

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

2019

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, 2019.

v.14, n.33, maio/agos. 2019

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 Formação

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
André Leonardo Copetti Santos

Coordenação Executiva
João Martins Bertaso

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. Gustavo Vieira da Costa Cerqueira

Universidade de Reims Champagne Ardenne, Reims, França

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

Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz Assis

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

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 UNIFIEO, 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, Paranavaí, 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

Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, MG, 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
Universidade 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. 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 UNIFIEO, 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 UNICURITIBA, Curitiba, PR, Brasil

Dr. Marcelo Labanca

Universidade Católica de Pernambuco, Recife, RE, 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. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília, Marília, SP, 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
Thami Covatti Piaia	
Jacson Roberto Cervi	
ÁREA DE SEGURANÇA MILITAR: CONFLITO COM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E PROPRIEDADE GARANTIDOS AOS QUILOMBOLAS SOBRE AS TERRAS QUE OCUPAM	19
Kiwonghi Bizawu	
Ulisses Espártacus de Souza Costa	
Flávio Henrique Rosa	
ENSINO SUPERIOR COMO VALOR UNIVERSAL PÓS MODERNO E A EXPERIÊNCIA DO INSTITUTO INSIKIRAN DE FORMAÇÃO INDÍGENA EM TERRITÓRIO AMAZÔNICO	45
Edson Damas Silveira	
Rômulo Souza Barbosa	
DECRESCIMENTO E O BEM-VIVER: ENSAIOS SOBRE A PERSPECTIVA DE UM HORIZONTE SUSTENTÁVEL	69
Gustavo Silveira Borges	
Rafael Leandro	
10 CANCIONES BRASILEÑAS: EJEMPLOS PARA LA CONCIENTIZACIÓN SOCIAL EN EL PAÍS SOBRE LA HOMOSEXUALIDAD.....	105
Douglas Verbicaro Soares	
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA ALEMANHA	135
Leonardo Estevam de Assis Zanini	
A LEI ROUANET DE INCENTIVO À CULTURA E O PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO DE RECEITAS	159
Saulo Nunes de Carvalho Almeida	
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça	
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior	

LA POSIBLE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑA: OPORTUNIDAD/INOPORTUNIDAD DEL MOMENTO, Y TRES PROPUESTAS MEDIOAMBIENTALES.....	175
Roberto Bustillo Bolado	
LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL DERECHO ARGENTINO: UN ESTUDIO DE CASO.....	201
Mariano Castillo	
DIREITOS HUMANOS: DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA À EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	231
Liton Lanes Pilau Sobrinho Leone Frizon Micheli Piucco	
POR UMA DESCRIÇÃO DA JUSTIÇA EM LUHMANN	251
Fernando Rister de Sousa Lima Orlando Villas Bôas Filho	

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, mais uma vez, 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, engajada nessa proposta de melhorias, oportuniza a publicação, quadrimestralmente, de artigos e resenhas, por 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.

Nesse número, Kiwonghi Bizawu, Ulisses Espártacus de Souza Costa e Flávio Henrique Rosa, realizam uma abordagem sobre “Área de segurança militar: conflito com os Direitos Constitucionais de delimitação, demarcação e propriedade garantidos aos quilombolas sobre as terras ocupadas”, com o escopo de analisar o conflito da Marinha Militar brasileira com os remanescentes de quilombolas na disputa por terras posteriormente designadas como áreas de segurança do Estado. Edson Damas Silveira, Rômulo Souza Barbosa, em “Ensino Superior como valor universal pós moderno e a experiência do Instituto Insikiran de formação indígena em território amazônico” analisam, a partir de pesquisa empírica, o papel da universidade diante das demandas multiétnicas e multiculturais próprias do atual momento civilizatório. Em “Decrescimento e o bem-viver: ensaios sobre a perspectiva de um horizonte sustentável”, Gustavo Silveira

Borges e Rafael Leandro buscam ressaltar a importância da teoria do decrescimento e a cultura andina acerca do bem-viver para um meio-ambiente realmente sustentável. Douglas Verbicaro Soares, em “10 canciones brasileñas: ejemplos para la concientización social en el país sobre la homosexualidad”, utiliza a música como instrumento de conscientização social e alternativa de sensibilização sobre o tema da diversidade sexual. Já no artigo “A relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade no Direito Alemão”, Leonardo Estevam de Assis Zanini realiza um breve estudo sobre o regime jurídico dos direitos da personalidade no direito alemão.

Saulo Nunes de Carvalho Almeida, Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior, trazem contribuição relevante sobre “A Lei Rouanet de incentivo à cultura e o princípio da não afetação de receitas”, com abordagem crítica ao modelo de incentivo fiscal federal, com base na dedução de Imposto de Renda. Roberto Bustillo Bolado, em “La posible reforma de la Constitución en España: oportunidad/in oportunidad del momento, y tres propuestas medioambientales”, explica as origens do atual texto constitucional espanhol, discutindo a (in)oportunidade de uma possível reforma. Já o texto “La implementación del Derecho Humano al Agua en el Derecho Argentino. un estudio de caso”, Mariano Castillo, em pesquisa empírica, apresenta os fundamentos para o reconhecimento do direito humano a água no plano internacional. Liton Lanes Pilau Sobrinho, Leone Frizon e Micheli Piucco, refletem sobre “Direitos Humanos: da democracia participativa à eficácia dos direitos fundamentais”, com considerações acerca da efetivação dos Direitos Fundamentais de forma plena, através da democracia participativa. Por fim, Fernando Rister de Sousa Lima e Orlando Villas Bôas Filho, “Por uma descrição da justiça em Luhmann”, descrevem a justiça enquanto fórmula de contingência, apontando a especificidade que o autor atribui à abordagem do direito para, em seguida, sublinhar aspectos essenciais de sua visão acerca da justiça.

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!

ÁREA DE SEGURANÇA MILITAR: CONFLITO COM OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE DELIMITAÇÃO, DEMARCAÇÃO E PROPRIEDADE GARANTIDOS AOS QUILOMBOLAS SOBRE AS TERRAS QUE OCUPAM

MILITARY SAFETY AREA: CONFLICT WITH THE CONSTITUTIONAL RIGHTS OF DELIMITATION, DEMARCAATION AND PROPERTY GUARANTEED TO KILOMOBOLAS ON THE LAND THAT OCCUPY

Kiwonghi Bizawu^I 

Ulisses Espártacus de Souza Costa^{II} 

Flávio Henrique Rosa^{III} 

^I Escola Superior Dom Helder Câmara (Dom Helder), Programa de Pós-Graduação de Direito Ambiental e Sustentabilidade da Escola Superior Dom Helder, Belo Horizonte, MG, Brasil. Doutor em Direito Internacional. E-mail: kiwonghi@domhelder.edu.br

^{II} Escola Superior Dom Helder Câmara (Dom Helder), Belo Horizonte, MG, Brasil. Mestrando em Direito Ambiental e Sustentabilidade. Bolsista FAPEMIG. E-mail: spartacuscosta@yahoo.com.br

^{III} Escola Superior Dom Helder Câmara (Dom Helder), Belo Horizonte, MG, Brasil. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade. E-mail: henrizbh@uol.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2630>

Recebido em: 08.05.2018

Aceito em: 26.02.2019

Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons
Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.



Resumo: O presente artigo tem como escopo analisar o conflito da Marinha Militar brasileira com os remanescentes de quilombolas na disputa por terras posteriormente designadas como áreas de segurança do Estado. A Constituição Federal de 1988 reconhece o direito de titularidade da propriedade das terras ocupadas pelos quilombolas, desde que comprovem o lastro com a terra, e sua longínqua ocupação. O artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) garante aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando terras públicas ou privadas, o reconhecimento da propriedade definitiva, devendo o Estado emitir os respectivos títulos. Tal

Abstract: The purpose of this article is to analyze the conflict of the Brazilian Military Navy with the remnants of quilombolas in the dispute for lands later designated as areas of state security. The Federal Constitution of 1988 recognizes the right of ownership of the lands occupied by the quilombolas, as long as they prove the ballast with the land, and their distant occupation. Article 68 of the Transitional Constitutional Provisions Act (ADCT) guarantees the remnants of quilombos communities that are occupying public or private lands, the recognition of definitive property, and the State must issue the corresponding titles. Such recognition is the result of hard struggles of the black

reconhecimento é fruto de duras lutas do movimento negro e de atores que se dedicam à causa graciosamente em busca da prevalência do direito de igualdade e da dignidade da pessoa humana. Observa-se que, mesmo com os aparatos de proteção aos quilombolas, a Marinha brasileira insiste em litigar por determinadas áreas onde existe ocupação, sobre a alegação de constituírem zonas de segurança militar essencial. A manutenção da posse abusivamente perpetua a marginalização dos afrodescendentes no Brasil. Utilizar-se-á o método indutivo abarcado em uma pesquisa descritiva com base na legislação pátria.

Palavras-chave: Direito de propriedade de quilombolas. Áreas de proteção militar. Proteção do litoral. Marinha conflito quilombolas. Decreto 4.887/2003.

Sumário: 1 Introdução. 2 A efetivação dos direitos dos quilombolas. 2.1 Complexidades do decreto 4.887/03 da possibilidade de decretação da inconstitucionalidade, ineficácia da regulamentação e titularização da propriedade para os quilombolas. 3 Relatório antropológico como uma das peças do relatório técnico de identificação e delimitação (rtid) dos territórios quilombolas e competência da fundação cultural palmares. 4 O processo de regulamentação da propriedade aos remanescentes quilombolas. 5 Reconhecimento do território quilombola x conflito com área de segurança militar. 6 A visão da marinha do brasil sobre os quilombolas. 7 A escolha pelas terras. 8 Conclusão.

movement and of actors who dedicate themselves to the cause graciously in search of the prevalence of the right of equality and the dignity of the human person. It is observed that, even with the quilombola protection apparatuses, the brazilian Navy insists on litigating certain areas where there is occupation, on the claim that they constitute areas of essential military security. The maintenance of possession abusively perpetuates the marginalization of afro-descendants in Brazil. The inductive method will be used in a descriptive research based on the national legislation.

Keywords: Property rights of quilombolas. Areas of military protection. Protection of the coast. Marine conflict quilombolas. Decree 4.887/2003.

1 Introdução

Partindo do método indutivo, procura-se, no presente trabalho, analisar a efetivação do reconhecimento dos direitos dos remanescentes quilombolas garantidos pelo artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), tendo em vista o conflito de interesse em face da bandeira de segurança nacional levantada pela Marinha brasileira e da proteção do Estado.

O estudo verifica qualitativamente através de exames de artigos, teses, livros e portais do Estado como INCRA, FCP, Portal do Governo e Site do Supremo Tribunal Federal, assim como pelo acompanhamento e votação da ADI 3239 distribuída em 25 de junho de 2004, se o direito constitucional dos remanescentes quilombolas é aviltado pelo exercício

arbitrário da soberania da Marinha Militar no trato de disputa de terras já ocupadas pelos quilombolas.

A Marinha promove atos administrativos do uso do poder de polícia para intimidar e constituir óbices à continuidade da fixação da comunidade nas áreas pretendidas, esbulho renitente. Além de propor ações frente ao Poder Judiciário para expulsar os remanescentes quilombolas.

Em grande parte, as comunidades são simples, assim como suas atividades econômicas de sobrevivência baseadas na agricultura familiar, pesca, caça e no artesanato, promovendo-se o comércio com as comunidades vizinhas. Assim, o presente estudo buscará verificar se as adversidades financeiras e intelectuais concorrem para o enfrentamento das demandas judiciais, colocando os quilombolas a mercê do julgo da soberania da força militar e de decisões assimétricas do Judiciário.

Para a consecução dos objetivos, utilizar-se-ão o método indutivo qualitativo e a pesquisa exploratória com fundamento na legislação pátria e na doutrina vigente e pertinente sobre o tema em tela.

2 A efetivação dos direitos dos quilombolas

Muito embora desde 1988 já houvesse a previsão constitucional de proteção da propriedade das terras efetivamente ocupadas pelos quilombolas, não havia, contudo, a instrumentalização da Lei concretizando a abstração jurídica para a realidade.

Assim, em 1995 a Fundação Cultural Palmares (FCP)¹ em conjunto com o Ministério da Cultura e demais órgãos do governo regulamentaram o direito constitucional previsto no artigo 68 do ADCT. Deu-se início à efetivação para se conferir os instrumentos de propriedade para as comunidades identificadas como remanescentes de quilombos.

1 Tem por finalidade promover e preservar a cultura afro-brasileira. Preocupada com a igualdade racial e com a valorização das manifestações de matriz africana, a Palmares formula e implanta políticas públicas que potencializam a participação da população negra brasileira nos processos de desenvolvimento do País. Foi o primeiro órgão federal criado para promover a preservação, a proteção e a disseminação da cultura negra. Disponível em: <http://www.cultura.gov.br/cultura-afro>. Acesso em: 27 abr. 2018.

Em grande parte dos casos, os quilombolas exerciam longa ocupação de determinadas áreas sem o título de propriedade, o que era o objeto ponto de partida da pesquisa pelos órgãos governamentais, bem como os aspectos culturais daquela comunidade específica.

Em 1995, a Fundação Cultural Palmares (FCP), órgão ligado ao Ministério da Cultura (MinC), emitiu a portaria nº 25 (Brasil, 1995a) visando estabelecer as normas para os trabalhos de identificação e delimitação das terras ocupadas por comunidades remanescentes de quilombos. No entanto, em novembro desse mesmo ano, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra),⁷ autarquia do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), emitiu a portaria nº 307 (Brasil, 1995b) que lhe permitia medir, demarcar e titular as terras quilombolas inseridas em áreas públicas federais.²

A competência técnica para estudos culturais e de análise de fixação da comunidade quilombola junto à ocupação das terras indicadas era do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA)³. O que gerava discordâncias, pelo fato do ativismo cultural quilombola ser diverso do das comunidades rurais.

Não existe sobreposição ou especialidade do direito dos quilombolas sobre os direitos das comunidades rurais, mas sim, singularidades que seriam melhores esclarecidas pelos órgãos específicos de cultura, não sendo essa a finalidade específica do Instituto de colonização e reforma agrária. Em 1999 a responsabilidade pelos assentamentos quilombolas passou para a competência do Ministério da Cultura, que a delegou para Fundação Cultural Palmares (FCP) através da portaria nº 447⁴.

Para aclarar um pouco mais o direito dos quilombolas, há que se buscar interdisciplinarmente conhecer as comunidades que se enquadram no conceito protetor do artigo 68 do ADCT. Conforme Marcos Paulo de Souza Miranda em seu livro “A Tutela do patrimônio cultural: doutrina, legislação e jurisprudência”, quilombo significa refúgio, abrigo. O que demonstra a singularidade das comunidades quilombolas já resistindo as adversidades impostas desde o Brasil colônia. Importante ressaltar

2 CARVALHO, Ana Paula Comin de. Tecnologias de governo, regularização de territórios quilombolas, conflitos e respostas estatais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 22, n. 46, jul./dez, 2016. p. 132/133.

