, § 7º, da CF cumpra a finalidade que lhe é designada pelo texto constitucional; e (d) esta tarefa foi outorgada ao legislador infraconstitucional, que tem autoridade para defini-la, desde que respeitados os demais termos do texto constitucional.”. 2. “Aspectos meramente procedimentais referentes à certificação, fiscalização e controle administrativo continuam passíveis de definição em lei ordinária. A lei complementar é forma somente exigível para a definição do modo beneficente de atuação das entidades de assistência social contempladas pelo art. 195, § 7º, da CF, especialmente no que se refere à instituição de contrapartidas a serem observadas por elas.”. 3. Procedência da ação “nos limites postos no voto do Ministro Relator”. Arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da conversão da ação direta de inconstitucionalidade, integralmente procedente⁴⁰.

Assim, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal não tem se furtado a analisar os limites de conteúdo na regulamentação pela legislação infraconstitucional da imunidade do §7º do art. 195, CF/88.

Mas, merece encômios, de outra banda, o entendimento fixado no julgamento do RE 566622, onde se decidiu que, na falta de lei

40 ADI 2028, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Relatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, Julgado Em 02/03/2017, Acórdão Eletrônico Dje-095 Divulg 05-05-2017 Public 08-05-2017

complementar para tratar da imunidade em questão, deve ser aplicado o art. 14 do CTN, por se tratar de Lei Complementar⁴¹.

De qualquer modo, percebe-se que a questão tormentosa está na necessária correção do entendimento manifestado emanado da distinção entre o que seja requisito de imunidade (lei complementar) e o que seja matéria de constituição e funcionamento de pessoas jurídicas (lei ordinária).

Em nosso entender, o Supremo Tribunal Federal deve considerar que todo e qualquer requisito que influencie – direta ou indiretamente – no gozo da imunidade somente pode ser regulado por lei complementar. É dizer, não pode considerar como requisito de constituição de entidade um requisito que é de imunidade, como se deu com a exigência de não remuneração de diretores (ADIN 1802).

Ora, se tal requisito é de constituição de entidades, então todas as entidades de assistência social ou de educação, ainda que não imunes, não poderiam (à luz da redação original da Lei nº 9532/97) remunerar seus dirigentes.

Agora, se as entidades de assistência social, que não queiram ser imunes, podem livremente remunerar seus diretores, é porque o requisito em questão é de imunidade e, portanto, somente pode ser estabelecido por lei complementar.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000

BOTTALLO, Eduardo. Imunidade de instituições de educação e de assistência social e lei ordinária: um intrincado confronto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de renda: alterações fundamentais*, 2º volume. São Paulo: Dialética, 1998.

41 “IMUNIDADE – DISCIPLINA – LEI COMPLEMENTAR. Ante a Constituição Federal, que a todos indistintamente submete, a regência de imunidade faz-se mediante lei complementar” (RE 566622, Relator: Min. Marco aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2017, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito Dje-186 Divulg 22-08-2017 Public 23-08-2017)

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: _____; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2003.

FISCHER, Octavio Campos. *Breves notas sobre terceiro setor e tributação*. 2. ed. São Paulo: MP, 2008.

GRUPENMACHER, Betina Treiger. Tributação e direitos fundamentais. In: FISCHER, Octavio Campos [coord.]. *Tributos e direitos fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2004

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte* (Pesquisas Tributárias – Nova Série nº 6). São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora RT, 2000.

_____. (Coord.). *Imunidades tributária* (pesquisas tributárias – nova série, n. 4). São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, p. 32, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

TORRES. Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. 3º volume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Autor convidado.

O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS AOS CATADORES: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES TO SCARVENGERS: THE NATIONAL SOLID WASTE POLICY INSTRUMENT

Ítalo Wesley Paz de Oliveira Lima¹ 

Talden Farias¹¹ 

¹ Faculdades de Integração do Sertão (FIS), Serra Talhada, PE, Brasil. Mestre em Direito Econômico. E-mail: taldenfarias@gmail.com

¹¹ Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa, PB, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: taldenfarias@hotmail.com

Resumo: O presente trabalho objetiva demonstrar a importância de valorização dos serviços ambientais prestados pelos catadores de materiais recicláveis e a contribuição desse instituto para o espaço urbano. Este artigo inicia sua análise a partir da problemática dos resíduos sólidos ao passo que simultaneamente se aborda a Política Nacional de Resíduos Sólidos como diploma normativo visando solucionar as externalidades decorrentes da gestão insustentável desses resíduos. Posteriormente, se traz à baila as propostas teóricas de solução das externalidades ambientais e os instrumentos de política ambientais vigentes nas legislações atuais. Por último passa a se abordar o pagamento por serviços ambientais aos catadores de recicláveis e como este instituto pode ser essencial não apenas para a concretização dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, mas também um importante fator de inclusão social e de proveito econômico e ambiental.

Palavras-chave: Resíduos Sólidos. Pagamento Por Serviços Ambientais. Catadores.

Abstract: The present work aims to demonstrate the importance of valuing the environmental services provided by recyclable waste pickers and the contribution of this institute to the urban space. This article begins its analysis based on the solid waste problem, while simultaneously addressing the National Solid Waste Policy as a normative document aimed at solving the externalities resulting from the unsustainable management of this waste. Subsequently, the theoretical proposals for the solution of environmental externalities and the environmental policy instruments in force in current legislation are brought to the fore. Finally, the payment for environmental services to recyclable waste pickers is addressed and how this institute may be essential not only for the achievement of the National Solid Waste Policy objectives, but also an important factor for social inclusion and economic and environmental benefits.

Keywords: Solid Waste. Payment For Environmental Services. Scavengers.

Sumário: Introdução. 1 A política nacional de resíduos sólidos no panorama da crise ambiental. 1.1 A crise ambiental e a proteção ambiental. 1.1 A problemática do lixo e a PNRS. 2 O pagamento por serviços ambientais para os catadores. 2.1 Instrumentos de política ambiental. 2.2 O pagamento por serviços ambientais para os catadores e a efetivação da PNRS. Conclusão. Referências.

Introdução

A problemática oriunda da má gestão dos resíduos acarreta um conjunto de externalidade negativas nas searas econômicas, social, ambiental e sanitárias, revelando a necessidade de mecanismos de atuação estatal no sentido de solucionar ou minorar os efeitos destas. A Política Nacional de Resíduos Sólidos traz no corpo de seu texto novos instrumentos jurídicos para promover a integração do Poder Público, empresários, consumidor e catadores de materiais recicláveis em promover uma administração adequada desses resíduos.

Ante a importância dos catadores nesse cenário, aquela política pública conferiu especial atenção a esse ator social, autorizando o uso de incentivos econômicos a esses atores sociais por meio do pagamento por serviços ambientais. A adoção desse instrumento traz importantes consequências sociais, econômicas e ambientais que justificam a sua adoção no sentido de concretizar o ideal de gestão adequada dos resíduos sólidos. O presente artigo tem por tema demonstrar que a aplicação do pagamento por serviços ambientais para os catadores de materiais recicláveis é uma forma a valorizar suas condutas ambientalmente desejáveis e importantes para a Política Nacional de Resíduos Sólidos. A metodologia utilizada será a bibliográfica, empregando o método dedutivo, mediante a consulta de livros, artigos e documentos e visa atentar para o presente tema, que não tem recebido a devida atenção por parte da doutrina.

1 A política nacional de resíduos sólidos no panorama da crise ambiental

1.1 A crise ambiental e a proteção ambiental

O atual período histórico denota um estágio de crise ambiental e social sem precedentes, causadas por um conjunto de fatores de origem antrópica, e cujos efeitos mostram a necessidade de se compreender as complexidades que são próprias ao meio ambiente. Ao longo do século XX os desastres ambientais mostraram de forma inequívoca a dimensão globalizante dos problemas causados pela ação humana no manuseio dos bens e serviços ambientais e na ausência de administração ecologicamente acertada dos dejetos oriundos das atividades econômicas, provocando profundos desastres ao meio ambiente.

A importância do meio ambiente na atualidade se agiganta e se faz presentes nos mais variados aspectos da vida em sociedade e se constrói dentro de uma perspectiva aberta e marcada pela inviabilidade de conceitos interpretativos estáticos. O texto constitucional trouxe o meio ambiente enquanto vetor da tríplice proposição; a proposição de concretizar o “progresso do país”; a proposição de “progresso planetário”, entendido no sentido de promover a melhoria da qualidade de vida de todos os habitantes do globo; e a proposição de “progresso imaterial”, fortalecendo valores tidos por intangíveis, classificados pelo autor enquanto subprodutos da ética (BENJAMIN, 2012, p. 56). Nesse aspecto, o meio ambiente se encontra umbilicalmente ligado ao progresso e desenvolvimento da humanidade.

O legislador constituinte traçou dessa maneira, um conjunto de obrigações para o Estado (que embora não seja o destinatário único do dever de proteção ambiental, configura como o destinatário principal desse dever) de natureza administrativa e legislativa no sentido de assegurar a todos esse direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (PÉREZ LUÑO, 2005 p. 214). Ampliando o entendimento do autor se pode afirmar que atualmente, a indissociabilidade entre os aspectos ambiental, econômico e social e da necessária interação entre estas searas para a superação do subdesenvolvimento, demandam do Estado e da coletividade adoção de estratégias, de forma a vincular a inclusão social enquanto elemento necessário e integrante da proteção do meio ambiente e da reformulação da economia.

O desenvolvimento da atividade industrial e do comércio se tornou fundamental em tornar a cidade novamente o centro da vida econômica, política e cultural, papel este que estava anteriormente relegado em virtude da presença de uma economia rural. Ao se proceder a essa urbanização, o tecido social se torna mais variado e complexo dentro da própria noção do valor da urbe. A cidade é guiada por conflitos entre o *valor de uso* e o *valor de troca*, cujo conflito se mostra essencial para se compreender o contexto de formação urbana, o seu processo criativo. Nesse aspecto, Lefebvre (2001, p. 14) enfatiza que “a cidade e a realidade urbana dependem do valor de uso. O valor de troca e a generalização da mercadoria pela industrialização tendem a destruir, ao subordiná-las a si, a cidade e a realidade urbana, refúgios de valor de uso, embriões de uma virtual predominância e de uma revalorização do uso.

Ao longo de sua formação, as cidades foram sendo objeto de toda espécie de concepções desde as relacionadas à dimensão religiosa (em que a urbe romana era sagrada e destinada à supremacia sobre o mundo)

até a concepção contemporânea de cidades enquanto espaço público de dignidade. Essas concepções foram construídas, refletem o contexto histórico e a maneira bem peculiar os processos de acumulação de riqueza vigentes. O espaço urbano se converte, segundo Carlos (2004, p. 19) em:

[...] expressão e significação da vida humana, a história da cidade revela-a como obra e produto que se realiza como realidade espacial concreta cujo movimento é produto de um processo histórico cumulativo, revelando ações passadas ao mesmo tempo em que o futuro que se tece no presente e, nesta condição, revela nas possibilidades presentes na vida cotidiana.

Esses fatores foram determinantes para a utilização desenfreada dos recursos naturais e, por consequência, na produção de resíduos sólidos em uma escala cada vez mais constante. Na atualidade a gestão dos resíduos sólidos se apresenta, ao lado das mudanças climáticas, como um dos principais desafios para o Poder Público, especialmente nas cidades. Esse desafio ainda se faz presente em acontecimentos da história recente, a exemplo do acidente com a cápsula Césio – 137, em que a disposição incorreta de lixo hospitalar levou ao maior caso de acidente nuclear no Brasil.

Outro fator importante diz respeito à transformação dos hábitos de consumo em virtude da Revolução Industrial. O surgimento do modelo fordista de produção em massa mostrou a necessidade da criação de um mercado consumidor cada vez mais voraz e dinâmico, em que os padrões de consumo restritos às classes mais abastadas deveriam ser reproduzidos para as classes mais baixas. O ato de consumo, que sempre fora entendido enquanto ato voltado a “adquirir e utilizar bens e serviços para atender às necessidades”, passou a ser encarado enquanto força motriz de um novo ideal de progresso (LEONARD, 2011, p. 173).

A criação do consumo de massa foi o trunfo definitivo para que a emergente industrialização se firmasse e se expandisse. Nesse aspecto, cumpre se destacar o papel da obsolescência programada é definida como “redução artificial da durabilidade de um bem de consumo, para que induza os consumidores a adquirirem produtos substitutos antes do necessário” (MORATO LEITE E MORAES, 2013, p. 63), incutindo no consumidor a necessidade de aquisição do produto mais novo lançado pelo mercado, para a satisfação do prazer de demonstrar o seu status por meio da amplitude de seu poder de compra, induzidos pela publicidade cada vez mais sedutora.

Em suma, esse conjunto de fatores foi essencial para surgimento da deterioração das relações sociais, com a conseqüente substituição da interação entre sujeitos para a indução ao comportamento de deificação do consumidor abastado enquanto modelo que, afirma Baumann (2003, p. 90-91):

A vida organizada em torno do consumo, por outro lado, deve se bastar sem normas: ela é orientada pela sedução, por desejos sempre crescentes e quereres voláteis - não mais por regulação normativa. Nenhum vizinho em particular oferece um ponto de referência para uma vida de sucesso; uma sociedade de consumidores se baseia na comparação universal - e o céu é o único limite. A ideia de “luxo” não faz muito sentido, pois a ideia é fazer dos luxos de hoje as necessidades de amanhã, e reduzir a distância entre o “hoje” e o “amanhã” ao mínimo - tirar a espera da vontade. Como não há normas para transformar certos desejos em necessidades e para deslegitimar outros desejos como “falsas necessidades”, não há teste para que se possa medir o padrão de “conformidade”. O principal cuidado diz respeito, então, à adequação - a estar ‘sempre pronto’; a ter capacidade de aproveitar a oportunidade quando ela se apresentar, a desenvolver novos desejos feitos sob medida para as novas, nunca vistas e inesperadas seduções, e a não permitir que as necessidades estabelecidas tornem as novas sensações dispensáveis ou restrinjam nossa capacidade de absorvê-las e experimentá-las.

É dentro dessa realidade preocupante que se percebeu, ainda que tardiamente, a necessidade de proteção jurídica dos bens e serviços ambientais formulados a partir de um subsistema jurídico próprio (Direito Ambiental), que possa realizar um diálogo democrático, aberto e permanente com outros subsistemas do ordenamento jurídico e com outros campos da cognitividade, de forma a ampliar o leque de atuação não apenas em proteger o meio ambiente, mas em igualmente direcionar o uso dos recursos naturais em prol da sociedade.

1.1 A problemática do lixo e a PNRS

No aspecto ambiental, a produção e consumo em massa terminaram por converter a gestão dos resíduos sólidos em um dos principais problemas do meio ambiente urbano, na medida em que o controle dos ciclos inflacionários e a aumento do consumo trouxeram por consequência o aumento da quantidade de lixo produzido. Segundo a Agência Brasil¹ entre os anos de 2003 e 2014 o aumento de vinte e

1 Essa desproporção denota a inspiração da sociedade brasileira em simplesmente

nove por cento na geração de resíduos, em detrimento do aumento da população do período, que foi de seis por cento, traduzindo a produção de resíduos cada vez mais perigosos, e em quantidades maiores.

A essa realidade preocupante se soma a má gestão dos resíduos sólidos, que traz uma gama de efeitos deletérios nas mais variadas esferas notadamente na ambiental, econômica e social. O aumento constante na geração de resíduos sólidos igualmente mostra a incapacidade dos mecanismos sociais em administrar a disposição final daqueles de forma ambientalmente correta. A disposição inadequada do lixo traz, entre outras consequências, a contaminação dos mananciais de água e dos solos, a propagação de doenças e a degradação das condições sanitárias, além dos notórios prejuízos para a fauna e a flora.

Com o fulcro de mudar essa realidade foi promulgada a Política Nacional de Resíduos Sólidos (lei nº 12.305/10), visando promover a destinação final ambientalmente adequada desses resíduos sólidos por meio de um conjunto de instrumentos que visam conferir maior concretude à proteção ao meio ambiente traçada pelo ordenamento jurídico pátrio.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos se encontra na esteira de outros diplomas normativos anteriores, a exemplo da Constituição Federal e da Política Nacional de Meio Ambiente sendo que esta última, visa reorganizar as práticas econômicas sem se olvidar das consequências sociais e a construção de um contexto ecológico para a economia (DERANI E SOUZA, 2013, p. 250). A integração com outras políticas socioambientais consiste em um marco da PNRS, não apenas por uma questão de lógica e de implementar a efetividade desta, mas igualmente em virtude do mandamento contido no art. 5º da lei nº 12.305/10, determinando a articulação desse diploma normativo com a lei nº 11.445/07 (Política Nacional de Saneamento Básico) e a lei nº 9.795/99 (Política Nacional de Educação Ambiental).

Com vistas a concretizar a boa gestão e a disposição ambientalmente adequada dos resíduos sólidos a PNRS lança mão de dois importantes da logística reversa e da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. Esses dois institutos trazem novos delineamentos para o Direito Ambiental e possibilitam não apenas a estender o espectro de proteção do meio ambiente, mas em abrigar novos agentes sociais até então marginalizados, para contribuir

na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinado no art. 225 do texto constitucional.

Por responsabilidade compartilhada se entende o instituto esculpido no caput do art. 31 da PNRS, determinando a responsabilidade de fabricantes, importadores, comerciantes, distribuidores, consumidores e titulares de serviços públicos pelo ciclo de vida do produto, de forma a possibilitar a destinação final adequada desses resíduos. A importância desse instituto se traduz em dois aspectos determinantes: o primeiro diz respeito à extensão do dever fundamental de proteção ao meio ambiente não apenas aos agentes produtores da cadeia econômica, mas igualmente ao consumidor. Consiste na responsabilidade de todos os agentes em promover o reaproveitamento dos resíduos para nutrir cadeias produtivas (art.30, par. único, II), e ao mesmo tempo estimular, entre outros, um modo de produção calcado no uso de materiais reciclados (art. 30, par. único, V).

Ainda que o consumidor seja o elo mais frágil dentro da cadeia de produção e consumo do produto ou serviço, justificando o reconhecimento deste sujeito enquanto vulnerável na relação de consumo, conforme o art. 4º, I do Código de Defesa do Consumidor, o *caput* do art. 225 da Constituição Federal dispôs a proteção do meio ambiente enquanto um dever imposto a todos os sujeitos, inclusive ao consumidor. Nesse aspecto, o consumidor deve abraçar a sua responsabilidade legal e constitucional e contribuir para a destinação ambiental adequada dos resíduos sólidos e na promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme ensina Filomeno (2013, p. 34):

Ora, e não é ele mesmo, o consumidor – todos nós –, na verdade, o maior produtor de resíduos, poluidor contumaz do ambiente, com a produção de toneladas diárias de lixo, bem como pela utilização de veículos além de produtos e serviços que lhe são deletérios?

Que saiba, portanto, ele, consumidor, em primeiro lugar, o que está ocorrendo à sua volta, qual a sua participação nesse processo e, principalmente, quais são suas responsabilidades para minorar o processo deletério.

A logística reversa (art. 3º, XII, PNRS) consiste no instrumento econômico e social que possibilita, por meio de uma gama de ações e procedimentos, a coleta e restituição dos resíduos sólidos de volta ao setor empresarial para o seu consequente reaproveitamento, seja na própria cadeia produtiva do produto, seja em outras cadeias produtivas.

Por meio desse instituto, a PNRS destaca a necessidade de montar uma estrutura logística e operacional que, de forma efetiva, possa refazer o caminho dos resíduos de forma a serem novamente utilizados e concretizar a responsabilidade compartilhada do ciclo de vida dos produtos, e promover o reaproveitamento máximo dos resíduos em retroalimentar a produção de novos produtos, fixando assim um padrão produtivo ecologicamente mais eficiente.

A efetivação dos institutos da logística reversa e da responsabilidade compartilhada se tornam possíveis na medida em que a lei nº 12.305/10 traz uma inovação em perceber o problema dos resíduos não de maneira uniforme, em que tudo aqui que fora descartado consiste em material inútil e passível exclusivamente de descarte final nos aterros sanitários. A Política Nacional de Resíduos Sólidos entende a necessidade de que tais resíduos sejam reaproveitados de forma que possam se converter em instrumentos de inclusão social e de eficiência ecológica e econômica. Nesse aspecto, a PNRS inova percebendo os resíduos sólidos (art. 3º, XVI) sendo objeto de natureza diversa dos rejeitos sólidos (art. 3º, XV).

Os resíduos sólidos consistem no material, substância, bem ou material decorrente de atividade antrópica que, por seu estado, ainda é passível de ser utilizado novamente para suprir a cadeia produtiva de determinado produto ou serviço. A PNRS traz a percepção de seu reuso pelos agentes econômicos, e atribui a esses resíduos a sua valorização enquanto bem econômico (art. 6º, VII) de natureza estratégica. Não apenas por se reconhecer que esses bens possuem valor econômico, mas por terem igualmente um valor social e possibilitarem a geração de emprego e renda, devendo, portanto ser obrigatoriamente aproveitado. Já os rejeitos (art. 3º, XV da PNRS) consistem nos resíduos sólidos que por seu estado não podem ser reaproveitados (em virtude da impossibilidade tecnológica ou em virtude de inviabilidade econômica) não podem ser reaproveitados para o sistema produtivo.