3 INCRA: <http://reforma-agraria-no-brasil.info/o-incra.html>. Acesso em: 27 abr.2018.

4 BRASIL. Ministério da Cultura. Portaria nº. 447, de 2 de dezembro de 1999.

que o quilombo significa resistência, principalmente na manutenção da cultura e costumes africanos.

A palavra quilombo é originária do quimbundo, quicongo e do umbundo lumbu, “muro”, “paliçada”, donde kilumbu, “recinto murado”, “campo de guerra”, “povoação”, ou do umbundo Kilombo, “associação guerreira”, No Brasil significa, esconderijo, aldeia, cidade ou conjunto de povoações em que se abrigavam escravos fugidos⁵.

Ante a complexidade de identificação das comunidades quilombolas, em 2002 o procedimento de concessão de titulação das terras ocupadas passou a ser dual, sendo a FCP responsável pelo laudo antropológico cultural de reconhecimento da comunidade e de sua ligação com a terra ocupada, cabendo ao INCRA à responsabilidade de emissão de titulação da terra, regularizando e conferindo a propriedade.

Conforme Carvalho⁶ a necessidade de se conferir poderes ao órgão cultural era latente pelo ativismo que sempre promoveu e pelo empenho nas causas, pois, do ano de 1995 até 1998 o INCRA apenas havia concretizado 06 (seis) títulos de propriedade. Dados relativos antes da efetiva participação da FCP e do Ministério da Cultura.

O engajamento social, de vários setores da sociedade e políticos foi fundamental na tentativa de reparação social e no estímulo de se concretizar os direitos de propriedade para as comunidades remanescentes dos quilombos. Marginalizadas e constituídas em sua quase totalidade por negros pobres, sem amplitude intelectual⁷.

Importante ressaltar que, em quase toda América Latina, os direitos dos remanescentes de quilombo são reconhecidos pelos Estados, destacando com grande participação política no Suriname, o que não replica no Brasil e em outros países do cone sul. Embora seja expressiva a quantidade de comunidades negras nesses países⁸.

Sobre os remanescentes de quilombo reconhecidos constitucionalmente na constituição colombiana e na brasileira, pode se dizer que a especialidade das comunidades remanescentes de quilombo é reconhecida em quase toda a América Latina. Na Jamaica, na Colômbia, no Suriname,

5 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Doutrina – Jurisprudência – Legislação, Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 85.

6 CARVALHO, op. cit., p. 140.

7 RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, 2006. p. 67.

8 RIOS, op. cit., p. 67.

no Haiti, nas Guianas, a presença quilombola é latente. No Suriname, a população quilombola chega a 12%, com forte interferência nas decisões do país⁹.

Portanto, o direito de efetivação da propriedade das terras demarcadas aos remanescentes quilombolas é uma tarefa dúplice, imposta tanto a União quanto ao Estado. Apenas o artigo 68 do ADCT não é suficiente para vencer a burocracia e materializar o direito, devido à complexidade antropológica de reconhecimento da comunidade e sua marginalização¹⁰.

O trabalho de reconhecimento é complexo e justificado, ficando a cargo de órgãos e fundações que promovem estudos multidisciplinares em processos investigativos na tentativa de se esclarecer o elo da comunidade com a localidade que ocupa (terra) legitimando assim sua propriedade. Pois o povo brasileiro é miscigenado, argumento dos opositores do direito das comunidades remanescente de quilombos¹¹.

Tais esclarecimentos foram frutos de longos debates e lutas travadas, tanto pelas minorias em busca de seu reconhecimento como de defensores dos quilombolas, o que instigou o governo a se mover através do Decreto 4.887/03 que buscou regulamentar os procedimentos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos do que tratou o artigo 68 do ADCT.

2.1 Complexidades do Decreto 4.887/03 da possibilidade de decretação da inconstitucionalidade, ineficácia da regulamentação e titularização da propriedade para os quilombolas

O artigo 68 do ADCT é uma norma autoexecutória, possibilitando, no entanto, a emissão do Decreto 4.887/03 que “Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”¹².

9 RIOS, op. cit., p. 71

10 SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil x quilombo rio dos macacos*. p. 16.

11 RIOS, op. cit., passim.

12 BRASIL, Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.

O Decreto prevê um amontoado de procedimentos administrativos que tramitam por vários órgãos tornando complexo o processo e ineficaz, além da impossibilidade de decreto sobre norma constitucional o que motivou a propositura da ADI 3239 ajuizada pelo partido político Partido da Frente Liberal (PFL), atual DEM (Democratas) em 25 de junho de 2004.

Em 18 de outubro de 2012 o Ex. presidente aposentado do STF e Relator da ADI 3239 à época, Ministro Cesar Peluso votou pela procedência total da ação, acolhendo que o processo para regularização da titularidade da terra pelos quilombolas é demasiadamente desgastante e ineficaz. Ainda apresentou que desde a emissão do Decreto poucas foram às mudanças, mantendo a morosidade para no trâmite do processo.

Até o ano de 2012 apenas 192 comunidades contavam com título de propriedade, número que representava 6% do total estimado, indicando que a atuação governamental estava muito aquém do esperado. Após o voto do Relator a Ministra Rosa Weber pediu vista dos autos o que prorrogou o julgamento pelo STF¹³.

A fundamentação pela procedência da ADI 3239 escorou que o Decreto viola o princípio da Reserva Legal, que tal ato administrativo apenas poderia regulamentar uma Lei e não uma norma constitucional. A legenda apontou diversas inconstitucionalidades, entre elas o critério de autoatribuição fixado no Decreto para identificar os remanescentes dos quilombos e a caracterização das terras a serem reconhecidas a essas comunidades. Além dizer que critérios que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos são contrários a possibilitar a desapropriação das terras públicas o que é vedado pelos artigos 183, parágrafo 2º, e 193, parágrafo único, da Constituição Federal.

A ADI 3239 foi julgada improcedente no dia 08 de fevereiro de 2018 por 08 votos reconhecendo o Direito de propriedade, garantindo com isso, a titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas. Ainda conferiu extensão ao reconhecimento das comunidades garantindo maior efetivação do direito àquelas que tiverem sido forçadamente desapossadas, vítimas de esbulho renitente

13 STF. *Quilombolas*: Após voto divergente, julgamento tem novo pedido de vista. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288144>. Acesso em: 21 out. 2017.

a sua terra. E aos grupos que comprovarem a suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros.

3 Relatório antropológico como uma das peças do relatório técnico de identificação e delimitação (rtid) dos territórios quilombolas e competência da Fundação Cultural Palmares

O relatório antropológico contém informações sobre as terras; edificações destinadas à moradia; as terras para a reprodução; pesquisa social e cultural do grupo; laudos fluviais, lacustres ou marítimos de subsistência; as terras detentoras de recursos ambientais necessários à preservação de costumes; tradições, lazer; as terras e edificações destinadas a cultos religiosos e os sítios que contivessem reminiscências históricas dos antigos quilombos¹⁴.

O relatório foi introduzido no processo de titulação da propriedade devido a inúmeras disputas judiciais e políticas pela terra, se tornando peça fundamental para configuração do direito dos remanescentes quilombolas reconhecendo a ligação e identidade desses com a terra, descaracterizando o argumento de miscigenação étnica do país¹⁵.

Diversas contestações foram feitas ao relatório antropológico, o qual resistiu a todas as argumentações com fincas pela sua extinção. Os envolvidos pela criação dos procedimentos mantiveram o relatório antropológico no processo regulamentador frente ao INCRA, pois demonstra a raiz da comunidade com a terra, sua trajetória histórica própria, relações territoriais específicas, presunção de ancestralidade negra relacionada com as resistências à opressão histórica sofrida¹⁶.

Conforme Marcia Rodrigues Bertoldi, reconhecer as populações tradicionais apenas pela sua cultura, seria contraditório tendo em vista o conhecimento antropológico atual.

El empleo del término poblaciones tradicionales es intencionalmente amplio. Sin embargo, este alcance no debe ser tomado por confusión conceptual. Definir las poblaciones

14 CARVALHO, Ana Paula Comin de. Tecnologias de governo, regularização de territórios quilombolas, conflitos e respostas estatais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 22, n. 46, jul./dez, 2016. p. 131.

15 CARVALHO, op. cit., p. 134.

16 CAMERINI, João Carlos Bemerguy. Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência dos direitos étnicos (ADIN 3.239-9). *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, 2012. p. 178.

tradicionales por la adhesión a la tradición sería contradictorio con los conocimientos antropológicos actuales¹⁷.

O processo de titulação da terra é realizado em etapas e conta com abertura formal seguido pela identificação da comunidade, delimitação da área de ocupação, publicidade dos atos, consulta a órgãos e entidades, contestações da legitimidade do direito pelos interesses de terceiros, julgamento de processos, análise da situação fundiária do território pleiteado, demarcação e é finalizado com a titulação¹⁸.

O território quilombola tem um caráter coletivo histórico constituindo propriedade especial¹⁹. Para tanto, seu reconhecimento, demarcação e titulação devem ser analisados por órgãos especializados que garantam a integridade dos direitos das comunidades como a FCP e o Ministério da Cultura, não se trata de mera reforma agrária, mas regularização da propriedade dos legítimos donos da terra, não meros possuidores.

Não se deve entender remanescente de quilombolas como aqueles que seus antepassados viveram dentro de um forte, trancafiado por muros e digladiando contra homens brancos para garantia de sua liberdade e fuga da morte, mas os excluídos que construíram o Brasil com seu suor, trabalho e vida. Esses foram tomados sem direito de escolha pelos colonizadores e abandonados para morrer a sua própria sorte, como se encontra ainda grande parte da população negra do país, sendo um direito possuírem as terras ocupadas, além da preservação da cultura e dos costumes²⁰.

A tarefa de compreensão e identificação das comunidades remanescentes de quilombo é complexa, precedente de vários investigativos peculiares que esclarecem as nuances de um grupo

17 BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Estudio de las conductas de aplicación del desarrollo sostenible por comunidades quilombolas de Piratini. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 30, set./dez 2017, p. 331. “O uso do termo populações tradicionais é intencionalmente amplo. No entanto, esse escopo não deve ser tomado por confusão conceitual. Definir populações tradicionais por adesão à tradição seria contraditória com o conhecimento antropológico atual”. (tradução nossa).

18 CARVALHO, Ana Paula Comin de. Tecnologias de governo, regularização de territórios quilombolas, conflitos e respostas estatais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 22, n. 46, 2016, p. 143.

19 RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, 2006, p. 67.

20 RIOS, op. cit., p. 72.

especial que não guarda semelhança com qualquer outra comunidade que não seja quilombola.

Devidas essas especificidades o processo para seu reconhecimento e efetivação do direito é complexo e burocrático, o que em muitas vezes faz com que os quilombolas sofram com esbulhos de posseiros ou interessados pelas terras.

4 O processo de regulamentação da propriedade aos remanescentes quilombolas

O Brasil possuía várias comunidades remanescentes de quilombos identificadas e espalhadas por todo território nacional, sendo esse número aproximado de 804 (oitocentos e quatro) comunidades reconhecidas no ano de 2006.

No Brasil, as comunidades remanescentes de quilombo estão distribuídas em praticamente todo o território nacional: até o presente, a região Sudeste conta com 82; a região Norte com 203; o Centro-Oeste com 14; o Sul com 12; e o Nordeste com 503 comunidades remanescentes de quilombo²¹.

Conforme o Portal do Governo do Brasil são 2465 (dois mil quatrocentos e sessenta e cinco) certificados emitidos para 2890 (duas mil oitocentos e noventa) comunidades quilombolas reconhecidas. (Portal Brasil, 2017). O que demonstra o ativismo da FCP e do Ministério da Cultura na atuação para efetivação do direito constitucional assegurado.

Com a decisão, são 500 certidões e 682 comunidades reconhecidas somente no Maranhão. Em todo o Brasil, são 2465 certificados emitidos para 2890 comunidades quilombolas. A emissão de Certidão de Auto definição de Comunidade Remanescente de Quilombo reconhece que a população e a área que ocupam têm relação com os antigos quilombos. Cidadania e Justiça, Fundação Palmares certifica 29 comunidades quilombolas. Portal Brasil publicado: 16/01/2017 15h52 última modificação: 27/01/2017 17h16²².

O reconhecimento e a delimitação do território ocorrem através da elaboração de um relatório técnico multidisciplinar, presentes o relatório antropológico, levantamento fundiário, mapa e memorial

21 RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, 2006. p. 71.

22 FUNDAÇÃO PALMARES. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/01/fundacao-palmares-certifica-29-comunidades-quilombolas>. Acesso em: 18 dez. 2018.

descritivo da área, cadastramento das famílias quilombolas e parecer conclusivo. Tudo é publicado no Diário Oficial da União (DOU) e remetido para consulta a órgãos e entidades²³.

Após a publicação inicia-se o prazo contestatório preclusivo que finda em 90 (noventa) dias. Caso exista alguma contestação, fica a cargo a análise e julgamento pelo Comitê de Decisão Regional do INCRA em até 180 dias. Sendo procedentes as contestações realiza-se nova publicação. Caso não haja apresentação de recurso no prazo de 30 dias ao Conselho Diretor do INCRA o processo de reconhecimento é finalizado²⁴.

Vencida a fase contestatória, bem como, atingida a publicidade temporal da publicação, cabe ao Presidente da República através de Decreto reconhecer a delimitação da área, ficando a cargo do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária proceder à avaliação pecuniária das terras e benfeitorias que as compõem, assim como, realizar os pagamentos das indenizações seja pela via administrativa, ou jurídica.

Somente depois de realizado o procedimento em sua completude, inclusive com o Decreto Presidencial, que cabe ao INCRA expedir os títulos de propriedade da terra para as comunidades, salvaguardado o direito constitucional insculpido no artigo 68 do ADCT²⁵.

No entanto, não é o que acontece quando se tem o interesse militar sobre a área ocupada pelos quilombolas. Os procedimentos administrativos sofrem alterações, sendo uma delas a exigência de manifestação do ministério da defesa, o que muda completamente os trâmites dos procedimentos.

5 Reconhecimento do território quilombola x conflito com área de segurança militar

O reconhecimento do território quilombola é étnico-cultural. No Brasil é marcado pela intensa disputa pelo território, tanto pelos remanescentes quilombolas quanto por posseiros e demais interessados,

23 CARVALHO, Ana Paula Comin de. Tecnologias de governo, regularização de territórios quilombolas, conflitos e respostas estatais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 22, n. 46, jul./dez., 2016, p. 142.

24 *Ibid.*, p. 146.

25 RIOS, *op. cit.*, p. 68.

haja vista, serem locais íntegros com grande preservação ambiental, o que atrai especuladores imobiliários particulares e órgãos públicos.

A comunidade é que uni os quilombolas a terra, fazendo que sejam donos da área que ocupam, em grande parte dos estudos apontam que a obtenção dos frutos de sua colonização se dá por ações de produção da terra de forma coletiva. Portanto, não se trata de um reconhecimento de duas ou três famílias, mas de várias famílias que compõem a comunidade e estão instaladas por século no local²⁶.

É intenso o esforço por parte dos antropólogos, pois devem traduzir em termos jurídicos o conhecimento antropológico sobre o problema, realizar retrospectiva de anos, reconstruindo a narrativa de toda a história daquele povo e povoado e sua ocupação, a colonização da terra por eles, principalmente no que tange a cultura e costumes, basicamente a identidade pátria da formação e construção de nossa sociedade²⁷.

Não raro o reconhecimento antropológico é colocado a descrédito pela Marinha do Brasil que demarca áreas de suposta segurança militar onde existe ocupação por comunidades quilombolas, que estão na posse dessas terras por anos, alegando que os interesses de proteção da nação se sobrepõem aos da cultura que construiu o Brasil.

Menores dificuldades são enfrentadas pelos quilombolas quando as terras demarcadas são devolutas ou particulares e não há interesse de instituições do Estado em disputar a faixa territorial ocupada. Nesses casos, ocorre a imediata desapropriação. No entanto, quando incidem sobre terrenos de interesse da Marinha do Brasil, necessária é a atuação do INCRA e da Secretaria de patrimônio da União, Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional e da FCP e do Ministério da Cultura, que conjuntamente devem conciliar os interesses da comunidade e do Estado²⁸.

26 SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil X Quilombo Rio Dos Macacos*. Salvador, 2015. p. 17.

27 RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, 2006. p. 65.

28 NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro do; BATISTA, Mércia Rejane Rangel, NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. Panorama atual de proteção do direito à terra das comunidades quilombolas e desafios futuros. *Interações*, Campo Grande, v. 17, n. 3, jul./set. 2016, p. 348.

Fundamental é a atuação dos antropólogos no processo de reconhecimento das terras quilombolas para se garantir o direito, pois é única a diferenciação dos saberes e modos de construção do universo simbolicamente constituído pela comunidade que lança o seu direito de propriedade sobre a terra.

Nesse caso específico, tanto no que se diz respeito aos direitos indígenas como também quilombolas, tem-se reconhecido a competência dos antropólogos para, a partir da perícia na produção do conhecimento, tomar compreensível (traduzir) os saberes e dos modos próprios de construção de um universo simbolicamente constituído, de modo a garantir esse direito²⁹.

Quando há disputa sobre a propriedade da terra e descrédito pelo reconhecimento da comunidade quilombola por parte da Marinha do Brasil, várias intercorrências acontecem alterando o dia a dia da comunidade e inevitavelmente a disputa pelo território se torna litígio submetido à justiça devido o poder econômico da força armada.

A Marambaia que é uma comunidade situada no Município de Mangaratiba no Estado do Rio de Janeiro ocupa a terra a mais de cem anos. Em 1906 a União concedeu a Marinha do Brasil o título de propriedade da terra ocupada pelos quilombolas. A Marinha desde então disputa o território com a comunidade e ajuizou várias ações de reintegração de posse contra as famílias moradoras da Marambaia, com intuito de expulsá-los³⁰.

A fundamentação alegada pela Marinha é que alguns moradores não possuíam autorização militar para ocupação da terra e dos imóveis construídos na área de proteção militar, ou que estava agindo em desacordo com o determinado pela Marinha para a utilização concomitante do território, e até promovendo construções ilegais sem solicitações de autorização ao comando militar³¹. O prejuízo para comunidade não é apenas social de desalojamento das famílias, mas um retrocesso humano, cultural e histórico, haja vista, perpetuar a repressão impostas aos africanos e afrodescendentes que construíram nossa nação.

29 Ibid., p. 441.

30 SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil X Quilombo Rio dos Macacos*. Salvador, 2015, p. 20.

31 YABETA, Daniela; GOMES, Flávio. Memória, Cidadania e Direitos de Comunidades Remanescentes (em torno de um documento da história dos quilombolas da marambaia), *Afro-Ásia*, Salvador, n. 47, 2013, p. 85.

Muitos desses conflitos desdobram em várias restrições impostas pelas autoridades públicas como limitações educacionais, escassez de trabalho, abertura corriqueiras de inquéritos militares, episódios de constrangimentos e intolerâncias, convocações para prestação de esclarecimento sobre obras e atividades das áreas que ocupam até tentativas de expulsão com truculência o que fizeram que muitos remanescentes quilombolas optassem pela fuga da localidade³².

A Marinha do Brasil utiliza-se da estratégia da soberania imposta aos civis e da alegação de garantia da segurança nacional para a sobreposição de seus interesses nos territórios em conflito. Alega a consecução de grandes projetos de desenvolvimento do Estado brasileiro, interferindo diretamente no modo de vida e na cultura das comunidades quilombolas³³.

É peculiar que os remanescentes quilombolas já estejam ocupando a terra por mais de cem anos em quase todas as comunidades reconhecidas e em processo de reconhecimento, por vezes estão desde a época da escravidão tentando se salvar dos abusos escravocratas resistindo nos quilombos. Várias dessas comunidades se fixaram nessas faixas territoriais logo após a abolição da escravidão, o que as torna comunidades marginalizadas sem acessos igualitários e preconceito étnico intenso³⁴.

A administração dessas terras pela Marinha do Brasil se dá em tempo bem posterior à ocupação das comunidades quilombolas, e ocorre sob o julgo do interesse do Estado, em grande parte dos conflitos entre a Marinha do Brasil e comunidades quilombolas, essas são tratadas como invasoras e submetidas a abusos do poder de autoridade da força Militar³⁵.

A constituição de 1988 com o artigo 68 do ADCT orientam as decisões do judiciário que acolhem a promoção da igualdade e do direito social para a materialização do direito de propriedade garantindo às minorias descriminalizadas a Dignidade Humana.

32 Ibid., p. 90.

33 JESUS, Daiane Batista de. *Conflitos sociais socioambientais em comunidades tradicionais: Marinha do Brasil e o Quilombo do Alto do Tororó em Salvador*. 2016. p. 87.

34 RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, 2006. p. 73.

35 JESUS, op. cit., p. 78.

Os quilombolas tem direito à posse das áreas ocupadas pelos seus ancestrais até a titulação definitiva, razão pela qual a ação de reintegração de posse movida pela União não há de prosperar, sob pena de por em risco a continuidade dessa etnia, com todas as suas tradições e culturas. O que, em último, conspira contra pacto constitucional de 1988 que assegura uma sociedade justa, solidária e com diversidade étnica³⁶.

Ainda o Ministro Felix Fischer salienta a sociedade cultural igualitária e a preservação dos costumes e das crenças garantidas pela Constituição de 1988 na consagração de Estado Democrático de Direito:

1. A Constituição de 1998, ao consagrar o Estado Democrático de Direito em seu art. 1º como cláusula imodificável, fê-lo no afã de tutelar as garantias individuais e sociais dos cidadãos, através de um governo justo e que propicie uma sociedade igualitária, sem nenhuma distinção de sexo, raça, cor, credo ou classe social. 2. Essa novel ordem constitucional, sob o prisma dos direitos humanos, assegura aos remanescentes das comunidades dos quilombos a titulação definitiva de imóvel sobre o qual mantém posse de boa-fê há mais de 150 (cento e cinquenta) anos, consoante expressamente previsto no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Cristalina a tentativa de minimizar o débito histórico com a etnia atingida, que em sua totalidade são constituídos de homens, mulheres e crianças afrodescendentes de baixa renda, alvos constantes de discriminação, o que é confirmado por Marli Mateus dos Santos em comentário à decisão do Ministro Félix Flexa.

O supracitado recurso do STJ, por exemplo, acolhe a promoção da igualdade do direito social, no alcance em que adjudica direitos territoriais aos complementares de um grupo desarrimado, combinado excepcionalmente, por homens e mulheres de baixa renda, alvos da discriminação. Vale salientar, que a letra da norma tem também por objetivo liquidar o débito histórico com a classe atingida, tendo como embasamento a dignidade da pessoa humana, bem como a proteção dos direitos culturais no âmbito social e ético. Observa se assim, como dito anteriormente, que os direito constitucionais asseveram o amparo da cultura, com a inserção dos quilombolas³⁷.

Ainda que o Estado tenha promovido comissões de estudos para esclarecimento sobre a identificação dos povos e das comunidades

36 BRASIL. Disponível em: <http://ww2stj.jus.br/>. Acesso em: 23 mar. 2018.

37 SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil X Quilombo Rio dos Macacos*. Salvador, 2015, p. 30.

remanescentes quilombolas no intuito de se fazer valer seu direito à propriedade, o Decreto 4.887/03 mitiga o registro de propriedade sobrecarregando ainda mais o conceito de quilombola, culminando com que os resultados sobre a identificação da comunidade quilombola dependam de vários estudos interdisciplinares e pela complexidade são contestados pelos interessados no território ocupado³⁸.

Importante ressaltar que como no quilombo da Marambaia no Rio de Janeiro, quanto no Quilombo do Rio dos Macacos na Bahia, o interesse militar se sobrepõem ao direito dos quilombolas, motivando várias ações de reintegração de posse sobre o escudo de interesse de proteção da nação e desenvolvimento militar.

O conflito da Marinha sobre a área do quilombo do Rio dos Macacos é a intensão de ocupação para construir condomínio de casas de moradia para seus oficiais, a disputa ocorre sobre o manto da defesa do Estado Nacional, aduz que o interesse da construção do condomínio para os oficiais naquela localidade é maior do que o interesse de preservação da cultura do Brasil e da propriedade dos quilombolas³⁹.

Há o reconhecimento da comunidade do quilombo do Rio dos Macacos pelo (INCRA) e pela FCP como remanescente quilombola. Não existem políticas de garantia de aplicação dos direitos para salvaguardar de imediato a propriedade da terra pelos quilombolas. Nos últimos 20 (vinte) anos existiu maior empenho para a efetivação da igualdade étnica e de gêneros. No entanto, ainda é deficitária a concretização dos direitos pelo Estado, deixando prevalecer à soberania da Força Militar sobre o direito real das comunidades legítimas proprietárias da terra.

No caso da comunidade do Rio dos Macacos há sobreposição de princípios na disputa pela terra, de um lado o direito de moradia dos Oficiais Militares e a realização de obras públicas por parte da Marinha em confronto direto com o direito de propriedade dos quilombolas. Sobrepõe-se o direito de moradia dos Oficiais à Dignidade da Pessoa Humana, defesa da cultura e preservação da moradia de grupos étnicos desfavorecidos, mesmo havendo a previsão e garantia constitucional.

O mero interesse da Marinha sobre o escudo da defesa do Estado Nacional é referendo e fundamentação suficiente para promover

38 BARRETTO, Nelson Ramos. *A revolução quilombola: guerra racial, confisco agrário e urbano, coletivismo*. São Paulo: Artpress, 2007. p. 50.

39 SANTOS, op. cit., p. 89.

a judicialização com fincas ao descumprimento da determinação do artigo 68 do ADCT.

As áreas que envolvem a disputa em sua maioria são cenários preservados devido ao trato da comunidade quilombola que está ligado ao cultivo da terra, pesca e cuidado cultural pela natureza. Os ensinamentos de suas crenças intimamente renovam o elo da comunidade com a terra. Não são comuns processos de industrialização, quando muito a exploração turística, por terceiros, não gerando números significativos de empregos diretos para os quilombolas, tampouco promove a preservação dos costumes e cultura da comunidade⁴⁰.

A Marinha promove restrições do direito de ir e vir dos quilombolas e contesta a condição reconhecida pela Constituição da República, bem como, pelos laudos antropológicos, pois ainda que seja uma comunidade especial, está habitando uma Zona Militar que demanda de regras e imposições conforme as determinações do Comando Militar.

A imposição pela supremacia do poder realizada pela Marinha do Brasil no intento de obtenção do território pelo exercício da força acaba afugentando a população que forçada a abdicar de seu direito pelo total abandono do Estado, por ausência de políticas públicas de efetivação dos direitos ou de proteção real. Em alguns casos, há intervenção da Defensoria Pública na tentativa de coibir a violência cometida pela Marinha⁴¹.

Com a decisão de improcedência da (ADI) 3239 e o reconhecimento do Decreto 4887/2003 que aumenta o reconhecimento de direitos das comunidades expulsas, esbulhadas e que enfrentam restrições de utilização do território serão reconhecidos, garantindo a propriedade e a vida nos territórios já ocupados.

6 A visão da Marinha do Brasil sobre os quilombolas

A Marinha reconhece os quilombolas como posseiros, como agentes clandestinos que se apossaram da terra. Alega que são legítimos

40 YABETA, Daniela; GOMES, Flávio. Memória, cidadania e direitos de comunidades remanescentes (em torno de um documento da história dos quilombolas da marambaia). *Afro-Ásia*, Salvador, n. 47, Salvador, 2013, p. 113.

41 SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil X Quilombo Rio dos Macacos*. Salvador, 2015, p. 89.

os esforços da Força Militar para ocupação do território com a consequente manutenção do Estado Nacional soberano pela segurança militar. Ao extremo as mais variadas formas de atuação da Marinha, promovendo judicialização desmedida para expulsão das comunidades, além do exercício do domínio da força sobre aqueles, fato que se repete em Alcântara no Maranhão e Simões Filho em Salvador⁴².

Os remanescentes de quilombos não são escravos fugidos, mas sociedades livres, organizadas por homens e mulheres livres, comunidades rurais negras, terras de pretos. A sua origem é complexa, pois as terras variam desde simples ocupação; como por aquisição onerosa por escravos alforriados, além de doações pelos antigos proprietários. Quase sempre sem nenhum registro de documentos públicos ou contratos particulares⁴³.

A Marinha mantém a invisibilidade jurídica que as comunidades remanescentes de quilombos sofriam antes da Constituição da República de 1988 com a insistente proposição de litígios judiciais. Ao escudo da proteção do País em âmbito internacional, a Marinha afirma que o desenvolvimento econômico não se desvencilha do desenvolvimento da Defesa, e o direito dos quilombolas não podem se opor ao progresso e desenvolvimento da nação⁴⁴.

A intervenção das Forças Armadas nas áreas concernentes aos remanescentes quilombolas provoca todo tipo de alteração, desde a retirada de famílias, a proibição do plantio, proibição de manutenção e expansão de construções etc. Altera totalmente o panorama de usos e costumes da comunidade.

Como se tornam terras da União às Zonas de Proteção Militar são fiscalizadas pelo Comando das Forças Armadas, que examina e autoriza qualquer intervenção ou ação dos cidadãos componentes da comunidade naquele território. Apesar de o Comando Militar não enxergar os quilombolas como componentes do território, como

42 JESUS, Daiane Batista de. *Conflitos sociais socioambientais em comunidades tradicionais: marinha do Brasil e o Quilombo do Alto do Tororó em Salvador*, 2016. p. 67.

43 MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. *O negro no Brasil de hoje*. São Paulo: Global, 2006.

44 JESUS, Daiane Batista de. *Conflitos sociais socioambientais em comunidades tradicionais: marinha do Brasil e o Quilombo do Alto do Tororó em Salvador*, 2016. p. 90.

cidadãos e sim como ameaça ao interesse do desenvolvimento da nação e da proteção do Estado Nacional.

Para Arruti⁴⁵, a não autorização para realização de reformas, plantio, pesca, construção e ocupação se torna uma arma excelente de combate para a Marinha, pois é a maneira de precarização das necessidades da comunidade. Até mesmo uma mera reforma da residência de moradia depende de autorização do Comando Militar, como plantio e a pesca, restringindo ao máximo a liberdade e dignidade da comunidade, retirando todos os seus meios de subsistência.