Por possuírem natureza estratégica é que a legislação determina que os resíduos sólidos merecem um tratamento diferenciado em relação aos rejeitos. Aos primeiros, por possuírem esse valor e por serem passíveis de reuso na cadeia produtiva, deverão ser objeto de destinação final ambientalmente adequada (art. 3º, VII da PNRS), para que possam ser reutilizados, reciclados, recuperados, realizado o seu aproveitamento energético e, no caso dos resíduos orgânicos, estes

serem passíveis de compostagem. Em suma, deverão ser reintegrados ao ciclo produtivo.

Igualmente cumpre se fazer a conceituação das formas de reintegrar os resíduos sólidos para a cadeia produtiva, especialmente a reutilização e a reciclagem. A lei nº 12.305/10 entende a reutilização (art. 3º, XVII) enquanto processo de aproveitamento dos resíduos sólidos sem que se procedam alterações na estrutura física, físico ou biológicas. Já a reciclagem (art. 3º, XIV) é o processo de transformação de resíduos que envolve alterações das propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas para transformar esses resíduos em outros produtos ou em insumos. A diferenciação destes processos se mostra importante na medida em que a própria PNRS traz, entre os seus objetivos no art. 7º, II a prioridade da reutilização sobre a reciclagem e definem bem a importância dos catadores como facilitadores da concretização dessa política pública.

Nesse aspecto, a profissão de catador não somente possui profunda importância dentro do contexto de gestão de resíduos sólidos, mas igualmente importância econômica e ambiental, sendo inclusive uma profissão reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, possuindo seu próprio código na Classificação Brasileira de Ocupações (CBO nº 5192-05). Segundo essa classificação, os catadores são os “trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável são responsáveis por coletar material reciclável e reaproveitável, vender material coletado, selecionar material coletado, preparar o material para expedição, realizar manutenção do ambiente e equipamentos de trabalho, divulgar o trabalho de reciclagem, administrar o trabalho e trabalhar com segurança.”

Já os rejeitos, por sua inutilidade e/ou periculosidade (a exemplo dos rejeitos hospitalares, químicos e radioativos) deverão ser objeto de disposição final ambientalmente adequada (art. 3º, VIII da PNRS), minimizando seus impactos ambientais e evitando riscos à segurança e à saúde. Essa disposição final deverá ser em aterros sanitários, na medida em que a própria lei o elegeu enquanto local destinado à disposição final dos rejeitos da atividade humana, sendo que somente este último deve chegar ao aterro.

A integração desses dois institutos com outros instrumentos previstos ao longo da PNRS se converte em elemento essencial para se implementar a ecoeficiência (art. 6º, V da PNRS), entendida como a compatibilização entre o fornecimento, a preços competitivos de

produtos e serviços qualificados, reduzindo os impactos ambientais e o consumo de recursos e compatibilizar o fornecimento de produtos promoventes de qualidade de vida dentro de um ambiente de liberdade econômica, perfazendo dessa forma a questão de respeitos ao limites de renovação dos recursos da natureza.

Esse instrumento pode ser igualmente eficiente em promover uma cidadania ambiental por meio do aspecto social dessa política pública, valorizando atores sociais marginalizados, retomando a ideia de religar a percepção da economia dentro de um contexto ético, não necessariamente alinhado a uma abordagem meramente instrumental de produção de riquezas. Em suma, diz respeito a promover um ideal de desenvolvimento de um ciclo econômico que possa gerar a “modernidade inclusiva propiciada pela mudança estrutural.” (SACHS, 2008, p.13)

Essa reavaliação dos papéis de agentes marginais adquire um papel importante no âmbito da PNRS permitindo que uma gama maior de atores sociais possam contribuir para a proteção do meio ambiente e na solução da problemática dos resíduos sólidos não apenas com suas experiências, mas principalmente por meio de ações concretas em consonância com os ditames legalmente traçados. É nessa senda, o art. 7º, XII da lei nº 12.305/10 possibilita a inclusão dos catadores de materiais recicláveis enquanto segmento social necessário para a concretização do ciclo de vida compartilhado previsto expressamente nessa política pública.

O segmento dos catadores de lixo sempre se encontrou presente na realidade urbana brasileira, acompanhando o desenvolvimento do processo de urbanização do país e, apesar de serem essenciais dentro da estrutura das cidades, sempre foram considerados como pessoas de somenos importância, alvo de preconceitos e desdém por parte de certos setores sociais e do Poder Público. Igualmente apresentam uma realidade social marcada pela exclusão, sendo pessoas que “encontram nessa atividade a única alternativa possível para realizar a sobrevivência por meio do trabalho, ou pelo menos aquela mais viável no contexto das necessidades imediatas, dadas as restrições que lhes são infringidas pelo mercado de trabalho” (IPEA, 2013, 05-06). Ademais, o Brasil possui em torno de seiscentos mil catadores de materiais recicláveis (MNRC, 2010).

O contexto econômico atual veio a trazer à tona a importância do trabalho desenvolvido pelos catadores de resíduos para a sociedade

em diversos aspectos a serem explicitados em momento posterior. Ainda sim, apesar de importante ainda consiste em uma atividade laboral profundamente marcada por um conjunto de vulnerabilidades injustificáveis perante uma sociedade em que o texto constitucional (art. 170, caput) determina que a Ordem Econômica se encontra fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e tem por objetivo expresso que a economia possa proporcionar uma existência digna a todos.

Atento a esses fatos o legislador ordinário percebeu a importância dos catadores de resíduos dentro da PNRS, expressando em diversas passagens esse segmento social como um elemento necessário para se concretizar os novos instrumentos de política ambiental que foram disciplinados nessa lei. Dessa forma a lei nº 12.305/10 se traduz em diploma normativo que prestigia a indissociabilidade da questão econômica com o meio ambiente, ao mesmo tempo em que prestigia agentes sociais marginalizados em prol da concretização da sustentabilidade, entendida “não como mecanismo de controle ou regulatório, mas como condição de equilíbrio dinâmico entre as dimensões ambiental, social e econômica.” (SASSI; REIS; ANDRADE, 2012, p. 114)

Ante essa importância urge a concessão de incentivos ao catador de resíduos sólidos para que possam otimizar a sua atividade e dessa forma conferir uma maior concretude à PNRS.

2 O pagamento por serviços ambientais para os catadores

2.1 Instrumentos de política ambiental

A prática de atividades econômicas consiste na principal causa dos problemas que caracterizam o atual quadro de crise ambiental. Essas atividades geram efeitos colaterais que escapam da previsibilidade dos agentes econômicos envolvidos, perfazendo as chamadas externalidades, definidas como sendo custos ou benefícios que se transferem de certos personagens do sistema econômico para outros que não envolvidos na cadeia do produto. A existência dessas externalidades justifica a ação de do Estado na economia com o intuito de erradicar essas falhas de mercado ou minorar seus efeitos. Na atualidade duas propostas teóricas despontam no tratamento das externalidades.

A primeira proposta, trazida por Pigou (1968) aduz que as externalidades podem gerar efeitos positivos ou negativos para a coletividade. No primeiro caso a correção da falha de mercado passa pelo incentivo às atividades e agentes causadores dessas externalidades positivas; ou a pesada taxação nos casos negativos de forma a refletir de forma coerente os danos causados ao meio ambiente ou à coletividade, introduzindo o conceito de taxa pigouviana, a ser implementada pelo Estado.

Já a proposta de Coase (1960) se perfaz no caminho oposto defendendo que a melhor estratégia no trato das externalidades consiste em eliminar os custos de transação entre as partes para que possam negociar de forma livre a melhor solução para o problema, gerando dessa forma um resultado mais eficiente daquele proporcionado pela atuação do Estado.

É dentro dessa questão de tratamento das externalidades que as políticas ambientais (que no ordenamento jurídico pátrio se aproxima da perspectiva de Pigou) surgem como resposta estatal em preservar os bens e serviços ambientais. A perspectiva de proteção do meio ambiente tradicionalmente esteve ligada aos bens diretamente utilizados no ciclo econômico. E a literatura jurídico-econômica aponta dois tipos de instrumentos de proteção ambiental.

O primeiro consiste nos instrumentos de comando e controle e são os que realizam a proteção ambiental por intermédio da fixação de normas, regras e padrões de qualidade ambientais. São normas repressivas em que o descumprimento dos padrões de qualidade ambiental legalmente determinados implicam em sanções e “são veiculados por normas jurídicas cujas estruturas é aquela tradicional, composta da descrição de um comportamento tipificado como jurídico, havendo previsão de sanções pelo comportamento desconforme a este” (NUSDEO, 2012, p. 98-97).

Apesar de preponderantes, tais instrumentos sofrem profundas críticas acerca da sua eficiência na proteção ambiental, especialmente em três pilares. O primeiro diz respeito à sua burocratização, na medida em que se necessita formar um amplo aparelho burocrático com o objetivo de manter a atividade constante de fiscalização, atitude essencial para o bom êxito da proteção ambiental.

O segundo pilar aduz a deficiência na fiscalização, na medida em que muitas informações que servem de base para a fiscalização são fornecidas pelos próprios agentes econômicos, gerando uma

“dependência do Governo em relação ao setor empresarial para a obtenção de informações relativas ao nível de emissão e às possibilidades de sua redução” (NUSDEO, 2006, p. 365). Por último, se critica a própria eficiência dessas normas em promover a mudança profundas nas práticas sociais e econômicas, em modificar as ações humanas poluidoras.

É nessa realidade cada vez mais complexa que foram concebidos os instrumentos econômicos são conceituados como sendo os que “atuam diretamente nos custos de produção e consumo dos agentes econômicos, cujas atividades estejam compreendidas nos objetivos da política” (MOTTA, 2000, p. 88-89), abandonando a lógica repressiva.

2.2 O pagamento por serviços ambientais para os catadores e a efetivação da PNRS

A natureza presta uma gama de benefícios indiretos gratuitos necessários para a manutenção da vida e para a economia. Esses benefícios são denominados de serviços ambientais e são conceituados enquanto “conjunto de processos ecológicos que dão sustentação à vida, por meio da manutenção de ciclos vitais da natureza, que mantém a base natural para a sobrevivência de diversas espécies” (NUSDEO, 2013, p. 12).

Apesar de sua importância, esses serviços foram ignorados, levando dessa forma à falsa percepção de gratuidade e de virtual infinitude. Esse mito da gratuidade dos serviços ambientais foi objeto de estudo, onde a valoração dos serviços ambientais seria estimada no valor de trinta e três trilhões de dólares (CONSTANZA; D'ARGE, 1997, p. 254) maior que o PIB mundial à época, justificando a proteção desses serviços pela ordem jurídica por meio do pagamento por serviços ambientais.

O pagamento por serviços ambientais é definido enquanto transação de caráter voluntário em que um ou mais adquirentes adquirem determinado serviço de um ou mais provedores, mediante remuneração monetária ou não, condicionada à sua prestação (WUNDER, 2005, p. 2). Em suma, consiste na utilização de um instrumento econômico que se presta a remunerar os agentes econômicos e sociais que voluntariamente contribuem na preservação dos serviços ambientais.

Esse instrumento, calcado na lógica econômica para a proteção ambiental, pode ser aplicado no incentivo aos catadores de resíduos

sólidos, na medida em que a conduta destes (a catação de resíduos para a posterior reciclagem) consiste em um importante serviço ambiental prestado a toda a coletividade. O pagamento por serviços ambientais aos catadores de materiais recicláveis importa no reconhecimento e remuneração, por parte do Poder Público e da coletividade, de um serviço que já é devidamente prestado e usufruído por todos, mas que por uma falha de percepção, não é reconhecido e nem remunerado, fazendo com que esses agentes suportem de maneira desproporcional esse ônus.

Nessa esteira a lei nº 12.305/10 trouxe no bojo do art. 6º, II o princípio do protetor-recebedor, que justifica a remuneração das condutas ambientalmente desejáveis de forma a criar incentivos aos catadores de materiais recicláveis em promover a conservação do meio ambiente, ampliando dessa forma o espectro de proteção a este. Esse princípio professa lógica diversa do poluidor-pagador e, segundo Deon Sette e Nogueira (2010, p. 146):

Trata-se de um fundamento da ação ambiental que pode ser considerado o avesso do princípio usuário-pagador, que postula que aquele que usa um determinado recurso da natureza deve pagar por tal utilização. Sua aplicação destina-se à justiça econômica, valorizando os serviços ambientais prestados generosamente por uma população ou sociedade, e remunerando economicamente essa prestação de serviços porque, se tem valor econômico, é justo que se receba por ela.

A ideia de se premiar essas condutas benéficas é decorrente da função promocional do Direito, exposta por Norberto Bobbio que, analisando os aspectos do Estado Social, mostra as limitações do Direito em seu aspecto repressivo, focando o estudo do aspecto funcional do Direito, e desmistificando a coação enquanto elemento integrante do ordenamento jurídico. Por essa ótica a função promocional do Direito vislumbra a perspectiva das sanções premiais como forma de se alcançar os objetivos do ordenamento jurídico.

Em poucas palavras, é possível distinguir, de modo útil, um ordenamento protetivo-repressivo de um promocional com a afirmação de que, ao primeiro interessam, sobretudo, os comportamentos socialmente não desejados, sendo seu fim precípua impedir o máximo possível a sua prática; ao segundo, interessam, principalmente, os comportamentos socialmente desejáveis, sendo seu fim levar à realização destes até aos recalitrantes (BOBBIO, 2007, p. 15).

De forma idêntica, o art. 8º, IX da PNRS autoriza ao Poder Público o uso de instrumentos fiscais, financeiros e creditícios na gestão dos resíduos sólidos, autorizando a remuneração dos catadores de materiais recicláveis. A adoção do pagamento por serviços ambientais direcionados a esses atores sociais traz possibilidades de melhorias em diversas esferas da realidade, notadamente na econômica, ambiental e social.

No âmbito econômico, se pode destacar a economia, na construção e manutenção de aterros sanitários, retardando a construção de novos aterros e prolongando a vida útil dos existentes, gerando substancial economia ao erário. Ainda que constituam a opção do legislador para a substituição dos lixões, não só constituem uma controvérsia ambiental, como necessitam de elevadas somas de capitais para serem construídos e geridos. Não se deve olvidar que a reintrodução de materiais na cadeia produtiva do produto gera igualmente benefícios econômicos na economia de matérias primas e no gasto de energia, mediante o aproveitamento desse material reciclável em cadeias produtivas (art. 30, II PNRS).

Outro aspecto diz respeito à economia por parte do ente municipal na manutenção do serviço de coleta e tratamento do lixo, serviço esse corriqueiramente realizado por empresas. Visto que essas empresas têm o seu ganho baseado na tonelagem de resíduos que recolhem e despejam nos aterros sanitários, o pagamento por serviços ambientais aos catadores possibilita que somente os rejeitos sejam objeto de disposição final, na medida em que possam realizar uma triagem e separação de resíduos e rejeitos, e gerar uma economia para o ente municipal, pagando apenas pela tonelagem dos rejeitos. E essa economia só se realiza quando o Poder Público permite o amplo acesso desses agentes sociais aos resíduos de forma a proceder a separação e o aproveitamento.

A economia possibilita a concretização da logística reversa e por consequência, na responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto. Dessa forma, o pagamento aos catadores possibilita a compatibilização dos interesses econômicos e sociais dos atores do ciclo de vida (art. 30, I PNRS), e estimular a criação de um ciclo produtivo baseado em materiais recicláveis (art. 30, V PNRS).

E na sua contribuição social, além de reduzir as vulnerabilidades socioeconômicas dos catadores de materiais reciclados por meio da complementação da sua renda e da diminuição de sua fragilidade

ante as volatilidades do mercado e das intempéries dos produtores de material reciclado (gerando empregos para mais de 600 mil catadores). Nesse aspecto, é salutar aqui se discorrer que o segmento dos catadores se encontra profundamente marcado pela baixa renda, sendo que o rendimento médio nacional desses é na faixa de R\$ 571,46 (quinhentos e setenta e um reais e quarenta e seis centavos) (IPEA, 2010). A essa baixa média de renda deve se somar as variações do preço do material no mercado, o baixo nível de escolaridade (onde 20,5% dos catadores se declaram analfabetos), sendo que o pagamento por serviços ambientais a esta categoria se revela um importante incentivo no sentido de complementar a rendas destes.

Com efeito, os catadores de materiais recicláveis são vítimas de práticas predatórias, principalmente em virtude da informalidade. Por não serem empregados, se encontram desprovidos de direitos trabalhistas e previdenciários. Além de trabalharem sem proteção legal, os catadores de materiais recicláveis igualmente trabalham em condições insalubres, sem a devida proteção sanitária e de segurança do trabalho. Em suma, faz do catador uma espécie de “gari desvalorizado”, pois trabalha com os resíduos oriundos de ações antrópicas, porém desprovidos dos direitos que os trabalhadores de limpeza urbana legalizados.

Outro aspecto oportuno diz respeito à volatilidade dos preços dos materiais recolhidos pelos catadores, na medida em que a sua situação de hipossuficiência socioeconômica, tornando-os reféns dos compradores dos materiais por aqueles recolhidos. Por último, o pagamento por serviços ambientais aos catadores de recicláveis pode ser utilizado como um incentivo às cooperativas e associações desse segmento.

Optando por convênios com essas pessoas jurídicas para remunerar os serviços prestados, o instituto do pagamento por serviços ambientais incentiva dessa forma o incentivo ao cooperativismo positivado no âmbito constitucional no art. 174, § 2º, e no art. 8º, IV da PNRS, e igualmente por questões práticas “eis que cooperativas conseguem operar de forma mais adequada no mercado, especialmente no comércio dos seus produtos com outras cooperativas e empresas” (ALTMANN, 2012, p. 321). Esse instituto deve vir de forma posterior a investimentos em infraestrutura física para cooperativas e associações de catadores (art. 42, III PNRS), como forma de iniciar essa prática e garantir a sua sustentabilidade a longo prazo.

Dois aspectos de suma importância devem ser abordados aqui: o primeiro, qual ente público responsável pela instituição e pagamento desses serviços e a forma de pagamento. Com efeito, embora todos os entes federativos (União, Estados e Municípios) possam instituir políticas de pagamento por serviços ambientais, no que concerne à realidade da gestão de resíduos sólidos, a lei nº 12.305/10 instituiu os Municípios enquanto protagonistas no tratamento da gestão daqueles resíduos. Nessa esteira, pode se entender que em sede de pagamento por serviços ambientais para os catadores deva ser implementado pelos municípios.

Com efeito, não consiste em novidade a situação de problemas financeiros pelos quais passam os Municípios brasileiros (em parte pela tradição patrimonialista de certos edis, em parte pelo pacto federativo que alijou esses entes de uma receita tributária mais sólidos), especialmente os pequenos, o que inviabiliza a eficiência desses pagamentos para a maioria das cidades, especialmente pequenas e médias. Dessa forma, urge que a União e os Estados criem políticas de pagamentos por serviços ambientais que contemplem repasses e assistência para os Municípios interessados possam, por meio de leis municipais, instituir seus próprios programas que contemplem o pagamento por serviços ambientais com regularidade mensal, de forma que a continuidade e o repasse mensal estimulem os catadores a melhor executar seus serviços.

Não se deve olvidar que a constância nos pagamentos não apenas incentiva os catadores a prosseguir com suas condutas e mesmo otimizar, gerando eficiência. Os catadores se convertem em figuras chave, determinantes para que todos os objetivos expostos na PNRS possam ser alcançados não apenas de forma mais célere e economicamente viável, mas também em promover uma inserção social de atores sociais importantes e que muito contribuem com a sociedade. É preciso reconhecer, ainda que em hora tardia, os méritos das condutas dos catadores. Portanto, os estímulos a estes se mostra imprescindíveis para o sucesso da PNRS.

Conclusão

A gestão ambientalmente adequada dos resíduos sólidos passa necessariamente pela atuação do Estado em promover políticas públicas que possam corrigir as externalidades oriundas dos padrões insustentáveis de produção e consumo vigentes na sociedade atual.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, por trazer em seu bojo instrumentos econômicos de política ambiental se mostra um diploma normativo promissor em promover a sustentabilidade em uma realidade cada vez mais complexa.

A concretização dessa política pública passa necessariamente pelo incentivo aos catadores de materiais recicláveis, atores sociais tradicionalmente marginalizados, mas que podem formar a espinha dorsal para garantir a eficiência da logística reversa e da responsabilidade compartilhada do ciclo de vida do produto, formando assim uma cadeia produtiva mais assentada no reaproveitamento dos resíduos e gerando economia ao erário na administração dos aterros sanitários.

O pagamento por serviços ambientais consiste em um instrumento eficaz, e que deve ser integrado e continuamente aperfeiçoado, de forma a que nos momentos iniciais possa ter o caráter de assistência social para os catadores e, com o tempo, possa trazer um conjunto de arranjos institucionais que possam permitir que o seu caráter assistencial seja paulatinamente substituído e que esses trabalhadores possam, por meio de cooperativas e de associações, adentrar no empreendedorismo em parceria com o Poder Público e com os demais agentes econômicos. Apenas dessa forma, se poderá efetivar uma cidadania em prol desses atores e promover a concretização dos objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-07/producao-de-lixo-no-pais-cresce-29-em-11-anos-mostra-pesquisa-da-abrelpe>. Acesso em: 15 maio 2016.

ALTMANN, Alexandre. Pagamento por serviços ambientais como instrumento de incentivo para os catadores de materiais recicláveis no Brasil. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, p. 307-328, out./dez. 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Princípio da proibição de retrocesso ambiental. SENADO FEDERAL, COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

(Org.). Brasília, 2012. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 15. de jan. 2016.

BRASIL. *Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010*. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília (DF), 3 de agosto de 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.html. Acesso em: 29 abr. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3, p. 1-20, 1960.