Portanto, o uso equivocado da Soberania da Marinha se torna o mecanismo mais eficiente de obstrução dos direitos dos quilombolas ocupantes de Áreas de Proteção Militar, além de contribuir com a mística de burocratização para concessão dos títulos de propriedade das terras ocupadas. Se valendo da precária situação financeira e acadêmica da comunidade.

7 A escolha pelas terras

A escolha pelas terras basicamente se dá pela posição geográfica privilegiada. A mera chegada da Força Militar já provoca inchamento pelo êxodo de pessoas em busca de oportunidades e empregos, o que já provoca de plano a alteração física do local e a dificuldade de identificação da comunidade⁴⁶.

Ante ao êxodo rural provocado com a chegada das Forças Armadas, vem também o sentimento de perda da propriedade da terra pela comunidade quilombola, o que assevera ainda mais, quando a Marinha alega a ilegitimidade dos quilombolas devido à miscigenação do povo brasileiro. Tal assertiva encontra escoro sobre as supostas oportunidades que possam ser oferecidas pela Marinha, o que atrai várias pessoas que não estão ligadas comunidade quilombola muito menos com a terra disputada com a sua chegada naquela localidade⁴⁷.

45 ARRUTI, J. M. A negação do território: Estratégias e táticas do processo de expropriação na Marambaia. In: ALMEIDA, A. W. B. (org.). *Cadernos de debates nova cartografia social: territórios quilombolas e conflitos*. Manaus: Universidade do Estado da Amazônia, 2010. p. 109.

46 MATTOS, Alexandre José Barreto de. *Questão quilombola e defesa nacional*. Rio de Janeiro, 2018, p. 17.

47 JESUS, op. cit., p. 100.

Aproveita do discurso do afrodescendente pobre marginalizado que migra em busca de oportunidades, como se aquela comunidade fosse instalada na localidade a sombra da Marinha, o que não é verdade, apesar da instalação da Marinha atrair um contingente populacional não pertencente originariamente à localidade. Fato esse que por si não descaracteriza a especialidade da comunidade que se mantém após a chegada da Marinha.

A Marinha se vale de ajuizamento de ações individuais de reintegração de posse, visto que, em grande maioria os remanescentes de quilombo possuem baixa escolaridade e instrução simplória, muitas vezes em estado de extrema pobreza pelos embargos impostos pela própria Força Militar. O que torna a luta totalmente desproporcional em desfavor da comunidade. Conforme esclarece Daiane Batista de Jesus:

Desta forma, percebe-se que o contexto dos conflitos entre comunidades tradicionais e as Forças Armada no Brasil se desenha da seguinte forma: de um lado, existe o Estado, muito poderoso que controla os aparelhos militares e de policiamento, e de outro, as diversas formas de identidades tradicionais, muitas vezes economicamente marginalizadas e politicamente desarticuladas. Contraditoriamente o próprio Estado estende aos múltiplos povos tradicionais mecanismos de acesso aos dispositivos estatais para validar suas reivindicações, e, mesmo que parcial, cria mecanismos que permitem o reconhecimento de territórios⁴⁸.

Em contra ponto, Alexandre Jose Barreto de Matos⁴⁹ afirma que por ter baixo esclarecimento, com conhecimentos limitados a pesca artesanal, os remanescentes quilombolas são sujeitos as mais diversas influências e manipulações por vários grupos de interesses, o que dificulta o relacionamento com a Marinha do Brasil que no caso específico da Marambaia oferece: Transporte diário e gratuito ao continente, evacuação médica em emergência, escola de ensino fundamental, fornecimento de cestas básicas etc.

Ratificando a possibilidade de imposição de embargos aos quilombolas afirma Matos ⁵⁰que por interesse de segurança nacional a Marinha do Brasil por atendimento a suas obrigações proíbe que

48 JESUS, Daiane Batista de. *Conflitos sociais socioambientais em comunidades tradicionais: marinha do Brasil e o Quilombo do Alto do Tororó em Salvador*, 2016. p. 51.

49 MATTOS, Alexandre José Barreto de. *Questão quilombola e defesa nacional*. Rio de Janeiro, 2018, p. 13.

50 *Ibid.*, p. 12

sejam aumentadas as áreas de ocupação, seja com novas construções ou aumento dessas o que vai ao encontro do pensamento de Diane Batista de Jesus⁵¹ sobre o obstamento de direitos como fundamento para desistência de permanência na localidade por parte dos quilombolas.

A ligação dos remanescentes quilombolas com a faixa litorânea é histórica devida forte colonização do País, onde se encontravam os engenhos de cana de açúcar, mandioca e outras culturas, bem como era o portão de entrada do tráfico negreiro o que intensificou a instalação dessas comunidades nessas faixas de terras, e depois da abolição da escravidão muitas comunidades permaneceram nessas áreas que já habitavam.

A Marinha alega grande importância estratégica das áreas denominadas como de Segurança Nacional, não só pelo posicionamento geográfico privilegiado, assim como pelos recursos naturais não explorados. No caso da Marambaia há descoberta de grandes reservas de gás natural. As áreas delimitadas permitem o controle do tráfego marítimo devido ao seu posicionamento, além de possuir profundidade marítima relevante para o atracamento de navios e utilização de submarinos bem próximos à Zona Litorânea⁵².

Devido ao isolamento da área, permitem manobras militares e utilizações de armamento sem exposição de riscos as cidades. Fatos que não se repetem em Rio dos Macacos, Alcântara no Maranhão e Simões Filho em Salvador.

Outro fator já mencionado é a preservação ambiental que cerca essas terras, sendo em grande parte compostas por dilatadas extensões de mata Atlântica preservada devido a sua localidade e os hábitos e costumes da comunidade. Ideais para construção de condomínios para o Oficialato da Marinha em sua parca visão.

8 Conclusão

Ante aos aspectos analisados, as origens brasileiras são negadas em detrimento de acordos externos, e interesses de progresso econômicos e da Defesa do Nacional. A Marinha do Brasil agraciada pela União com o recebimento de terras usa do julgo da força da Soberania Militar para impor restrições a quem quer que esteja ocupando a localidade.

51 JESUS, op. cit., p. 89.

52 MATTOS, Alexandre José Barreto de. *Questão quilombola e defesa nacional*. Rio de Janeiro, 2018, p. 13.

Perpetua a marginalização e o preconceito com os afrodescendentes e principalmente os quilombolas, se esquecendo de que foram o pilar de construção do Brasil. Observa-se uma verdadeira negação à dignidade e ao respeito cultural, promovendo-se, portanto, o apagão social distanciando ainda mais dos nacionais açoitados pela escravidão.

Os interesses da Marinha do Brasil verificados no presente artigo poderiam e podem ser exercidos concomitantemente com a residência e manutenção dos quilombolas nas terras. A garantia da propriedade não obsta o dever da Marinha de promover a socialização e ascensão social dos Homens, mulheres e crianças afrodescendentes, mantendo-os nas terras que ocupam historicamente.

A ligação dos remanescentes quilombolas com a faixa litorânea é histórica devida à forte colonização do País, onde se encontravam os engenhos de cana de açúcar, mandioca e outras culturas, bem como era o portão de entrada do tráfico negreiro o que intensificou a instalação dessas comunidades nessas faixas de terras, e depois da abolição da escravidão muitas comunidades permaneceram nessas áreas que já habitavam em sua maioria as faixas litorâneas.

Portanto, a escolha pelas terras em relação à Força Militar basicamente se dá pela posição geográfica privilegiada. E a informação sustentada pela marinha é que sua mera chegada já provoca inchamento pelo êxodo de pessoas em busca de oportunidades e empregos, o que já provoca de plano a alteração física do local e a dificuldade de identificação da comunidade o que acaba desaguando em disputas judiciais pela terra.

A Marinha propõe o ajuizamento de várias ações individuais de reintegração de posse, se aproveitando que os remanescentes de quilombo em grande parte possuem baixa escolaridade e instrução simplória. O estado de extrema pobreza pelos embargos impostos pela própria força militar torna a luta totalmente desproporcional em desfavor da comunidade.

Portanto, o uso equivocado da Soberania da Marinha se torna o mecanismo mais eficiente de obstrução dos direitos dos quilombolas ocupantes de Áreas de Proteção Militar, além de contribuir com a mística de burocratização para concessão dos títulos de propriedade das terras ocupadas.

Referências

ARRUTI, J. M. A negação do território: Estratégias e táticas do processo de expropriação na Marambaia. In: ALMEIDA, A. W. B. (org.). *Cadernos de debates nova cartografia social: territórios quilombolas e conflitos*. Manaus: Universidade do Estado da Amazônia, 2010. Disponível em: http://www.pontaojongo.uff.br/sites/default/files/upload/livro_territorios_quilombolas_conflitos.pdf. Acesso em: 20 fev. 2018.

BARRETTO, Nelson Ramos. *A revolução quilombola: guerra racial, confisco agrário e urbano, coletivismo*. São Paulo: Artpress, 2007. Disponível em: <http://search.proquest.com/openview/7de453cb8d38a1dcbc275094fa56eb69/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2040923>. Acesso em: 16 out. 2017.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Estudio de las conductas de aplicación del desarrollo sostenible por comunidades quilombolas de piratini. *Veredas do Direito, Belo Horizonte*, v.14, n.30, p.317-340, set./dez. 2017. Disponível em: <http://domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1024>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. *Código Civil. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 3 maio 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003*. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Cultura. *Portaria nº. 447, de 2 de dezembro de 1999*. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2007/11/portaria-447-de-1999.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2018.

BRASIL. *PEC 215/2000*. Ementa Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231,

da Constituição Federal. Explicação da Ementa Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. Situação: Pronta para Pauta no PLENÁRIO (PLEN); Pronta para Pauta na Comissão Especial destinada a apreciar e proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 215-A, de 2000, do Sr. Almir Sá e outros, que “acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal” (inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei), e apensadas (PEC21500). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 16 set. 2017.

CARVALHO, Ana Paula Comin de. Tecnologias de governo, regularização de territórios quilombolas, conflitos e respostas estatais. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 22, n. 46, p. 131-157, jul./dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832016000200131&lang=pt. Acesso em: 16 set. 2017.

CAMERINI, João Carlos Bemerguy. Os quilombos perante o STF: a emergência de uma jurisprudência dos direitos étnicos (ADIN 3.239-9). *Revista Direito GV*, v. 8, n. 1, p. 157-182, 2012. Disponível em: <https://search.proquest.com/openview/7de453cb8d38a1dcbc275094fa56eb69/1?pq-origsite=gscholar&cbl=2040923>. Acesso jan. 2018.

COMUNIDADE quilombola da Ilha de Marambaia tem suas terras tituladas, notícia veiculada no portal do INCRA. Publicado dia 09/10/2015. Disponível em: <http://www.incra.gov.br/noticias/comunidade-quilombola-da-ilha-de-marambaia-tem-suas-terras-tituladas>. Acesso em: 16 set. 2017.

COSTA, Eliane Sílvia; SCARCELLI, Ianni Regia. Psicologia, política pública para a população quilombola e racismo. *Psicol. USP*, São Paulo, v. 27, n. 2, maio/agos. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642016000200357&lang=p. Acesso em: 16 set. 2017.

MATTOS, Alexandre José Barreto de. *Questão quilombola e defesa nacional*. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?start=20&q=quilombola+e+marinha&hl=pt-BR&as_sdt=0,5. Acesso em: 16 set. 2017.

SANTOS, Marli Mateus dos. *Direito quilombola na encruzilhada discursiva: argumentação jurídica no caso marinha do Brasil x Quilombo Rio dos Macacos*. Dissertação, UFBA, Salvador, 2015. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=quilombola+e+marinha&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5. Acesso em: 16 set. 2017

FUNDAÇÃO Palmares certifica 29 comunidades quilombolas. Fonte Portal Brasil, com informações do Ministério da Cultura, Incra e da Fundação Cultural Palmares publicado: 16/01/2017 15h52 última modificação: 27/01/2017 17h16 Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2017/01/fundacao-palmares-certifica-29-comunidades-quilombolas>. Acesso em: 14 out. 2017.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad.: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto/Puc-Rio, 2006.

JESUS, Daiane Batista de. *Conflitos sociais socioambientais em comunidades tradicionais: marinha do Brasil e o Quilombo do Alto do Tororó em Salvador/BA*. Dissertação, UFBA, Salvador, 2016. Disponível em: <https://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19638>. Acesso em: 16 set. 2017.

MENDES, Soraia da Rosa. Titulação de território quilombola incidente em terrenos de marinha: limites de alcance das normas garantidoras da propriedade estatal frente ao artigo 68 do adct da cf/88. *Direito Agrário*, p. 79. Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?q=quilombola+e+marinha&btnG=&hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5. Acesso em: 16 set. 2017.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro*. Doutrina – Jurisprudência – Legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. *O negro no Brasil de hoje*. São Paulo: Global, 2006.

NASCIMENTO, Germana Aguiar Ribeiro do; BATISTA, Mércia Rejane Rangel, NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. *Panorama*

atual de proteção do direito à terra das comunidades quilombolas e desafios futuros. *Interações*, Campo Grande, v. 17, n. 3, p. 432-447, jul./set. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-70122016000300432&lang=pt. Acesso em: 17 set. 2017.

NOTÍCIAS STF. *Quilombolas*: após voto divergente, julgamento tem novo pedido de vista. Publicação Quarta-feira, 25 de março de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288144>. Acesso em: 21 out. 2017.

PRATES, Lisie Alende *et al.* *Portal do INCRA*. Disponível em: <http://www.incr.gov.br/quilombola>. Acesso em: 16 set. 2017.

RESSEL, Lúcia Beatriz. A utilização da técnica de grupo focal: um estudo com mulheres quilombolas. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 31, n. 12, p. 2483-2492. Disponível em: http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2015001402483&lang=pt. Acesso em: 16 set. 2017.

RIOS, Mariza. Território quilombola: uma propriedade especial. *Revista Veredas do Direito*, v. 3, n. 5, p. 65-84, jan./jul. 2006. Disponível em: <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/90/69>. Acesso em: 3 maio 2018.

QUILOMBOLAS: Relator vota pela inconstitucionalidade do Decreto 4.887/03. Notícias STF. Publicação Quarta-feira, 18 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=205330>. Acesso em: 21 out. 2017.

YABETA, Daniela; GOMES, Flávio. Memória, Cidadania e Direitos de Comunidades Remanescentes (em torno de um documento da história dos quilombolas da marambaia). *Afro-Ásia*, Salvador, n. 47, p. 79-117, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0002-05912013000100003&lang=pt. Acesso em: 16 set. 2017.