CONSTANZA, Robert; DARGE, Ralph. *Nature*, v. 387, n. 6630, p. 253-260

DEON SETTE, Marli Teresinha; NOGUEIRA, Jorge Madeira. Política Nacional de Resíduos Sólidos: uma avaliação inicial acerca dos aspectos jurídicos e econômicos. *Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá*, v. 12, p. 20-25, 2010.

DERANI, Cristiane; SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. Instrumentos econômicos na Política Nacional de Meio Ambiente: por uma economia ecológica. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, p. 246-272, 2013.

FILOMENO, José Geraldo Brito. A experiência brasileira: o Código Brasileiro de Defesa do consumidor de 1990. *Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo*, v. 3, n. 11, 2013, p. 34.

IPEA.2013.http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/situacao_social/131219_relatorio_situacaosocial_mat_reciclavel_brasil.pdf. Acesso em 01 de maio de 2016.

IPEA,2010.http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2941:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 9 maio 2016.

MORATO LEITE, José Rubens; MORAES, Kamila Guimarães de. Direito ambiental e gestão de resíduos sólidos: a problemática da obsolescência programada. In: SILVA, Solange Teles da; CURREAU, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez (Org.) *Resíduos*. São Paulo: Fiuza, 2013, p. 59-90.

MOVIMENTO NACIONAL DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS (2010). Nota pública: programa de pagamento por serviços ambientais. Disponível em: http://www.mncr.org.br/artigos/nota-publica-psau-programa-de-pagamentos-de-servicosambientais-urbanos?portal_status_message=Changes%20saved. Acesso em: 25 abr. 2016.

LEONARD, Annie. *A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Disponível em: <http://www.mteco.gov.br/cbosite/pages/pesquisas/BuscaPorTituloA-Z.jsf>. Acesso em: 12 de maio de 2016.

MOTA, Ronaldo Serôa. Instrumentos econômicos e política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, n. 20, p. 86-93, out./dez. 2000.

NUSDEO, Ana Maria. *Pagamentos por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica*. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. O uso de instrumentos econômicos nas normas de proteção ambiental. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 101, p. 357-279.

_____. Pagamento por serviços ambientais: do debate de política ambiental à implementação jurídica. In: LAVRATTI, Paula e TEJEIRO, Guilherme. (Org.). *Direito e mudanças climáticas: pagamento por serviços ambientais: fundamentos e principais aspectos jurídicos*. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2013, v. 6, p. 8-43.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.

PIGOU, Arthur Cecil. *The Economics of Welfare*. 12th Edition. Londres: Macmillan & Co. Ltd, 1968.

REIS, André Luiz Queiroga; SASSI, Roberto; ANDRADE, Maristela Oliveira. Considerações e reflexões sobre o termo sustentabilidade. In: FEITOSA, Maria Luísa Pereira de Alencar Mayer (Org.) *Direito econômico da energia e do desenvolvimento: ensaios interdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2012, p. 99-115.

SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

WUNDER, Sven. *Payment for environmental services: some nuts and bolts*. Jacarta: Center for International Forestry Research, 2005.

Recebido em: 03 de outubro de 2018.

Aceito em: 06 de dezembro de 2018.

ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT: UM OLHAR PARA O FUTURO DOS REFUGIADOS AMBIENTAIS

*ECO-CITIZENSHIP IN LUIS ALBERTO WARAT: A LOOK AT THE
FUTURE OF ENVIRONMENTAL REFUGEES*

Franciele Seger^I 

João Martins Bertaso^{II} 

^I Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, RS, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: franci.seger@hotmail.com

^{II} Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Programa de Pós-Graduação em Direito, Santo Ângelo, RS, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: joaomartinsbertaso@gmail.com

Resumo: A presente pesquisa versa sobre a eco-cidadania como possibilidade de enfrentar a crise ecológica e suas consequências, dentre as quais destaca-se a massa de refugiados ambientais, pessoas forçadas ao deslocamento devido à ocorrência de desastres naturais. Nesse sentido, objetiva-se descrever, por meio do método dedutivo, da técnica de pesquisa bibliográfica e do procedimento histórico, os desafios e violações sofridas pelos refugiados ambientais, já que lhes é negado reconhecimento e proteção jurídica internacional. A partir disso, estudar a eco-cidadania em Luis Alberto Warat, a qual envolve ecologia, cidadania, política e subjetividade, elementos que, interligados, são capazes de alterar o atual estilo de vida, restaurando a relação homem-natureza, a fim de assegurar um direito ao amanhã, que dê condições de existência a um futuro comum. A eco-cidadania visa o reconhecimento do Outro (ser humano e natureza) nas suas diferenças, valendo-se do amor como cuidado. Por isso, ela contribui tanto para a formação de um sujeito ecológico, que se torne consciente da necessidade de preservação do meio onde vive, como para o reconhecimento de pessoas excluídas como os refugiados ambientais.

Abstract: The present research is about eco-citizenship as a possibility to face the ecological crisis and its consequences, among which it is distinguished the mass of environmental refugees, people forced to the displacement due to the occurrence of natural disasters. In this sense, the objective is to describe, through the deductive method, the technique of bibliographic research and historical procedure, the challenges and violations suffered by environmental refugees, since they are denied recognition and international legal protection. From this, to study eco-citizenship in Luis Alberto Warat, which involves ecology, citizenship, politics and subjectivity, elements that, interconnected, are capable of altering the current lifestyle, restoring the relation man-nature, in order to ensure the right to a future, which gives life to a common future. Eco-citizenship aims at the recognition of the Other (human being and nature) in their differences, using love as care. That's why, it contributes so much to the formation of an ecological subject, that it becomes aware of the need to preserve the environment in which it lives, as well as the recognition of excluded people like as environmental refugees.

Palavras-chave: Eco-cidadania. Sujeito ecológico. Refugiados ambientais. Cuidado. Direito ao amanhã.

Keywords: Eco-citizenship. Ecological subject. Environmental refugees. Caution. Right to tomorrow.

Sumário: Introdução. 1 Refugiados ambientais: entre desafios e violações de direitos. 2 Eco-cidadania em Luis Alberto Warat: um olhar de esperança para um futuro ecológico. Conclusão. Referências.

Introdução

A história da humanidade sempre foi marcada por diversos períodos de crise. Atualmente, a crise migratória e ecológica causam grande preocupação pela sua magnitude e proporção. Aquecimento global, mudanças climáticas, desastres naturais e a consequente massa de refugiados ambientais são alguns fenômenos característicos da atual crise. Diante desse cenário, a eco-cidadania surge como uma esperança, pois ela articula política, ecologia, cidadania e subjetividade (desejo), como um caminho para alcançar uma mudança do paradigma ecológico. Isso significa tomar a “eco-cidadania como forma de garantir o direito ao amanhã”¹, de tal sorte que se pode resgatar a relação de afeto homem-natureza.

Nesse sentido, a eco-cidadania é tomada como perspectiva de rever as condições de possibilidades da sustentação de um patamar de harmonia nas relações do homem com o meio onde vive, tendo como parâmetro ético o amor como cuidado. Uma possibilidade de ultrapassar os desejos heterônomos de um mercado global que oferece um consumo excedido para então, de forma intransparente, assumir o comando da subjetividade das pessoas e negá-las a autonomia.

A propósito, Luis Alberto Warat, pensador e autor de obras destacadas, foi quem defendeu a eco-cidadania como esperança de um futuro melhor. Warat defende a eco-cidadania como possibilidade de construir ou reconstruir o desejo, de impor limites ao poder e de restaurar o contato homem-natureza².

Para tanto, o artigo se estrutura em duas seções. Na primeira seção abordar-se-á os refugiados ambientais na qualidade de nova categoria de migrantes no cenário mundial, desprovida de reconhecimento e proteção jurídica, que sofrem constantes violações. Daí, na segunda

1 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

2 Ibidem.

seção, tratar-se-á sobre a eco-cidadania como caminho para a mudança de um paradigma ecológico, que se mostra insustentável e esgotado. Esse paradigma não estaria dando conta na proteção das comunidades humanas mais vulneráveis e que habitam em regiões de risco, pois cresce de forma desproporcional o número de refugiados ambientais. O ensaio pretende, assim, pensar caminhos possíveis de retroceder a velocidade do aquecimento global e das mudanças climáticas, desde a formação de um sujeito ecológico.

1 Refugiados ambientais: entre desafios e violações de direitos

Ao analisar o atual cenário mundial, não é difícil perceber que o clima do planeta mudou: está mais quente. Como consequência dessa mudança se intensificou o efeito estufa, gerando o aquecimento da Terra e, por conseguinte, a ocorrência de inúmeros desastres ambientais. Eventos que antes eram de baixa intensidade e esporádicos, hoje são violentos e cada vez mais frequentes. Somado a isso, há ainda a exploração desenfreada dos recursos naturais.

De outra parte, o ato de migrar nos remete imediatamente à ideia de mudar de habitat, de sair de um local, motivado por fatores diversos, para se estabelecer em outro, que ofereça melhores condições de vida que o anterior. A migração humana é uma das mais antigas estratégias de adaptação da humanidade diante dos perigos enfrentados no decorrer de sua existência³.

Na linha do tempo que faz a história da raça humana, há registros de relatos de catástrofes naturais, doenças, pestes, surtos epidêmicos, grandes períodos de seca, fome, guerras, dentre outros eventos extremos. Esses episódios já forçavam o deslocamento de pessoas e de grupos de pessoas, com a finalidade de garantir sua sobrevivência em locais mais seguros e recuperar o abrigo perdido nessas situações⁴.

3 CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Refugiados ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global*. 2012. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 33. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

4 RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 48. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso: em 29 out. 2016.

Em dezembro de 1950, foi criado pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), com a finalidade de prestar auxílio e proteção aos refugiados da época (especialmente àqueles provenientes da Segunda Guerra Mundial). Desde então, a Organização Internacional se fez presente em mais de 300 escritórios espalhados em 120 países⁵.

No ano seguinte, em 1951, foi dado um passo decisivo para a tutela dos refugiados, vez que foi aprovada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. E um pouco mais tarde, em 1967, criou-se o Protocolo adicional, com o escopo de eliminar os limites temporais de aplicação da norma até então existentes. Consta no tratado que refugiado é:

[...] qualquer pessoa que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele⁶.

O problema consiste no fato de que o refugiado ambiental somente receberá proteção jurídica desse ordenamento e poderá requerer a proteção do Estado na condição efetiva de refugiado caso sua condição esteja igualmente associada a um ou mais fatores previstos na Convenção (perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade ou grupo social). Ou seja, ele permanece num vácuo jurídico.

Diante dessa restrição vivida na época, “[...] os novos desafios dos deslocados forçados foram respondidos com a ampliação do conceito de refugiados a partir da Convenção da Unidade Africana de 1969 e da Declaração de Cartagena de 1984”⁷, fazendo com que os motivos do refúgio passassem a abranger situações novas, como a violação maciça dos direitos humanos.

Destarte, em 1972 realizou-se a Conferência da ONU – Organização das Nações Unidas –, em Estocolmo, da qual surgiu a Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano e criou o Programa das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente - PNUMA,

5 BARROS, Miguel Daladier. *O rama dos refugiados ambientais no mundo globalizado*. Brasília: Consulex, 2011, p. 47-48.

6 Idem, p. 110.

7 Idem, p. 28.

cujo objetivo era acompanhar o avanço dos problemas ambientais no mundo. A partir das pesquisas realizadas por Essam El Hinnawi, um dos colaboradores do PNUMA, adveio à expressão *Environmental Refugees*⁸, que se caracterizou como:

[...] aquelas pessoas forçadas a deixar seu habitat natural, temporária ou permanentemente, por causa de uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada pela ação humana), que colocou em risco sua existência e/ou seriamente afetou sua qualidade de vida. Por “perturbação ambiental”, nessa definição, entendemos quaisquer mudanças físicas, químicas, e/ou biológicas no ecossistema (ou na base de recursos), que o tornem, temporária ou permanentemente, impróprio para sustentar a vida humana [...]⁹.

À vista disso, o refúgio ambiental pode ser caracterizado como sendo um instituto formado por pessoas que são forçadas a cruzar as fronteiras de seu país, de forma temporária ou permanente, devido a ocorrência de desastres naturais comumente oriundos das mudanças climáticas (como terremotos, furacões, tsunamis, seca, elevação do nível do mar, etc.), os quais tornam seu habitat de origem difícil ou impossível de sobreviver.

O tema dos refugiados ambientais surge então como um problema novo, resultante do deslocamento humano forçado motivado pelas catástrofes provocadas ou naturais. Deixar o local onde se vive significa, muitas vezes, perder tudo que condiciona a própria existência do sujeito: família, trabalho, cultura, identidade, tradição, laços de amizade, bens, sentimentos, referências, valores, símbolos. São princípios que pertencem ao íntimo de cada ser humano e que causam muita dor quando perdidos.

Aliás, considerando que o refugiado ambiental não se desloca porque quer, mas sim porque necessita, está-se diante de uma abnegação. O que significa que seu desejo de ficar não é mais possível e que o amanhã para ele é incerto. E mais do que isso, o cerne do problema, consistente na depredação dos recursos naturais, na adoção de um modelo de consumo capitalista, predador do meio natural e cultural,

8 Refugiados ambientais, na tradução para o português.

9 EL-HINNAWI, 1985, apud RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 76. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso: em 29 out. 2016.

indiferente aos danos que provoca, acarreta ainda sentimentos de estranhamento e repúdio para com o Outro.

Ressalta-se que a falta de reconhecimento, a ausência de proteção jurídica e consequente carência de direitos leva os refugiados ambientais à condição do que Warat denomina de excluídos, aqueles que têm existência sem cidadania e também como esquecidos do mundo, aqueles cuja existência sequer é reparada¹⁰. São pessoas e grupos impossibilitados de viver com dignidade sob a proteção dos direitos humanos fundamentais.

Leva ainda ao que Bauman¹¹ traduz como o “refugio da globalização”, ou simplesmente o “refugio humano” (indivíduos excessivos, redundantes, desnecessários, sem uso), afirmando que os refugiados são produto inevitável da modernização, bem como um acompanhante inseparável da modernidade. Por isso, é muito difícil se restabelecer e sobreviver quando seus direitos são negados e sua dignidade violada.

Ademais, a única riqueza que os excluídos detêm é a própria vida¹², sendo que, não existe cidadania se o outro é um excluído – se os outros são excluídos, eles não são cidadãos –, pois somente se é cidadão se os outros, se a alteridade que institui as possibilidades de estar entre nós não está excluída¹³. Uma forma de se buscar a inclusão de grupos diferentes é a luta pelo reconhecimento com fundamento na eco-cidadania, como se verá adiante.

Destarte, cercas e muros são erguidos, discursos de ódio ao diferente são lançados. Ao mesmo tempo em que as portas se abrem ao comércio/capital, bens e serviços, elas se fecham para os seres humanos. Tudo isso como forma de negar o Outro que no futuro poderá ser Eu mesmo. E mais, o refugiado “fica vagando, é nômade, delirante e ameaçador. Ao mandá-lo embora, asseguramos que nós e a nossa lei não ficarão cara-a-cara com o trauma e evitarão o rosto [...] com medo ou dor”¹⁴.

10 WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3.

11 BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 12.

12 WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 39.

13 Idem, p. 82.

14 DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009, p. 369.

Para Bauman, o temor que os refugiados causam aos países receptores se traduz como um verdadeiro “pânico moral”, assim entendido como o sentimento de medo que grande parte das pessoas compartilha, acreditando que eles carregam consigo algum mal que ameaça o bem-estar da sociedade¹⁵.

Na visão de Douzinas, é o temor ao diferente, ao estranho, cuja chegada:

[...] nos lembra de que nós também, em nossas moradias seguras, jamais estamos em casa, que o Eu jamais é idêntico consigo mesmo, mas contém o traço da alteridade, e que o nosso desfrute complacente dos direitos depende da exclusão do Outro. [...] O Refugiado é o Outro absoluto. Ele representa, de uma maneira extrema, o trauma que assinala a gênese do Estado e do Eu e coloca em xeque as reivindicações e universalizações dos direitos humanos¹⁶.

Ao escrever sobre eco-cidadania e direito, Warat se questiona “[...] ‘que futuro nos espera?’, especialmente no que se refere à ecologia, à cidadania e às questões de gênero”¹⁷. Para o autor, “estamos diante de um emaranhado de alarmantes alterações que ameaçam a realidade socialmente construída na modernidade”, sendo que todas essas mudanças levam a “[...] uma encruzilhada de caminhos: o ser e o não ser da humanidade”¹⁸.

De fato, todos os eventos e atitudes tomadas pelo homem no decorrer de sua história levaram-no ao que hoje pode se chamar de ponto de não retorno ambiental. Como consequência, surgiram novos desafios, como o aquecimento global e junto com ele a massa de refugiados ambientais. Isso significa que existe uma patologia ecológica, cujo destino – morte – parece inevitável, mas que talvez haja uma esperança, com a eco-cidadania, traduzida no desejo de mudança de cada um.

O desastre ecológico não só ameaça de extermínio o meio ambiente, mas, antes dele, é um perigo total ao ser humano, cuja própria

15 BAUMAN, Zygmund. *Estranhos à nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017, p.7-8.

16 DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009, p. 363.

17 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 97. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

18 Ibidem.

convivência também corre sérios riscos. Sobretudo porque, todos querem viver isolados e protegidos, privatizando a cidade, o público, por temor a ser violentado pelo outro¹⁹. Bauman²⁰ diria que se trata de um ilusório sentimento de segurança ocasionado pela construção de muros, cercas ou qualquer outro instrumento simbólico para manter longe os estranhos.

Um futuro muito próximo mostra-se bastante preocupante, pois:

Numa estimativa recente feita pelo IPCC, até 2050, as mudanças climáticas podem levar uma população equivalente a do Brasil, cerca de 190 milhões, a abandonar as suas cidades vítimas das secas, desertificação e enchentes. Atualmente a ONU já estima ter mais de 25 milhões de pessoas vítimas de catástrofes ambientais em todas as regiões da Terra. [...] A estimativa atual é de que até o ano de 2100 o nível do mar deverá aumentar em um metro e a temperatura da Terra aumente, no mínimo, 2,4°C. Só esses dados já são suficientes para gerar catástrofes por todo o planeta. [...] O Relatório Mundial sobre Desastres, publicado anualmente pela Federação Internacional da Cruz Vermelha e pela Sociedade Crescente Vermelha revela que há 5.000 novos refugiados ambientais a cada dia [...] ²¹.

Dito isso, denota-se que, para o refugiado ambiental alcançar uma vida digna, há necessidade da realização da cidadania vinculada à prática efetiva dos direitos humanos, tanto por parte do Estado como por parte do cidadão, de tal sorte a afirmar-se valores e princípios não somente aptos a alcançar um padrão de vida com qualidade, mas também para o ser humano afirmar uma relação de equilíbrio e harmonia com a natureza e seus recursos²².

Fato é que o assunto “abertura de fronteiras” é algo não muito agradável para os Estados, pois toca em princípios como poder, soberania e nacionalidade, os quais nenhum deles quer flexibilizar, razão pela qual desejam manter longe os estrangeiros que batem à sua porta e “[...] que clamam pela generosidade humana perdida, pela solidariedade internacional e a aplicação mínima de regras e princípios de direito que

19 WARAT, Luis Alberto. *A rua Grita Dionísio!* Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 21.

20 BAUMAN, Zygmund. *Estranhos à nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

21 BARROS, Miguel Daladier. *O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado*. Brasília: Consulex, 2011, p. 66-67.

22 BERTASO, João Martins. Cidadania e Sensibilidade na Ecologia Política. In BRAVO, Álvaro Sánchez (Org.); CERVI, Jacson Roberto (Org.). *Multiculturalismo, tecnologia y medio ambiente*. Espanha: Punto Rojo Libros, 2015, p. 248.

permitam a manutenção, ainda que pálida, da sua condição de seres humanos portadores de dignidade e respeito”²³.

Nesse contexto, a igual dignidade e o respeito são urgentes e necessários, de tal maneira a proporcionar um diálogo intercultural entre as diversas culturas, gerando um olhar fraterno entre as pessoas. A partir disso, estabelecer um sistema democrático marcado pelo respeito do indivíduo como ser humano, que considere a humanidade regida por valores morais iguais, pelo reconhecimento recíproco e por um tratamento imparcial²⁴. Nesse sentido:

A liberdade cultural é uma parte vital do desenvolvimento humano, porque a capacidade de uma pessoa escolher a sua identidade – quem ela é – sem perder o respeito dos outros, ou ser excluída de outras opções, é importante para uma vida plena. As pessoas querem liberdade para praticar abertamente a sua religião, falar a sua língua, celebrar a sua herança étnica ou religiosa sem medo do ridículo, de punições ou da diminuição de oportunidades. As pessoas querem a liberdade de participar na sociedade sem ter de prescindir das amarras culturais que escolheram. É uma ideia simples, mas profundamente perturbadora²⁵.

Na Carta Encíclica *Laudato si'* do Papa Francisco sobre o Cuidado da Casa Comum, ele lamenta a falta de reconhecimento e de ajuda aos refugiados ambientais, os quais carregam o peso da indiferença, tendo sua vida abandonada sem qualquer proteção. Nas palavras do Papa, “a falta de reações diante destes dramas dos nossos irmãos e irmãs é um sinal da perda do sentido de responsabilidade pelos nossos semelhantes, sobre o qual se funda toda a sociedade civil”²⁶.