ENSINO SUPERIOR COMO VALOR UNIVERSAL PÓS MODERNO E A EXPERIÊNCIA DO INSTITUTO INSIKIRAN DE FORMAÇÃO INDÍGENA EM TERRITÓRIO AMAZÔNICO

*HIGHER EDUCATION AS POST-MODERN UNIVERSAL VALUE AND
THE EXPERIENCE OF THE INSIKIRAN INSTITUTE OF INDIGENOUS
TRAINING IN AMAZON TERRITORY*

Edson Damas Silveira^I 

Rômulo Souza Barbosa^{II} 

^I Universidade Estadual de Roraima (UERR) e Universidade Estadual do Amazonas (UEA), Programa de Pós-Graduação em Direito da UERR e da UEA, Manaus, AM, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: edsondamas@mpr.br

^{II} Universidade Estadual do Amazonas (UEA), Manaus, AM, Brasil. Mestrando em Direito Ambiental. E-mail: edsondamas@mpr.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2959>

Recebido em: 31.01.2019

Aceito em: 08.04.2019

Resumo: Partindo da importância histórica e correspondência da universidade aos anseios da sociedade durante seus oito séculos de existência, analisamos o papel da instituição na pós-modernidade, sobretudo com as mudanças do pensamento e de concepção da ciência advinda da ruptura dos paradigmas da modernidade. O ensino superior apresenta-se como valor, não só por sua utilidade na formação de capital intelectual e de mão-de-obra qualificada para o mundo do trabalho, mas como instrumento para o desenvolvimento de competências e habilidades para resolução dos problemas criados pela humanidade, bem como permitir a cada um alcançar o melhor de acordo com as respectivas resoluções de vida, mitigando o obstáculos odiosos criados pela injustiça social. Como demais instituições da sociedade hodierna, a

Abstract: Starting from the historical importance and correspondence of the university to the yearnings of society during its eight centuries of existence, we analyze the role of the institution in postmodernity, especially with the changes of thought and conception about science that came from the rupture of the paradigms of modernity. The higher education presents itself as a value, not only for its usefulness in the formation of intellectual capital, but especially as an instrument for the development of skills and abilities to solve the problems created by humanity, as well as to enable each one to achieve the best according to their respective life resolutions, mitigating the odious obstacles created by social injustice. Like the other institutions of society, the university must respond to the multiethnic and multicultural resolutions, mitigating the odious



universidade deve corresponder às demandas multiétnicas e multiculturais próprias do atual momento civilizatório. Nesse cenário, a experiência do Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena apresenta-se como exemplo, em território amazônico, de prática pedagógica intercultural e de gestão acadêmica diferenciada com respeito à cultura e aos valores dos povos indígenas de Roraima. Método utilizado foi o dedutivo-indutivo, com pesquisa bibliográfica e documental sobre o material produzido a respeito do tema.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Ensino Superior. Universidade e Cultura indígena.

demands, characteristic of the current civilizing moment. In this scenario, the experience of the Insikiran Institute is an example, in Amazonian territory, of an intercultural pedagogical practice and of a differentiated academic management with respect to the culture and values of the indigenous of Roraima. The deductive-inductive method was used, with bibliographic and documentary research over existing studies on this issue.

Keywords: Posmodernity. Higher Education. University and Indigenous Culture.

Sumário: 1 Introdução; 2 Evolução do saber formal e a invenção da universidade; 3 Pós-modernidade e ensino superior como valor universal; 4 Experiência do Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena em Roraima; 5 Conclusão; 6 Referências.

1 Introdução

As primeiras décadas do século XXI têm se caracterizado pelas crises e incertezas, a enfeixarem discussão acerca do papel de todas as instituições que tem sustentado aquilo que se convencionou chamar de civilização ocidental. Os problemas religiosos acarretados por fundamentalismos nos remetem a períodos que se imaginavam superados. A democracia, como construção que garantiria as liberdades individuais e coletivas, vem sido posta à prova no confronto com tirania, sectarismo e desprestígio das organizações supragovernamentais, que atualmente medeiam relações internacionais. O capitalismo exacerbado e mundializado tem revelado como uma das suas faces mais cruéis justamente a concentração de renda em níveis sem precedentes. Os povos, de um modo geral, aprenderam a confiar seu bem-estar mais às tecnologias do que à imaginação humana.

A universidade, como instituição secular, em meio a essas turbulências brevemente relatadas, sofre os influxos do contexto em que está enraizada e articulada, não escapando aos processos avassaladores dos revisionismos, das acusações de isolamento do restante da sociedade e perda de representação daqueles que a ela não atribuem o devido valor.

Sem embargo dessas críticas não raras vezes procedentes, certo é que a universidade tem sido espaço para o qual convergem todos aqueles com objetivos de cobrança, diálogo, experimentação, ascensão e de prestígio pessoal. Até os que a acusam de obsolescência reconhecem a sua capacidade de sobreviver ao longo dos últimos oito séculos. Sublimando as investidas do poder da Igreja Romana, as guerras religiosas, os arroubos absolutistas, a universidade esteve presente nas lutas para construção e reconhecimentos dos direitos fundamentais, colaborou para decifrar a natureza e se tornou instrumento para conquistas do capitalismo triunfante, para melhoria das condições e estilos de vida, assim como e, especialmente, tratou de impulsionar a reflexão teórica sobre o desencanto para com as ciências modernas desde o período do Pós-Guerra.

O tempo em que nos encontramos é de pensar novos valores que levem à reformulação da cultura institucional do ambiente universitário, compromissado com o estabelecimento de uma vida mais justa e decente no mundo pós-moderno, pós-industrial, do espetáculo, do hiperconsumo, seja qual for o rótulo que se queira empregar ao momento. Países que chegam a pós-modernidade sem ter completado seu ciclo de desenvolvimento e estão mergulhados na desigualdade, no patrimonialismo e ausência de espírito cívico, precisam da universidade como fortaleza a se contrapor aos mais diversos desfortúnios.

Este trabalho de reflexão crítica é fruto de uma investigação bibliográfica e documental, norteado por uma metodologia dedutiva-indutiva e a partir da estratégia de um estudo de caso havido em território Amazônico, mais especificamente no Estado de Roraima e no âmbito da sua Universidade Federal, quando lá se ergueu o Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena, justamente como forma de reação dos nossos povos originários em face das agruras legada pela modernidade ao tempo presente, onde se apropriaram do ambiente universitário para se firmarem enquanto civilização diferenciada, ávida por direitos e exigindo respeito ao seu modo de vida tradicional

Foi o intuito de fazer uma análise legitimada por um caso concreto e sobre o ensino superior como valor universal, para além das relações de troca e uso, próprias da economia de mercado globalizante, o que nos motivou a investir nesta empreitada, e como segue descrito.

2 Evolução do saber formal e a invenção da universidade

O saber tem sua ontologia estritamente ligada ao homem, seus anseios e necessidades históricas. Nesse percurso evolutivo, ele sofre as conseqüências de suas relações com o mundo, entende suas necessidades e procura respostas por vários caminhos apresentados, desde o senso comum até a formalização do conhecimento, que em suas diversas facetas, cresce, progride, desaparece ou se torna paradigmático em determinado momento histórico¹. No mundo ocidental, encontra berço adequado para sua institucionalização por meio de sistemas de ensino, com instituições para cumprir seu fim, sendo a universidade seu exemplar mais proeminente. Isso porque a história da humanidade pode ser abordada por meio da evolução dos processos de transmissão de conhecimento, que mais tarde vão ser caracterizados pelo binômio ensino-aprendizagem. Particularmente, tem-se nesse itinerário uma premissa fundamental: o conhecer, que se dá por vários processos, seja ele pela experiência humana ao longo das gerações (acumulando saberes em diversas formas), seja pela sistematização dos conhecimentos acumulados (que são transmitidos por instituições culturais com este fim)².

Embora, o conhecer, para nós, seja sempre visto pela ótica da ciência, devemos levar em conta que, antes mesmo da primazia do conhecimento científico, a humanidade nunca foi privada do conhecimento, a exemplo do saber tradicional dos povos mais isolados ou distantes das grandes civilizações europeias (da qual herdamos essa noção). O saber universal, tal como se torna por nós conhecido, é perpassado pela tradição judaico-helênica-cristã no ocidente, havendo, portanto, que se distinguir etapas sem necessariamente incorrer na pretensão de estabelecer uma cronologia³.

Como nota, o conhecimento judaico avança do mítico para teológico, e deste para o teocrático, por meios das leituras sagradas, criando instituições próprias de conhecimento, encarregando aos profetas, aos altos sacerdotes e aos mais velhos do clã a responsabilidade de transmitir o saber dentro dos ditames do estado teocrático. P o r

- 1 MORIN, Edgar. *Reformar o pensamento: a cabeça bem feita*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002, p. 10-11.
- 2 ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v.29, n. 2, 2000, p. 09-10.
- 3 MOTA, Carlos G. *Educação, contraideologia e cultura: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Globo, 2011, p. 31.

sua vez, a cultura helênica, posteriormente helenística (com a fusão da tradição grega e ocidental), reúne novos processos de assimilar e transmitir esse conhecimento, que se enriquecem da Academia de Platão, do Liceu de Aristóteles, bibliotecas e demais instituições educacionais, proto-modelos das escolas ocidentais, com a preocupação de formação da elite intelectual e dirigente⁴.

Notadamente na tradição cristã, defronta-se com alguns obstáculos na sua pretensão de ser uma continuidade da cultura judaica em processo de expansão pelo mundo ocidental, por ser obrigada a filtrar/selecionar os conhecimentos e as formas de conhecer antagônicas aos seus princípios fundamentais, ou que representassem ameaça à sua hegemonia. Na expansão do cristianismo no medievo, tal como na expansão helenística, o cenário é de diversidade cultural muito ampla, com povos, tradições, culturas e modos de transmissão de saber mais variados possíveis, erigida a Igreja Católica como grande instituição supranacional, pelo domínio que a religião passa a exercer sobre todos os aspectos da vida nesse momento, inclusive na produção e transmissão do conhecimento, concentrado em suas diversas ordens religiosas⁵.

Na idade média, já se observa a tendência a conceber a transmissão de conhecimento voltada para preparação dos reprodutores do pensamento cristãos (monges, padres, teólogos e doutores da igreja). De outro lado, verifica-se a institucionalização dos preceptores a instruir os futuros reis (origem da escola monacal). Ademais, àqueles que estavam ocupados dos processos produtivos restava o processo de aprendizagem no seio da comunidade e da família, e mais tarde, nas associações, já sob a conhecida forma das corporações de ofícios (carpinteiros, artesãos, alfaiates e ferreiros)⁶.

Na baixa idade média, com a presença cada vez mais sólida dos árabes na Europa, principalmente na península ibérica, trazendo vários conhecimentos da área da matemática, da física, da medicina, além de textos (e suas traduções) e autores que ficaram no ostracismo em função das proibições oriundas da Igreja Católica, a predominância da teologia começa a ser contestada, abrindo-se vertente de produção do conhecimento, ainda que de forma incipiente, relativamente autônoma, em desdobramento do embate entre os poderes reais (doméstico)

4 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 1996, p. 7-8.

5 STIGAR, Robson. *Secularização e ensino religioso na pós modernidade*. 2015. Acesso em: 5 jan. 2019, p. 8-9.

6 STIGAR, Robson, *op. cit.*, p. 12.

e papal (Igreja) na interferência sobre a produção e a reprodução do conhecimento, disputa esta que se escalonará durante o Renascimento⁷.

Essa forma de produzir conhecimento passará exigir instituições diversas da até então existentes (à luz da filosofia patrística), enfraquecendo o modelo monástico e marcando o início das instituições seculares que redundarão no surgimento das primeiras universidades, pois foi no entreato entre o século XII e Renascimento que sua invenção se consolidou em plena Idade Média. Com efeito, restou constituído nesse período o modelo da universidade tradicional, mormente com as experiências precursoras de Paris e Bolonha, que se implanta por todo território europeu, ainda sob a proteção da Igreja Católica Apostólica Romana⁸.

Sem embargo desses acontecimentos, os estudiosos são unânimes em afirmar que diversos acontecimentos interferiram e estimularam o nascimento dessas instituições, como o renascimento das cidades, desenvolvimento das corporações de ofícios, florescimento do comércio e aparecimento do mercador.

No entanto, algumas análises históricas vinculam as universidades medievais às escolas árabes e outras afiançam que elas decorrem das escolas do século XII, dentre as quais a Vitorina e a de Pedro Abelardo. Há ainda quem defenda que as universidades somente poderiam ter nascido no século XIII, mais conhecido como o século das corporações de ofício. Contudo, e certo nos parece, que a disputa pelo poder entre a realeza e o papado, reivindicando ambos o governo da sociedade, influenciou sobremaneira o surgimento das primeiras universidades européias⁹.

Apesar da influência da Igreja Romana na gênese das universidades, e posteriormente das religiões reformadas (protestantismo, calvinismo, entres outras), elas começam a também recepcionar os ventos da cultura renascentista do século XVI, culminando não apenas no processo de secularização da sociedade mas, sobretudo, do ensino em geral, na medida em que há uma perda da importância da instituição religiosa em

7 FRANCO JR., Hilário. *A idade média: nascimento do ocidente*. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 118.

8 TRINDADE, Hélió. *Universidade em perspectiva: sociedade, conhecimento e saber*. Disponível: <http://www.josenorbeto.com.br>. Acesso em: 05 jan.2019, p. 3-4.

9 OLIVEIRA, Terezinha. Origem e memória das universidades medievais. *Revista Varia História*, Belo Horizonte, v. 23, n. 37, jan./jun., 2007, p. 118.

prol de outras que oferecem semelhante satisfação das necessidades, mesmo que numa lógica distinta¹⁰.

Essa mesma secularização, com a diminuição drástica da influência dos preceitos religiosos nos padrões culturais em uma sociedade agora moderna, permitiu o desenvolvimento do pensamento laico e a busca de conhecimento em diversas temáticas (antes sob as amarras das proibições das religiões), favorecendo o esclarecimento e pavimentando uma trilha que seria seguida pelo pensamento científico gerado na ambiência das instituições universitárias.

Em vista disso, a universidade na Modernidade vai ganhar autonomia na produção do pensamento, porém passa a ser objeto de interesse e regulação pelos Estados Nacionais, primeiro na sua forma absolutista e por intermédio de investimentos vultosos, colocando o Ensino Superior a serviço dos projetos de consolidação do poder, inclusive determinando, conforme a visão e interesse predominante, onde tais instituições pudessem existir em seus domínios.

Em verdade, esse mesmo sistema de ensino começa a ser estruturado na Idade Moderna, quando se compreende um novo sentido de ensino-aprendizagem, consolidado como transformador do sujeito a partir da junção da educação e ciência, seguindo orientação pedagógica formativa que leva em consideração as etapas de desenvolvimento e competências para aprendizagem. Aí ocorre o início da visão de escolaridade (em todos os seus graus) e da divisão do conhecimento em disciplinas (disciplinaridade).

A capacidade humana de observar o mundo, não mais sob contenção imposta por dogmas religiosos, mas, especialmente, sob influência da visão antropocêntrica (característica da modernidade), alcança novo sentido à luz do pensamento cartesiano aplicado ao conhecimento e, conseqüentemente, à seara educacional. Essa fragmentação do saber em disciplinas passa a ter importância como meio de otimização da organização das carreiras profissionais pelo Estado e doravante reconhecidas pela sociedade, justamente para que os egressos das universidades atendessem suas novas funções no tecido social.

No mesmo sentido, o academicismo do século XIX dividirá as ciências em pura e superior, “aplicada e inferior”, com especial atenção aos avanços produtivos na era capitalista industrial. Igualmente, nesse

10 STIGAR, Robson, *op. cit.*, p. 10.

cenário desenvolve-se o sistema educacional cada vez mais distante do modelo escolástico-medieval, com ênfase no atendimento das necessidades da sociedade urbana e do fluxo internacional de pessoas¹¹.

Ademais, o modelo academicista, transposto das artes para o campo científico, enquanto respeito absoluto aos preceitos tradicionais de uma área do conhecimento, acabou sendo de grande influência para a criação e desenvolvimento do poder institucional e político das academias de ciência sobre conteúdos e métodos na educação, respaldando o Estado na organização do ensino em seus diversos níveis, logo depois do final do século XVIII.

Como ponto importante, cabe lembrar que a concepção dos projetos pedagógicos do ensino superior, a partir do século XIX, será marcada pelo olhar mecanicista do mundo, à luz da visão newtoniana, tal como engrenagem de uma máquina, passível de ser separada e compreendida, como proposto por Descartes, estando o conhecimento sob o império de uma racionalidade humana reduzida à lógica indutiva-dedutiva¹².

Por fim, há que se lembrar que as necessidades vigentes no século XIX estão ligadas essencialmente às exigências do desenvolvimento do capitalismo industrial em expansão, demandadas por todos seus processos e como justificativa de apropriação dos recursos disponíveis na natureza, a fim de que servissem ao consumo e expansão do mercado.

Assim, e no desenrolar do século XIX, a universidade teve por escopo se organizar para atender as demandas de mercado nos países industrializados, formando e fornecendo especialistas que pudessem ser agregados como peças fundamentais ao sistema produtivo estabelecido¹³.

3 Pós-modernidade e ensino superior como valor universal

A sociedade moderna, sobrepujando gradativamente ao modelo feudal e, efetivamente, consolidada com a expansão da Revolução

11 SILVA, André Luiz Reis da. A nova ordem europeia no séc. XIX: os efeitos da dupla revolução na história contemporânea. 2010. Disponível: https://www.researchgate.net/publication/267802158_A_nova_ordem_europeia_no_seculo_XIX_os_efeitos_da_dupla_revolucao_na_historia_contemporanea. Acesso em: 5 de jan.2019, p. 06.

12 MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000, pgs. 95-96.

13 MORIN, Edgar, *op. cit.*, p. 88.

Industrial, apóia-se na conversão do discurso científico como fonte hegemônica de conhecimento, desprezando as demais formas de saberes, ao tempo em que institucionaliza o pensamento racional cartesiano (evidência, análise, síntese, enumeração) e o empirismo baconiano (experimentação), como exclusiva via para o progresso e evolução da humanidade, noção levada ao extremo com concepção positivista de que todos os fatos sociais poderiam ser traduzidos em leis científicas universais.

No entanto, os valores e paradigmas da modernidade serão contestados a partir de duas grandes guerras no século XX, com a revelação dos horrores nazistas, ainda que sob justificativas científicas e eugênicas próprias da época. Da mesma forma, após quase dois séculos de institucionalização de ensino formal, novas aspirações de mudança germinadas na sociedade, acentuadamente após manifestos de 1968 – particularmente na França, onde nascem na universidade e depois vão para a rua, espalhando-se pelo mundo –, passam a exigir a adequação do sistema educacional aos novos valores vigentes e ainda hoje em fase de consolidação.

Esse movimento de ruptura destacado no decorrer do séc. XX, diante dos diversos problemas e contradições evidenciados já em sua primeira metade, será marcado pelo retorno da “incerteza”. Esta não era mais aceita como algo inerente ao cosmo, à sociedade e ao padrão comportamental (a não ser como ponto inicial para desenvolvimento de abordagem científica), visto que a modernidade se assentara na plena confiança do poder da razão, bem como no progresso tecnológico e prosperidade proporcionada desde então¹⁴.

Logo após a Segunda Guerra, identificam-se justamente questionamentos à racionalidade e cientificidade da modernidade, com a revelação, em detalhes, da máquina nazista de matar, traduzida em autêntico sistema fabril, na busca premeditada de domínio racial e higienização da sociedade. Disso resulta a sensação de desencanto com a modernidade, ainda mais diante do sobressalto causado pelo início da era da ameaça nuclear (Hiroshima-Nagasaki), fruto da aplicação

14 SAMPAIO, Juliana Mayara da Silva; BARBOSA, Rômulo de Souza. *Pós-modernidade, pluralismo jurídico e o desafio da crise ambiental*. Artigo submetido para avaliação na Disciplina Sociologia Jurídica. Mestrado em Direito Ambiental. Universidade Estadual do Amazonas, 2017, p. 15.

de todo conhecimento e aparato tecnológico disponível na feitura de uma poderosa máquina de matar¹⁵.

A ruptura da modernidade, não de forma linear e completada, mas como processo dinâmico em desenvolvimento é definido como “estado histórico transitivo”, marcado pelo desaparecimento das grandes marcas culturais distintivas da modernidade, não sendo mais aquele lugar de padrões estanques, sacralizados, universais, eternos e imutáveis. Com os novos ventos da pós-modernidade, abre-se caminho para éticas pulverizadas, toleráveis formas de saber e direito de ser diferente, nas quais o multifário tem maior prevalescência que qualquer unicidade ou qualquer determinismo educacional. Em lugar de uma ética centralista, individualista, burguesa, patriarcal, masculina, moralista, tem-se uma pluralidade de éticas emergentes, menos universalistas e mais regionalistas, respondendo à diversidade de pensamentos, ideias e crenças que emergem no panorama do discurso ético contemporâneo¹⁶.

Nos anos sessenta, as disparidades entre pessoas e grupos sociais diversos, para além da dicotomia burguesia-proletariado, passa a ser sentido no cotidiano social, muito mais complexo e sofisticado. Os acontecimentos de 1968 representam a manifestação de protagonismo da juventude de forma inédita na história, refutando aquela sociedade burguesa e sonhando com uma revolução que, partindo das universidades, ganharia toda a sociedade¹⁷.

No curso dessa transição pós-moderna, desde maio de 1968 em Paris, podemos perceber a influência das universidades para o direcionamento do mundo e vice-versa. Ao fim do século XX, a análise das condições sociais, dos contextos culturais, dos modelos organizacionais da investigação científica, antes acantonadas no campo separado e estanque da sociologia da ciência, passou a ocupar papel de relevo na reflexão epistemológica¹⁸.

Não se pode olvidar que o *status* alcançado pela ciência na modernidade produziu reflexos no ensino superior, com os

15 MORRINSON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 355.

16 BITTAR, Eduardo, C. B. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2009, p. 147-153.

17 BERSTEIN, Serge. A fantasia no Poder. *Revista Veja* (versão digital), São Paulo, edição n.2563, 2017. Acesso: 03. jan. 2018, p. 8.

18 SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 13. Ed. Edições Afrontamento, 2002, p. 30.

desenvolvimentos disciplinares das ciências, à luz da divisão do trabalho no modelo capitalista, seguindo o caminho da sobreespecialização, da compartimentação e do parcelamento do saber, que por consequência ocasionou a perda da capacidade de contextualizar os saberes e integrá-los no seu conjunto¹⁹.

Diante de um novo tempo que se inaugura (pós-industrial, pós-moderno, etc.), a universidade se descobre como uma instituição envelhecida e ainda incapaz de lidar com as inquietações da sociedade (dispersa, fragmentada, complexa), destronada do posto de exclusiva garantidora do saber universal²⁰.

Na sorte e no infortúnio, a universidade não está sozinha, ao tempo em que todo o sistema educacional passa a ser posto em xeque na pós-modernidade. Já na virada e início do século XXI, o cenário pedagógico sofre o abalo das biociências e da informática de ponta. A ascensão da sociedade do conhecimento, em que vigoram as organizações aprendentes (*learning organizations*), baseada na gestão e engenharia do conhecimento (*knowledge management* e *knowledge engineering*), verifica-se a multiplicidade de instâncias cognitivas e agentes cognitivos concorrendo com as universidades e escolas tradicionais. Maior destaque passa a ser dado para as experiências de aprendizagem (*learning experiences*) e não à manipulação de conhecimentos por ora disponíveis²¹.

Por outro lado, neste mundo multifacetado, a universidade necessita dialogar com novos atores, como organizações transnacionais e multilaterais, movimentos sociais, organizações não-governamentais, em contato, assim, com as novas bandeiras e aspirações, para se manter como instituição de prestígio, porquanto continua, a despeito de todas turbulências e mudanças aqui retratadas, sendo protagonista na avaliação do saber formal e da titulação daqueles que vão atuar na atual sociedade complexa, aplicando os saberes dentro do novo paradigma emergente da tolerância à diversidade de conhecimentos.

Sendo a universidade uma vetusta instituição com mais de oito séculos de existência, cabe indagação das razões para que não tenha havido contribuição decisiva para as questões hoje postas (desigualdade social, crise ambiental, elitização do saber, entre outros). Além disso,

19 MORIN, Edgar, *op. cit.*, p. 15.

20 DERRIDA, Jacques. *O olho da universidade*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999, p. 98.

21 ASSMANN, Hugo, *op. cit.*, p. 12.

em aberto permanece a questão de como ela pode superar a relação de vinculação aos interesses das classes dominantes.

Tais inquietações podem começar a ser compreendidas por intermédio do fio condutor dos valores, enquanto pilastras universais dessa nova sociedade contemporânea. Conforme já mencionado, a ideia do saber ao longo do tempo não apenas se fragmentou, mas se tornou segmentalizado, tornando-se aquilo que se coloca como fator determinante e superior voltado para resolução de problemas.

Entretanto, o caminho do distanciamento pôs a nu, na sociedade hodierna, a questão da desigualdade e daqueles que hoje cobram o que consideram ter direito, por manifestações e ações que abalam a estrutura social pós-colonialista. O valor predominante do saber formal e institucionalizado é um dos grandes responsáveis por essa problemática, no caso do ocidente, quando colocado a serviço dos interesses de uma sociedade hiperconsumista, individualista e superexploratória dos recursos naturais disponíveis²².

Porém, o saber, como valor de uso, restou substituído simplesmente como valor instrumental de troca. Ou seja, como se fosse um engenho institucionalizado pela mão do grande capital, cujo único compromisso é consigo mesmo, ou seja, com a manutenção de suas engrenagens. O conhecimento, menos uma questão de prestígio e mais como elemento formador do capital humano, assim entendido como qualificação individual a incrementar a capacidade de se integrar ao processo de produção de bens e serviços demandados, ajuda a entender as fortíssimas desigualdades de salário (ou ausência dele) verificadas em nosso tempo²³.

Na condição de instrumento, as universidades prepararam especialistas para o mercado, por vezes sem a correspondente demanda, formando um injustificável excedente de mão-de-obra. De outra banda, muitos ainda não têm acesso ao ensino formal relacionado com o mundo do trabalho, como no caso dos indígenas no Brasil, a não ser quando esse ensino superior (transformado em mercadoria) se apresenta como miríade de ascensão social em programas especiais, por intermédio de bolsas, cotas, reservas de vagas e pelos mais diversos critérios inclusivos ao redor do mundo.

22 BAUDRILLARD, Jean. *Palavras de ordem*. Porto: Campo das Letras, 2000, p. 16.

23 PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 78.

Para além de formadora de mão-de-obra capacitada, a universidade precisa se estabelecer contemporaneamente como ambiência primaz de preparação do espírito crítico, a enriquecer a identidade dos indivíduos - nas suas mais diversificadas matizes -, mas sempre comprometida com a supressão das desigualdades humanas, estabelecendo-se o ensino superior em capital intelectual acessível a todos, independentemente das condições sociais, de gênero, credo, raça ou de localidade.

Espera-se dessa nova configuração de universidade um abruço movimento que a faça se inclinar para o atendimento das demandas de todos os povos, indistintamente, com respeito ao modo de vida diferenciado e às suas necessidades culturais, em linha de consideração ainda com línguas nativas, crenças e tradições disformes com grande maioria da sociedade colonizada e envolvente. E modelos recentes dessa empreitada do saber surgiram em território Amazônico, justamente nos redutos que resistem à imposição dos valores defendidos pelo capital, cultuados pelo mercado e assentados numa lógica eminentemente individualista, mais especificamente entre seus povos originários e como veremos a seguir.

4 Experiência do Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena em Roraima

Antes mesmo de descrevermos e analisarmos o estudo de caso em questão, importa já neste descortinar contextualizarmos o ambiente geográfico e social em que o noticiado Instituto restou concebido e vem funcionando, em que pese todas as dificuldades de ordem administrativa, como examinaremos com mais vagar ao final deste item.

Não sem razão que esse peculiar Instituto de Formação Superior Indígena se ergueu no território de Roraima, Estado da nossa Região Amazônica e mais ao norte do Brasil. Inobstante essa condição geopolítica, Roraima indiscutivelmente se credencia como um imenso laboratório social justamente porque apresenta o maior (e oficial) índice de participação indígena na sua composição populacional, sendo que 6,1% dos pesquisados se declararam espontaneamente ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) como amarelos ou índios, numa população que se estimava em 2010 de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes²⁴.

24 A síntese dos indicadores sociais para 2010 do IBGE apontou ainda em Roraima

Acontece que números igualmente oficiais disponibilizados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e verificados *in locu* pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) indicam que em Roraima deve haver algo próximo de 60.000 (sessenta mil) índios atualmente, ou seja, 12% da população estimada para o mesmo Estado e percentual duas vezes maior do que aquele divulgado pelo IBGE no ano de 2010, distribuída entre as 11 (onze) etnias diferentes e ocupando legalmente as 33 (trinta e três) terras indígenas já reconhecidas, a ocuparem 46,2% (quarenta e seis vírgula dois por cento) de todo o território estadual, se colocando como a segunda Unidade Federada da Região Norte com o maior número linear de indígenas do Brasil²⁵.

A explicação corrente para tal distorção fica na conta do preconceito generalizado e a vergonha de se declarar índio no Brasil. Mas não resta dúvida que proporcionalmente Roraima é o estado mais indígena do país, sob qualquer índice que se eleja e com base em qualquer pesquisa que se faça, pois basta circular somente em Boa Vista para se perceber a grande ascendência indígena na formação da sua população²⁶.

Então, não pode e nem deve essa unidade da federação negar sua natureza multiétnica e intercultural, muito menos fugir das suas reais características, porquanto os primeiros registros levados a efeito inclusive pelo Governo Brasileiro sempre fizeram referência ao grande número de indígenas que ocupam todo o Vale do Rio Branco²⁷, região

que 19,9% se declararam brancos, 7,5% pretos e 68,8% pardos, sendo que grande parte desse último grupo descende das etnias indígenas do Estado (IANNARELLI, Thaís. *Guia mundial de estatísticas*. São Paulo: On Line, 2012, p. 48).