Leonardo Boff aponta que no mundo globalizado, no qual múltiplos povos se encontram e devem se acolher, e sobretudo face aos milhões de refugiados climáticos ou por escassez de água, a hospitalidade se impõe como uma atitude e uma virtude fundamental,

23 RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2010, p. 95.

24 CONSELHO DA EUROPA. *Livro branco sobre o diálogo intercultural: viver juntos em igual dignidade*. Estrasburgo: Cedex, 2008, p. 25-26.

25 PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2004: Liberdade Cultural num Mundo Diversificado*. Lisboa, 2004, p. 1. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>>. Acesso em: 19. set. 2017.

26 FRANCISCO, Papa. *Carta Encíclica Laudato Si'*. Sobre o cuidado da casa comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015, p. 8. Disponível em <http://www.pucsp.br/sites/default/files/download/editais/texto_integral_enciclica_laudato_si.pdf>. Acesso em 29 out. 2016.

podendo significar a vida ou a morte de um incalculável número de pessoas. Ou seja, somente com a boa vontade de todos será possível pensar algo bom para todos²⁷.

Para o autor, a hospitalidade é como [...] uma disposição da alma, aberta e irrestrita. Ela, como amor incondicional, em princípio, não rejeita nem discrimina ninguém. É simultaneamente uma utopia e uma prática²⁸. Como utopia significa ser sempre acolhido independente da condição social e moral e ser tratado humanamente. Como prática cria as políticas que viabilizam e coordenam a acolhida²⁹.

Desde esse olhar é possível destacar a cidadania como canal de aproximação de pessoas e culturas, tornando-se uma forma de viver solidário, uma busca constante por um “estado de dignidade humana”. A cidadania como prática dos direitos humanos e a solidariedade social vinculada à sua realização³⁰. Aponta-se, assim, a eco-cidadania, pensada por Luis Alberto Warat, como um caminho viável.

Em seguimento, estudar-se-á o fenômeno da eco-cidadania em Warat, que abrange a ecologia, a cidadania, a política e a subjetividade (o desejo). Eco-cidadania como sinônimo de criação de um sujeito ecológico (expressão usada por Guattari) e de consequente transformação do atual modo de vida, de tal sorte a alcançar-se uma democracia sustentável, capaz de assegurar o direito a um futuro, o “direito ao amanhã”, como dito por Warat³¹.

2 Eco-cidadania em Luis Alberto Warat: um olhar de esperança para um futuro ecológico

Vive-se uma crise ambiental que abrange inúmeras consequências. Dentre elas, o aquecimento da temperatura média do planeta, as mudanças climáticas, a ocorrência de desastres naturais e

27 BOFF, Leonardo. Atitudes e comportamentos de hospitalidade. *REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, vol. 19, n. 36, p. 229/236, jan./jun. 2011, p. 229-230. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/4070/407042013013.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

28 Idem, p. 235.

29 Ibidem.

30 BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e Solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania, Diversidade, Reconhecimento*. Santo Ângelo: FURI, 2009, p. 26-27.

31 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 97. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

a massa de refugiados ambientais. A questão é: como enfrentar esse paradigma ecológico?

Guattari demonstra sua preocupação com o declínio da condição humana sobre o Planeta Terra, cujas ações desmedidas resultam em desastres ecológicos sem precedentes. Na década de 90 ele já escreveu que “o planeta Terra vive um período de intensas transformações técnico-científicas, em contrapartida das quais engendram-se fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície”³².

O pensador Luis Alberto Warat, apresenta uma sábia proposta para renovar as esperanças e os sonhos de um futuro melhor para as gerações presentes e futuras: a eco-cidadania. Ela serve como aporte para o resgate do vínculo e para a imposição de limites à relação (que deve ser solidária e alteritária) do homem e da natureza. Nas palavras do autor:

A “eco-cidadania” desenvolveria ideias e práticas destinadas a inventar maneiras cotidianas de ser, novas micro e macro maneiras coletivas de viver, buscaria formas de aceitação da alteridade e os vínculos. Nada de um modelo de sociedade pronto para usar, apenas uma eco-ética e uma eco-estética, cujos objetivos estariam ligados com a instauração de valores não derivados do lucro ou do consumo. Uma “pátria existencial” que privilegiaria o sentimento como produtor da realidade social, o sentimento como interesse coletivo³³.

De fato, a sociedade dos dias de hoje está marcada por uma cultura que impõe o consumo do máximo possível, situando-o como sinônimo de satisfação, êxito, conquista. A felicidade não está na realização da capacidade de pensar, criar ou amar. A felicidade se encontra nas lojas dos *shoppings centers*, nos eletrônicos de última geração, nas roupas da moda atual, enfim, na satisfação do quanto o “eu” consegue comprar. A eco-cidadania busca exatamente quebrar essa lógica que motoriza à acumulação desmedida do lucro pelo método do consumo.

O que se verifica é que a ideia moderna de cidadania não abrange sua complexidade, vez que comumente ela determina as possibilidades e potencialidades que o cidadão tem ou teria a desfrutar na sua relação

32 GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990, p. 7.

33 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 99. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

com o Estado e a sociedade. A eco-cidadania, entre outros pontos, propõe a realização da pessoa em seu aspecto coletivo, ou seja, formas coletivas de existir/viver com o outro.

A eco-cidadania parte da discussão sobre o sentido da vida (a própria experiência cotidiana, o sentido perdido da vida), os vínculos do homem com ela e a possibilidade de sua continuidade. Ela representa uma mudança ética, estética, política e filosófica, para, através da análise da ecologia, da cidadania e do desejo, aprender, reaprender ou reinventar o mundo. Ecologia e cidadania como instâncias de realização da subjetividade e o desejo como uma potência de vida³⁴.

Não haverá uma resposta verdadeira e eficaz à crise ecológica a não ser em escala planetária e com a premissa de que se exerça uma verdadeira revolução política, social e cultural redirecionando os objetivos da produção de bens materiais e imateriais. Dita revolução deverá alcançar tanto as relações de forças visíveis em grande proporção, quanto os domínios moleculares de sensibilidade, inteligência e desejo do ser humano na sua individualidade³⁵.

Para Warat “o desejo, ‘ecosoficamente’ falando, tem que ver com todas as formas de vontade de viver, da vontade de criar, da vontade de amar e de inventar uma outra sociedade (como percepção do mundo e ordem de valores)”³⁶. Uma eco-cidadania política do desejo, este como produtor de novas conexões, como construtor da realidade, como potência de vida e como núcleo propulsor do devir das autonomias³⁷.

Desde esse olhar, ter-se-ia “a ecologia como cuidado da vida; a cidadania como cuidado frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação; a subjetividade como cuidado que permite liberar os afetos reprimidos”³⁸. Ou seja, por meio da ecologia, resgatar o vínculo do homem-natureza; com a cidadania, impor limites ao poder do Estado, das indústrias e da sociedade; e através da subjetividade, criar um desejo de mudança de vida, desprendendo-se de sentimentos

34 WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 409-410.

35 GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990, p. 9.

36 WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 408.

37 Idem, p. 409.

38 Idem, p. 411.

impostos (como o consumismo) e adotando o amor como cuidado. Logo:

A “eco-cidadania” como uma necessidade de compreender as transformações, as resistências e as transgressões que precisam ser efetuadas para garantir nosso direito ao futuro, para comprometer o homem na preservação da existência em todas as suas modalidades e a supressão de uma forma de sociedade que acelera a atuação invisível das tendências destrutivas (pulsão de morte)³⁹.

De modo que Warat trabalha a eco-cidadania como um direito ao amanhã, um direito ao futuro, o qual “[...] resultaria de mil revoluções moleculares (Guattari) do sistema de valores existenciais que se iriam infiltrando em redes (rizomaticamente) por todo o tecido social e no devir dos desejos⁴⁰. O desejo está relacionado com todas as formas de vontade da pessoa, daí a importância de revolucioná-lo, retirando os sentimentos autodestrutivos impostos, criando um amor ecológico na subjetividade.

Já para buscar novas formas de ser e de agir frente ao mundo, Guattari⁴¹ sugere uma articulação ético-política entre o meio ambiente, as relações sociais e a subjetividade humana, o que ele chama de ecosofia. A ecosofia social consistiria no trabalho de reconstrução das relações humanas sociais e familiares. A ecosofia mental, que seria a reinvenção da relação do sujeito com o corpo e o inconsciente. Por fim, a ecosofia ambiental, com a adoção de um pensamento ecológico pela subjetividade de cada um.

As três ecologias não pretendem criar normas universais. Pelo contrário, se unificam em um ponto comum para “[...] liberar as antinomias de princípio entre os três níveis ecosóficos [...]”⁴², ou seja, dotar a humanidade de um fator estimulante à práxis aberta e sem padrão determinado. “Não se trata aqui de propor um modelo de sociedade pronto para usar, mas tão somente de assumir o conjunto de

39 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 99. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

40 Ibidem.

41 GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990, p. 15-19.

42 Idem, p. 38

componentes ecosféricos cujo objetivo será, em particular, a instauração de novos sistemas de valorização⁴³.

Em Warat, a eco-cidadania se articula com o pensamento de Guattari. Trata-se de uma preocupação em rever a postura do homem, enquanto ser da natureza, para com o meio onde vive, com a finalidade de preservar a vida na Terra da forma como a conhecemos hoje, uma forma de transformar e resistir às atitudes destrutivas tomadas pelo próprio homem.

Fato é que o período de tempo pelo qual passamos está a exigir novas formas de pensar e de agir. Uma espécie de fuga dos sistemas fechados, das estatísticas e da racionalidade positivista da modernidade, para se apostar em relações mais afetuosas entre as pessoas, de compartilhamento com o Outro. Para Warat: “O fim da modernidade nos coloca diante do esgotamento do estilo de vida por ela proposto”⁴⁴. Assim, a ideia de uma eco-cidadania se apresenta como um trabalho sobre o desejo, que constrói e/ou reconstrói a realidade, visando dar condições de existência ao amanhã.

Para Guattari, um novo sujeito é necessário porque “[...] cada vez mais, os equilíbrios naturais dependerão das intervenções humanas. Um tempo virá em que será necessário empreender imensos programas para regular as relações entre o oxigênio, o ozônio e o gás carbônico na atmosfera terrestre”⁴⁵.

Assim, para Warat:

O direito ao direito da cidadania adquire uma importância maior devido à intensa quantidade de atos que, em nome de uma ideia distorcida de cidadania, exercitam o preconceito contra o estrangeiro, condenam as diferenças e impõem a exclusão social de um outro vivido como ameaça. Por isso é muito importante ecologizar o conceito de cidadania, romper com a estereotipação de sua concepção liberal, moderna. A ideia moderna de cidadania gerou um sentido negativo que é necessário questionar, do contrário, nunca conseguiremos chegar a um estado de cidadania⁴⁶.

43 Idem, p. 49.

44 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 101. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

45 GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990, p. 52.

46 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun.

Na proposta moderna de cidadania, o estrangeiro é um “estranho” que causa desconforto, pelo simples fato da sua presença no lugar ao qual não “pertence”. Esses “estranhos” são encarados pelas pessoas como perigosos, portadores e prenúncios de risco. Esse medo da insegurança impede o exercício da tolerância e da solidariedade, fortificando o desejo de querê-los cada vez mais longe⁴⁷.

No âmbito do caos ecológico sofrem os refugiados ambientais, são pessoas que existem, mas não são vistas, que lhes negam a cidadania, pois normalmente não conseguem ter acesso a direitos elementares de uma vida digna. Também não são reconhecidas formalmente pelo direito internacional, são vítimas do desprezo gerado pelo desejo de seus semelhantes em mantê-los longe.

A ideia de eco-cidadania pode, para mudar esse panorama, gerar formas de alteridade através da transformação de sentimento: da hostilidade à alteridade. Conforme Warat, “[...] Seria uma visão do ecológico que apostaria nos caminhos da autonomia como resposta [...] à continuidade da vida. A cidadania sustentável [...] como limite a um poder que se cuida a si mesmo, descuidando a vida”⁴⁸.

Warat deixa a entender que vivemos num mundo desgastado pela desordem e que perdeu a oportunidade de tomar consciência de seus feitos excessivos. Tempos que requerem alguma audácia, uma sensibilidade que efetue a experiência da esperança⁴⁹. Para tanto, a eco-cidadania é uma expectativa de um futuro. Ou seja:

A cidadania seria o conjunto das práticas de ruptura que permitiriam a realização social da normatividade em estado de reserva selvagem. [...] a cidadania nunca consegue expressar completamente seus valores e sentimentos. Ela contém uma dimensão imaginária que é sempre, em parte, reprimida. A outra cidadania que funciona como instância inconsciente é a instância da inconsciência coletiva; em parte, o que a sociedade se nega a saber que sabe sobre si mesma; o que a sociedade é forçada, pelas práticas do poder, a ignorar sobre si mesma. Os não-ditos, o que o poder impõe como o que não pode ser dito:

1994, p. 415. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

47 BAUMAN, Zygmund. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 191-192.

48 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994, p. 104. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

49 Idem, p. 106.

a potencialidade social, todavia, não manifesta como atividade criadora da consciência antecipadora: a utopia concreta de transformação, a espera de um futuro melhor e possível⁵⁰.

O debate e a busca de soluções para a crise ecológica é de extrema relevância e urgência, pois ultrapassa e ao mesmo tempo alberga todos os demais anseios da sociedade contemporânea, tais como as questões migratórias, de gênero, de raça, dentre outras. Sobretudo porque, sem a existência de um meio ambiente em condições de habitação, os demais problemas ficam prejudicados. Mais que isso, vive-se um aumento gradativo da frequência e intensidade das mudanças climáticas, dos desastres naturais e do número de refugiados ambientais, o que eleva a questão a uma crise migratória ecológica.

Sabe-se da urgência para se estabelecer novas formas de enfrentar as questões ambientais, porque somente erguer a bandeira verde através de discursos simbólicos e boas intenções não basta. A eco-cidadania aponta para a necessidade do resgate da relação homem-natureza. A eco-cidadania potencializaria um conjunto de práticas levadas a impor limites ao poder predador do homem na busca pela conquista do meio ambiente, criando um sentimento de amor como cuidado da Casa Comum.

Como isso contribui para a problemática dos refugiados ambientais? A pretensão do ensaio é apontar caminhos para enfrentar o problema na sua origem: protegendo, preservando e promovendo práticas de cuidado ambiental. Assim, será possível controlar os níveis do aquecimento global, minimizando os efeitos das mudanças climáticas, diminuindo a ocorrência de desastres naturais e conseqüentemente o número de refugiados ambientais.

Conclusão

A questão-problema trabalhada no texto girou em torno da eco-cidadania e refugiados ambientais. A problemática dos refugiados ambientais está intimamente ligada às questões ambientais e à cidadania, à questão do reconhecimento do outro nas sociedades atuais. Consiste no fato de que existe uma crise, caracterizada pelo aquecimento global, mudanças climáticas, desastres naturais e a conseqüente massa de

50 WARAT, Luis Alberto. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 420.

refugiados ambientais. Para tal, ancorou-se o ensaio à eco-cidadania, que surge como uma aposta no direito fraterno, como condição de possibilidades para resgatar as relações vinculares de afetos protetivos entre os homens e o meio. Desde esta questão-proposta, alguns aspectos convergentes chamaram nossa atenção:

Como decorrência dos eventos extremos causados pelas mudanças climáticas, oriundas do aquecimento global, surge um novo grupo de pessoas forçadas ao deslocamento: os refugiados ambientais. São seres humanos desprovidos de proteção jurídica e visibilidade perante a comunidade internacional. Como consequência desse processo de mobilidade forçada, o refugiado padece de constantes violações de direitos e enfrenta grandes desafios para se restabelecer.

O refugiado ambiental sai de seu habitat de origem como uma forma de buscar condições dignas de sobrevivência, vez que seu território tornou-se inabitável devido à desastres naturais, tais como terremotos, ciclones, furacões, tsunamis, desertificação, elevação do nível do mar, seca, dentre outros. Seu deslocamento é forçado, tendo de enfrentar as perdas e os sentimentos de angústia, medo e incertezas, decorrentes de sua situação, o que dificilmente será apagado, ainda que retornem ao país de origem.

Dessa forma, lidar com a dor da perda daquilo que se carrega de mais importante, como as lembranças, os laços afetivos, os amigos, os familiares, o trabalho, as tradições culturais, os símbolos, os valores, os bens, etc. não é tarefa fácil. Mais que isso, ser recebido pelos seus semelhantes como pessoas estranhas e perigosas só aumenta essa dor e contribui com a sua vitimização.

Fato é que a Casa Comum vai dando sinais de alerta de vários modos. São sinais que carecem de interpretações acuradas. As soluções vão além da proteção simbólica da natureza, já que impõem atitudes de solidariedade e responsabilidade individual e coletiva, com vistas a garantir a continuidade da vida na Terra.

A eco-cidadania aparece como um caminho possível, que trabalha ecologia – resgate da relação homem-natureza –, cidadania – imposição de limites ao poder –, e subjetividade – desejo de mudança de cada um. Com esses três elementos interligados, valendo-se da alteridade, da solidariedade e do reconhecimento do Outro na sua diferença é possível lutar por um direito ao amanhã. O Outro é tanto o ser humano quanto a natureza.

A ideia de Eco-Cidadania de Warat⁵¹ parte da noção de “que a democracia é um dever cultural multi-expressivo e não só um conjunto de garantias jurídicas”. A Eco-Cidadania vincula-se à Ecologia Política tendendo mudanças na direção do projeto construído na Modernidade. Trata-se de consolidar a dignidade humana para todos, solidificando o agir humano consubstanciado em cuidados com a vida em todas as suas formas, implicando um conjunto de práticas sociais libertadoras. Ressalta-se a ideia de cuidado em sua dimensão ético-política⁵².

Na perspectiva pode-se vislumbrar a possibilidade de formação de vínculos sociais para a preservação da vida no planeta, tendo como base a circulação de afetos e de cuidados desde os pequenos grupos e, daí, ampliando-se em redes. Projeta-se, desse modo, uma forma de sociedade afeita à afetividade e aos cuidados mútuos, podendo, sob esse olhar, ancorar a defesa dos refugiados ambientais enquanto sujeitos de direitos humanos.

A proposta waratiana se mostra, assim, receptiva a toda e qualquer postura que esteja em defesa da vida e da natureza. Na proteção dos refugiados ambientais, importa compreender seus mal-estares e tentar viabilizar novas formas de organização social e de relacionamento humano para melhor atender suas demandas, pois se tornam demandas de caráter local e global, bem como seus efeitos sobre a geografia cultural, social e ambiental⁵³.

A eco-cidadania envolve essa mudança de sentimento, de desejo e de decisão: o sentimento de amor como cuidado, o desejo de restabelecer a relação afetiva com a natureza e a decisão de agir perante um poder sem limites, buscando preservar aquilo que temos de mais valioso: a vida com dignidade para todos.

Referências

BARROS, Miguel Daladier. *O drama dos refugiados ambientais no mundo globalizado*. Brasília: Consulex, 2011.

51 WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n. 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

52 BERTASO, João Martins. Cidadania e Sensibilidade na Ecologia Política. In BRAVO, Álvaro Sánchez (Org.); CERVI, Jacson Roberto (Org.). *Multiculturalismo, tecnologia y medio ambiente*. Espanha: Punto Rojo Libros, 2015.

53 Idem.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. *44 cartas do mundo líquido moderno*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

_____. *Estranhos à nossa porta*. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BERTASO, João Martins. Cidadania, Reconhecimento e solidariedade: sinais de uma fuga. In: BERTASO, João Martins (Org.). *Cidadania, diversidade, reconhecimento*. Santo Ângelo: FURI, 2009.

_____. Cidadania e sensibilidade na ecologia política. In: BRAVO, Álvaro Sánchez (Org.); CERVI, Jacson Roberto (Org.). *Multiculturalismo, tecnología y medio ambiente*. Espanha: Punto Rojo Libros, 2015.

BOFF, Leonardo. Atitudes e comportamentos de hospitalidade. *REMHU - Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Brasília, v. 19, n. 36, p. 229-236, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/4070/407042013013.pdf>>. Acesso em: 7 dez. 2017.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. *Refugiados ambientais: mudanças climáticas, migrações internacionais e governança global*. 2012. 113 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11970/1/2012_CarolinadeAbreuBatistaClaro.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

CONSELHO DA EUROPA. *Livro branco sobre o diálogo intercultural: viver juntos em igual dignidade*. Estrasburgo: Cedex, 2008.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos Direitos Humanos*. Tradutora Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.

FRANCISCO, Papa. *Carta Encíclica Laudato Si`*. Sobre o cuidado da casa comum. Roma: Tipografia Vaticana, 2015. Disponível em <http://www.pucsp.br/sites/default/files/download/editais/texto_integral_enciclica_laudato_si.pdf>. Acesso em 29 out. 2016.

GUATTARI, Felix. *As três ecologias*. Trad. Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 1990.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO - PNUD. *Relatório do Desenvolvimento*

Humano 2004: Liberdade Cultural num Mundo Diversificado. Lisboa, 2004. Disponível em: <<http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2004-portuguese.pdf>>. Acesso em: 19. set. 2017.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Ed. Núria Fabris, 2010.

RAMOS, Érika Pires. *Refugiados ambientais: em busca de reconhecimento pelo direito internacional*. 2011. 150 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf?view=1>. Acesso: em 29 out. 2016.

WARAT, Luis Alberto. Eco-cidadania e direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação. *Sequência*, Santa Catarina, n° 28, p. 96-110, jun. 1994. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15877/14366>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. *A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

Recebido em: 29 de novembro de 2018.

Aceito em: 05 de dezembro de 2018.