25 IBGE – Diretoria de Pesquisas. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 18-20.

26 Boa Vista, Capital do Estado de Roraima, apresenta porcentagem muito alta de índios, talvez a maior do Brasil, aquilatável empiricamente com mero passeio pelas suas ruas para estar constantemente cruzando com “caboclos”, como são chamadas de forma imprópria e depreciativa as pessoas de ascendência pré-colombiana (FERRI, Patrícia. *Achados ou perdidos? A imigração indígena em Boa Vista*. 2. ed. Goiânia: MLAL, 2009, p. 03).

27 O Vale do Rio Branco se confunde com a extensa região que margeia rio do mesmo nome, forma pela confluência do Rio Uraricoera, que desce as encostas da Serra de Pacaraima em sentido sudeste até encontrar com o Rio Tacutu, percorrendo a partir daí mais de 800 quilômetros no sentido norte-sul, até desaguar na margem esquerda do Rio Negro. O Rio Branco foi descrito historicamente como a única via de acesso e o grande responsável pelo desenvolvimento econômico do extremo norte do Brasil (VIEIRA, Jaci Guilherme. *Missionários, fazendeiros e índios em Roraima: a disputa pela terra*. Boa Vista: UFRR, 2007, pgs. 23-24).

ora abrangida pelo Estado de Roraima e historicamente comprovada em projetos de pesquisa de variadas especialidades²⁸.

É nesse ambiente territorial que se destaca o Instituto Insikiran de Formação Superior Indígena, concebido no âmbito da Universidade Federal de Roraima (UFRR) que se notabilizou como a primeira Instituição Federal de Ensino Superior a criar uma unidade acadêmica específica com cursos de graduação para atender a formação universitária de indígenas brasileiros. No ano de 2001 ela concebe o Núcleo Insikiran de Formação Superior Indígena (Resolução nº 015/2001- CUni), sendo mais tarde transformado em Instituto Insikiran (Resolução nº 009/2009-CUni), que vem se caracterizando pela atuação político-pedagógica de formação profissional dos indígenas, de modo específico, diferenciado e intercultural²⁹.

Por respeito à cosmologia dos povos indígenas dos troncos lingüístico Karib e Aruák, justamente de onde descende grande parte dos índios de Roraima, escolheram os seus próprios representantes o mito Insikiran para dar nome ao respectivo Instituto, em razão de que se trata de uma entidade mágico-religiosa que vive no cume do Monte Roraima, situado na tríplice fronteira entre Brasil, Venezuela e Guiana (CARVALHO, 2015).

E a iniciativa da criação desse inédito Instituto partiu dos próprios indígenas em Roraima quando, no mesmo ano de 2001, entregaram à Administração Superior da UFRR a Carta do Canaunim, deliberada durante a Assembléia Geral da Organização dos Professores

28 Farta documentação produzida na época da colonização e que trata especificamente da ocupação do atual território de Roraima restou espiciçada nos trabalhos acadêmicos de Nádia Farage (*As muralhas dos sertões – os povos indígenas no Rio Branco e a colonização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991) e Paulo Santilli (*As fronteiras da República: história política entre os Macuxi no Vale do Rio Branco*. São Paulo: NHII/USP; FAPESP, 1994; e *Pemongon patá: território Macuxi, rotas de conflito*. São Paulo: UNESP, 2001), confirmada ainda no início do século XX pelos relatos de viagem de Koch-Grunberg (KOCH-GRUNBERG, Theodor. *Do Roraima ao Orinoco*. Vol. 1. Tradução de Cristina Albets-Franco. São Paulo: UNESP, 2006) que ajudam a provar com riqueza de detalhes a densidade populacional indígena da região.

29 Atualmente são ofertados pelo Insikiran os cursos de Licenciatura Intercultural, Bacharelado em Gestão Territorial Indígena e Bacharelado em Gestão em Saúde Coletiva Indígena, podendo concorrer a eles e por intermédio de exame vestibular, somente candidatos indígenas (FREITAS, Marcos Antonio B.; TORRES, Iraildes Caldas. Os filhos de Insikiran: da maloca à universidade. Anais do 41º Encontro Anual da ANPOCS, Caxambu/MG, 23 a 27 out. 2017, p. 21-22).

Indígenas de Roraima (OPIRR) e por intermédio da qual conseguiram assegurar o compromisso social e político daquela Instituição de Ensino Superior com a luta dos indígenas na região³⁰.

Atualmente regulamentado pela Resolução nº 009/2009-CUni da UFRR³¹, realmente o Insikiran tem se destacado em território Amazônico por liderar um movimento que repensa o Ensino Superior em tempos de pós modernidade, na forma crítica que antes expusemos e de modo específico, diferenciado e intercultural (art. 4º, Resolução nº 009/2009-CUni), razão pela qual nos limitaremos aos seus aspectos normativos que, na verdade, imaginamos suficiente para comprovar o seu protagonismo neste novo cenário de afirmação.

Logo no “Capítulo Dos Princípios”, é diretriz obrigatória que o Insikiran deve se pautar pela valorização dos saberes indígenas no processo de construção de conhecimento; participar na implementação da educação superior indígena em diálogo com as comunidades e organizações indígenas de Roraima; construir conhecimento para subsidiar a formulação de políticas públicas em atenção aos povos indígenas e a sociedade em geral; defender os direitos dos indígenas e; articular a teoria e a prática na formação e atuação dos alunos indígenas.

Sem adentrar na discussão teórica e jurídica de que princípio se confunde com valor³²; ou que princípio não é valor, mas enquanto espécie normativa tem sua razão de existir sobre valores, trazendo uma carga de proteção que se dirige à manutenção e preservação dos mais relevantes valores eleitos por determinado segmento social³³, certo é que o Insikiran nasceu vocacionado para atender exclusivamente os interesses, cultura e valores dos povos indígenas em Roraima, que não

30 A Terra Indígena do Canuanim fica no Município do Cantá, Estado de Roraima, e onde se realizou Assembléia Geral dos Professores Indígenas a fim de discutir e estabelecer estratégias para que índios do Estado tivessem acesso direto às Instituições de Ensino Superior. Depois de escrito o documento e distribuído a diversos agentes públicos ligados à educação, finalmente reconheceu o Conselho Nacional de Educação (CNE), por meio do Parecer 010/2002, esse direito aos povos indígenas e que deve ser atendido por todas as Instituições de Ensino Superior do Brasil (FREITAS; TORRES, *op. cit.*, pgs. 11-12).

31 Documento eletronicamente disponível no sítio <https://ufr.br/conselhos>. Acesso em: 5 jan. 2019.

32 REALE, Miguel, *op. cit.*, p. 62-66.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145-162.

necessariamente se alinham com os preceitos difundidos pelo mercado e nem mesmo com os valores cultuados pelo ocidente.

Enão se diga que o Insikiran se encaminha para o estabelecimento e/ou fomento de um movimento de secessão em relação às demais culturas nacionais, principalmente àquela majoritária e envolvente, pois decorre de um dos seus objetivos “propiciar meios para acesso a conhecimentos técnicos, científico, artísticos, humanísticos e culturais produzidos e acumulados pela humanidade”, indistintamente (art. 7º, inciso IX, Resolução nº 009/2009-CUni). Essa iniciativa de aliança com modos de conhecimento apresentados por outros povos encontra-se intimamente ligado com o comando normativo do art. 5º, inciso III, da Resolução nº 009/2009-CUni, na medida em que se tem por princípio “construir conhecimentos para subsidiar a formulação de políticas públicas”, também em grau de interação (e não separação) com os Órgãos Oficiais do Estado Brasileiro.

Na pretensão de se tornar mais um “foro interinstitucional para discussão”, o Insikiran “se articulará com as comunidades, organizações indígenas e a sociedade em geral”, com vistas e dentre outros objetivos, a “promover a discussão em torno de pesquisas – e da relevância destas – e atividades em geral, que envolvam os povos indígenas, para que estas tenham previamente o consentimento das organizações e comunidades, com o apoio do órgão indigenista oficial, de acordo com a legislação vigente” (art. 6º, inciso VI; c/c. art. 7º, inciso VII, da Resolução nº 009/2009-CUni).

Mas independentemente desse arcabouço normativo, a credenciar o Insikiran neste momento civilizatório como um instituto diferenciado de ensino que empodera a UFRR enquanto valor universal pós moderno, sua criação se apresenta mesmo como ruptura com a concepção de universidade antes descrita, porquanto centrada no paradigma da participação da comunidade acadêmica de maneira diversa daquela fundada na tríade docente/aluno/técnico administrativo.

No caso específico do Insikiran, restou garantida desde a sua concepção a efetiva participação das Organizações Indígenas de Roraima, mormente no âmbito do seu Conselho, destacadamente como o mais importante Órgão Deliberativo e como ficou definido no art. 13 da Resolução nº 009/2009-CUni, *verbis*:

O Conselho do Instituto compõe-se dos seguintes membros:

- I. Diretor do Instituto, seu Presidente;
- II. Coordenador de Gestão Administrativa;

- III. Coordenadores de Cursos de Graduação;
- IV. Coordenador de Extensão;
- V. Coordenador de Pós Graduação;
- VI. um representante docente de cada colegiado de curso de graduação do Instituto, pelos pares;
- VII. um representante do quadro técnico administrativo, indicado pelos pares;
- VIII. um representante discente de cada curso de graduação e de pós graduação, conforme a legislação;
- IX. um representante do Conselho Indígena de Roraima (CIR);
- X. um representante da Organização dos Professores Indígenas de Roraima (OPIRR);
- XI. um representante da Organização das Mulheres Indígenas de Roraima (OMIRR);
- XII. um representante da Associação dos Povos Indígenas de Roraima (APIRR);
- XIII. Administrador Executivo Regional da FUNAI em Boa Vista; e
- XIV. Chefe da Divisão de Educação Escolar Indígena da SECD-RR.

Compete ao mencionado Conselho, formado majoritariamente por representantes indígenas e dentre outras atribuições, definir todas as diretrizes do Insikiran; aprovar o Plano de Atividades de Gestão Administrativa e Logística; deliberar sobre a política de convênios e contratos de seu interesse; sugerir normas internas de funcionamento dos seus órgãos; e referendar os projetos pedagógicos, de pesquisa e de extensão a serem executados no âmbito do mesmo Instituto (art. 14, Resolução nº 009/2009-CUni).

Do ponto de vista político e antes mesmo da recepção interna da Convenção 169 da OIT pelo Brasil, a UFRR vinha exercitando e garantindo o princípio da autonomia universitária quando garantiu a participação daquelas Organizações Indígenas no comando do Insikiran, rompendo com as normas gerais e homogeneizantes que ainda vigem em nosso país³⁴.

Mas essa guinada no sistema de controle não passou despercebida internamente, uma vez que correntes contrárias dentro da própria UFRR a esse modelo de gestão compartilhada levantaram questionamentos quanto a participação das Organizações Indígenas principalmente na escolha dos dirigentes do Insikiran, ultimando que

34 FREITAS; TORRES, *op. cit.*, p. 18.

se processasse as eleições internas nos modos proporcionais e somente entre corpos docente, técnicos e estudantes, esvaziando-se totalmente a participação indígena³⁵.

Felizmente referida demanda não obteve êxito no bojo do Conselho Universitário, órgão máximo de questões administrativas da UFRR, após exaustivo e acalorado debate. E isso por conta de um parecer jurídico que entendeu legítima e constitucional a participação indígena no Insikiran, em face justamente da sua singularidade acadêmica e por tratar de direito desses povos originários no Brasil³⁶.

Vencidas essas dificuldades internas e chegando o Insikiran próximo da sua maioria (pois completa agora 18 anos de existência), podemos resumir o seu período de maturação em três grandes fases, a saber: (i) momento de criação e implementação da proposta política, pedagógica e institucional; (ii) consolidação mediante contratação de professores para atuarem na Licenciatura Intercultural, bem como construção de sede própria, em 2006, com cerca de 250 m².; e (iii) expansão, com a construção e expansão de novos blocos, com mais oito salas de aulas e cinco salas para professores, totalizando hoje mais de 600 m² de instalações próprias, além da criação do terceiro curso específico na área de gestão da saúde indígena³⁷.

Essa noticiada experiência de sucesso em território Amazônico nos faz acreditar no poder de resiliência das instituições universitárias em períodos de transformação social, como aquele que vivemos hodiernamente e a firmar elas como valor ocidental indispensável na aproximação entre as mais diversas e diferenciadas civilizações humanas.

5 Conclusão

As discussões sobre o papel da universidade e o valor do ensino superior em um mundo que exige muito mais qualificação para ingresso no mercado de trabalho; capacidade de análise, sopesamento de dados e, acima de tudo, pensamento crítico para enfrentamento das turbulências e incertezas vividas do século XXI, em pleno desenrolar da pós-modernidade, apresenta-se como uma das pautas de discussão mais relevantes nesta quadra da história.

35 FREITAS; TORRES, *op. cit.*, p. 19.

36 FREITAS; TORRES, *op. cit.*, p. 19.

37 FREITAS, *op. cit.*, p. 23.

Apesar das tecnologias vigentes e das múltiplas instituições que lidam com o saber nesta sociedade do conhecimento, seria inútil pensar que a universidade já cumprira sua tarefa e não mais teria relevante papel. Ela continua sendo espaço privilegiado para pensar a crise do mundo atual e apontar caminhos, a fim de que possamos nos situar rumo ao futuro.

Por isso, inequivocamente, essa milenar instituição encerra valor que jamais poderá ser apenas de troca ou de uso, por transcender ambas, e servir ainda de apoio para alimentar as utopias tão necessárias ao espírito da humanidade e seu requacionamento coletivo.

Dispensar o valor da universidade, nesse momento, equivaleria a voltarmos ao pântano enganoso dos misticismos e discursos falaciosos, que já nos levaram a tentar simplificar a complexidade do mundo. De outro lado, a universidade não pode ser um castelo inacessível, mas sim espaço generoso de reflexão, ao tempo em que deve se mostrar aberta para acolher os que têm sede de saber, nas suas mais diversificadas raízes étnicas.

No Brasil, muitos ainda permaneceram à sua margem, como foi o caso dos povos indígenas, à deriva inclusive da nossa própria história. O desafio que se coloca para o futuro é a universalização do ensino superior para o maior número possível de pessoas, indistintamente e a infundir neles competências funcionais para ajudar a resolver os problemas criados pelos vários segmentos sociais da humanidade, ainda que em desacordo com a lógica capitalista e fora dos parâmetros fixados pelo mercado.

Enfim, ainda não criamos instituição mais sólida e confiável, embora não perfeita, que tenha dado conta de corresponder às exigências deste tempo histórico, se revelando o nosso estudo de caso em território Amazônico como um alento para tal momento de transformação social, na linha da interação respeitosa que deve pautar todo e qualquer movimento de aproximação civilizatória.

6 Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSMANN, Hugo. A metamorfose do aprender na sociedade da informação. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, 2000, p. 07-15.

- BAUDRILLARD, Jean. *Palavras de ordem*. Porto: Campo das Letras, 2000.
- BITTAR, Eduardo, C. B. *O direito na pós-modernidade*. 2. ed. Rio de Janeiro, 2009.
- BERSTEIN, Serge. A fantasia no poder. *Revista Veja* (versão digital), São Paulo, n. 2563, 2017. Acesso: 3. jan. 2018.
- CARVALHO, Fábio de Almeida. *Makunaima/Macunaíma: contribuições para o estudo de um herói transcultural*. Rio de Janeiro: E-papers, 2015.
- DERRIDA, Jacques. *O olho da universidade*. São Paulo: Estação Liberdade, 1999.
- FARAGE, Nádia. *As muralhas dos sertões: os povos indígenas no Rio Branco e a colonização*. Rio de Janeiro: Paz e Terra; ANPOCS, 1991.
- FERRI, Patrícia. *Achados ou perdidos? A imigração indígena em Boa Vista*. 2. ed. Goiânia: MLAL, 2009.
- FRANCO Jr., Hilário. *A idade média: nascimento do ocidente*. 2. Ed. São Paulo: Brasiliense, 2001.
- FREITAS, Marcos Antonio B. O Instituto Insikiran da Universidade Federal de Roraima: trajetória das políticas para a educação superior indígena. *Revista Estudos RBDEP*, Brasília, v. 92, n. 232, p. 599-615, set./dez. 2011.
- FREITAS, Marcos Antonio B.; TORRES, Iraildes Caldas. Os filhos de Insikiran: da maloca à universidade. *Anais do 41º Encontro Anual da ANPOCS*, Caxambu/MG, 23 a 27 out. 2017.
- IANNARELLI, Thaís. *Guia mundial de estatísticas*. São Paulo: On Line, 2012.
- IBGE – Diretoria de Pesquisas. *Os indígenas no Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.
- KOCH-GRUNBERG, Theodor. *Do Roraima ao Orinoco*. Tradução de Cristina Albets-Franco. São Paulo: UNESP, 2006. Vol. 1.

MORIN, Edgar. *Reformar o pensamento: a cabeça bem feita*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

MORIN, Edgar; LE MOIGNE, Jean-Louis. *A inteligência da complexidade*. São Paulo: Petrópolis, 2000.

MORRINSON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOTA, Carlos G. *Educação, contraideologia e cultura: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Globo, 2011.

OLIVEIRA, Terezinha. Origem e memória das universidades medievais. *Revista Varia História*, Belo Horizonte, v. 23, n. 37, p. 113-129, jan./jun., 2007.

PIKETTY, Thomas. *A economia da desigualdade*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. Saraiva: São Paulo, 1996.

SAMPAIO, Juliana Mayara da Silva; BARBOSA, Rômulo de Souza. *Pós-modernidade, pluralismo jurídico e o desafio da crise ambiental*. Artigo submetido para avaliação na Disciplina Sociologia Jurídica. Mestrado em Direito Ambiental. Universidade Estadual do Amazonas, 2017.

SANTILLI, Paulo. *As fronteiras da República: história política entre os Macuxi no Vale do Rio Branco*. São Paulo: NHII/USP; FAPESP, 1994.

SANTILLI, Paulo. *Pemongon patá: território Macuxi, rotas de conflito*. São Paulo: UNESP, 2001.

SANTOS, Boaventura de. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Edições Afrontamento, 2002.

SILVA, André Luiz Reis da. *A nova ordem europeia no séc. XIX: os efeitos da dupla revolução na história contemporânea*. 2010. Acesso em: 05 jan. 2019.

STIGAR, Robson. *Secularização e ensino religioso na pós-modernidade*. Acesso em: 05 jan.2019.

TRINDADE, Héglio. *Universidade em perspectiva: sociedade, conhecimento e saber*. Disponível: <http://www.josenorberto.com.br>. Acesso em: 05 jan.2019.

VIEIRA, Jaci Guilherme. *Missionários, fazendeiros e índios em Roraima: a disputa pela terra*. Boa Vista: UFRR, 2007.

DECRESCIMENTO E O BEM-VIVER: ENSAIOS SOBRE A PERSPECTIVA DE UM HORIZONTE SUSTENTÁVEL

DEGROWTH AND THE WELFARE: TESTS ON THE PERSPECTIVE OF SUSTAINABLE HORIZON

Gustavo Silveira Borges^I 

Rafael Leandro^{II} 

^I Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos e Sociedade da UNESC, Criciúma, SC, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: gustavoborgesadvocacia@gmail.com

^{II} Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Criciúma, SC, Brasil. Mestrando em Direito pela UNESC. E-mail: rafah21@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2961>

Recebido em: 01.02.2019

Aceito em: 28.03.2019

Resumo: O presente artigo analisa a teoria do decrescimento e a cultura andina acerca do bem-viver como instrumento de garantia de um horizonte sustentável. Por haver divergências nos relatórios ambientais e doutrina acerca do desenvolvimento sustentável e a sua eficácia, o decrescimento ganha notoriedade por apresentar um modelo de alteração radical de sociedade no que concerne as suas prioridades, controvvertendo índices de crescimento, como o Produto Interno Bruto (PIB), e sugerindo outros para medição de sua satisfação. No mesmo caminho, quebrando paradigmas coloniais de produção e consumo, Equador e Bolívia passaram a proteger o meio ambiente como sujeito de direito a fim de garantir o bem-viver (ou *sumak kawsay*) da atual e futura geração. A pesquisa demonstra como tais conceitos comunicam-se a fim de fornecer perspectiva a um meio-ambiente realmente sustentável.

Abstract: This article analyzes the theory of decay and the Andean culture on welfare as an instrument to guarantee a sustainable horizon. Because there are divergences in environmental reports and doctrine about sustainable development and its effectiveness, the decline is notorious for presenting a model of radical change of society in regard to its priorities, controversial growth rates such as the Gross Domestic Product (GDP), and suggesting others to measure their satisfaction. In the same way, breaking colonial paradigms of production and consumption, Ecuador and Bolivia began to protect the environment as a subject of law in order to guarantee the well-being (or *sumak kawsay*) of the current and future generation. Research demonstrates how such concepts communicate in order to provide perspective to a truly sustainable environment.



Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente. Sumak Kawsay. **Keywords:** Environment. Sumak Kawsay. Sustainable development.

Sumário: Introdução. 1 Desenvolvimento sustentável e decrescimento: conceitos e desafios. 1.1 Desenvolvimento econômico e os desafios da sustentabilidade ambiental. 1.2 O decrescimento como projeto de sociedade. 2 O bem viver como medida de satisfação. 2.1 O Produto Interno Bruto é suficiente para medir o desenvolvimento de uma sociedade? 2.2 O direito de viver num ambiente são e ecologicamente equilibrado – Sumak Kawsay – Os exemplos das constituições do Equador e Bolívia. Conclusão. Referências.

Introdução

A expectativa pelo crescimento, especialmente, econômico é presenciado por toda a humanidade, que por meio de critérios métricos traça os seus objetivos a curto e longo prazo. Trata-se de uma corrida do Sul em busca do nível de evolução do Norte, assim como uma corrida do Norte em busca da quebra de seus próprios precedentes. Contudo, tal progresso se dá ao custo de recursos naturais que já não são mais suficientes para atender todas as demandas que são impostas ao Planeta Terra, como delineado no relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNMAD) de 1987¹, ratificado após trinta anos pela atualização do estudo e confirmação de previsões anteriormente realizadas, como o crescimento da população mundial e a economia material em confronto direto com a humanidade e os recursos naturais². Nesse sentido, Shrivastava admite que a imensurável riqueza e prosperidade dos últimos 200 anos se deu em razão do desenvolvimento industrial. Todavia, os impactos não intencionais ao sistema ecológico tornam-se problemas a serem sopesados.³

Desde 1972, marcado pela Conferência de Estocolmo⁴, muitos avisos foram apresentados pela comunidade científica para a

- 1 NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 24-26.
- 2 MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007, p. 2
- 3 SHRIVASTAVA, P. The role of corporations in achieving ecological sustainability. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 4, p. 936-960, 1995. p.940.
- 4 UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on the human environment*. Stockholm, jun., 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

comunidade governamental, indicando a finitude dos recursos naturais tanto no sentido da extração como absorção dos rejeitos gerados pela produção e consumo, estimulado pela publicidade como meio de vida a ser buscado pela sociedade pós-moderna.

Neste contexto, o tópico desenvolvimento sustentável passou a ser defendido como trajetória de fuga para o destino traçado pela ganância humana⁵. Sachs⁶ ensina que o pensar ecológico conduz à ampliação do horizonte de pensamento, pois enquanto a economia está habituada a raciocinar em termos de anos, no máximo em décadas, “a escalada de tempo da ecologia se amplia para séculos e milênios”. Daí advém o conceito de desenvolvimento sustentável: “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”, conforme explicitado no Relatório Brundtland⁷. Porém, com o passar das décadas, o ecossistema sustentável parece distante da realidade, e a própria natureza do objetivo parece ter se perdido, sendo aproveitada a sustentabilidade como nicho de mercado para o contínuo desenvolvimento, o econômico.

A pesquisa mostra-se relevante, pois os alertas ambientais mais atuais, como o *The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*⁸, que em 2018 apresentou relatório científico especial no qual demonstra que o aquecimento global de 1,5 °C é mais seguro que os anteriores 2 °C fixados pelo acordo de Paris⁹, indicam a necessária resposta enérgica das nações, com o fito de garantir um sistema

5 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 45

6 SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Tradução de José Lins Albuquerque Filho. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 49

7 NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

8 Órgão das Nações Unidas para avaliar a ciência relacionada à mudança climática. IPCC, The Intergovernmental Panel on Climate Change. *Global Warming of 1.5 °C*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

9 O acordo, assinado em dezembro de 2015 durante a cúpula da ONU sobre mudanças climáticas, COP 21, prevê que os países devem trabalhar para que o aquecimento fique muito abaixo de 2°C, buscando limitá-lo a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais. (ONU, Organização das Nações Unidas. *Convenção Quadro sobre mudança do clima*. Tradução: Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019).

sustentável, não apenas na seara econômica e não apenas por meio de discursos e relatórios de conferências.

Assim, ganha força a partir de 2008 o movimento do decrescimento, inicialmente centralizado na Europa, que passou a defender de forma mais contundente o decrescer econômico, com matizes desenvolvidas no cenário de um mundo enlouquecido pelo consumo, pela propaganda, pela competição e pelo cheque especial ambiental, conforme ensina Latouche¹⁰. O decrescimento seria um projeto alternativo para o mundo do Pós-desenvolvimento, no qual as prioridades da sociedade seriam alteradas no seio de sua cultura.

Uma dessas prioridades seria a medição do bem-estar do cidadão, pois o Produto Interno Bruto (PIB), como índice eminentemente econômico, não é capaz de demonstrar o desenvolvimento dos níveis de saúde, educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras. Nesse sentido, Sen¹¹ argumenta que o desenvolvimento deveria ser voltado à liberdade, considerando que o ganho econômico oportunizaria aprimorar os serviços sociais, evitando, assim, um quadro de “opulência global”. Estas outras variáveis – algumas avaliadas no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) – refletem o que passou a ser conhecido como bem-viver, conceito que ganhou notoriedade a partir do momento que Equador e Bolívia, num esforço de descolonização de ideais europeus, traçam novos rumos no que se chama de Novo Constitucionalismo Latino Americano. Ambos os países passaram a prever em suas Constituições um sistema ecocêntrico, no qual a natureza (ou *Pachamama*) passa a ser sujeito de direito central de uma vida harmônica, reconhecendo-a como fonte da vida e dos recursos para sua manutenção¹².

Portanto, esta pesquisa tem como objetivo demonstrar que as teorias do decrescimento e bem-viver podem oferecer uma perspectiva de horizonte sustentável. Para alcançar tal objetivo, dividiu-se o artigo em dois tópicos, com dois subtópicos em cada.

No primeiro, fala-se do decrescimento em pauta, a fim de abordar conceitos introdutórios acerca de desenvolvimento econômico

10 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. pp. 17-18.

11 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 17-18.

12 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 153.

e relacionar os desafios da sustentabilidade ambiental, assim como a teoria do decrescimento com uso da teoria de base do economista Serge Latouche.

No segundo tópico, busca-se analisar o bem-viver como medida de satisfação, por meio de uma análise entre suficiência do índice PIB como ferramenta para indicar o desenvolvimento de uma sociedade e a filosofia andina do bem-viver como garantia de viver num meio ambiente são e ecologicamente equilibrado.

Busca-se, ao final, responder se podem as teorias do decrescimento e bem viver oferecer uma perspectiva de horizonte sustentável.

Quanto à metodologia empregada, a análise dos resultados está composta na base lógica indutiva, enquanto que as técnicas de pesquisa foram bibliográfica e documental.

1 Desenvolvimento sustentável e decrescimento: conceitos e desafios

1.1 Desenvolvimento econômico e os desafios da sustentabilidade ambiental

O pensamento mundial acerca da pauta ambiental tomou os primeiros contornos já na década de 1960. A ideia de que a finitude dos recursos naturais era visível ganhou atenção, haja vista se perceber a necessidade de proteção com o objetivo de garantir a sobrevivência da espécie humana e de um ambiente saudável para as próximas gerações¹³. Para isso, a pesquisa científica passou a ser aprofundada criando um novo campo de conhecimento que vem acompanhando o desdobramento desta discussão até os dias atuais¹⁴.

Em 1966, o artigo *A Ecologia e a escalada do impacto humano*, Dansereau concluiu que a produção industrial, classificada como impacto humano, gerou um embate de dimensão geológica¹⁵, sendo que

13 GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 13, 2016. p. 135.

14 WEBER, J. Gestão de recursos renováveis: fundamentos teóricos de um programa de pesquisas. In: VIEIRA, P.F.; WEBER, J. (Orgs.) *Gestão de recursos naturais e desenvolvimento: Novos desafios para a pesquisa ambiental*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 115-146.

15 VIEIRA, Paulo Freire; RIBEIRO, Maurício Andrés (Orgs.). *Ecologia humana, ética e educação: a mensagem de Pierre Dansereau*. Porto Alegre: Pallotti; Florianópolis: APED, 1999. p.135.

o autor já indicava o pressentimento de que a humanidade caminhava em direção ao antropoceno – compreendido como “o novo período na história natural na qual a espécie humana passaria a desempenhar um papel dominante”¹⁶.

A Conferência de Estocolmo, em 1972, marcou pela primeira vez o interesse oficial dos governos do planeta pelo meio ambiente¹⁷. Como explica Souza¹⁸, o ano é marcado pela elaboração do documento Os Limites do Crescimento, pelo *Massachusetts Institute Technology (MIT)*. Tal documento, também conhecido como Relatório Meadows, teve como coordenadora científica Donella H. Meadows, e foi encomendado pelo Clube de Roma¹⁹. A repercussão do seu conteúdo inspirou a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano e Desenvolvimento – conhecida Conferência de Estocolmo -, realizada entre os dias 05 e 16 de junho de 1972, na capital da Suécia, com a participação de 113 nações²⁰. Souza²¹ dilucida que durante a Conferência:

-
- 16 SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 26.
- 17 LATOUCHE, Serge. *O desafio do descrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006, p. 17.
- 18 SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 26-27.
- 19 Souza elucida que o Clube de Roma foi uma “organização informal criada em 1968, na *Accademia Nazionale dei Lincei*, em Roma, formada por 30 pessoas de dez países (entre eles, cientistas, educadores, economistas, industriais e funcionários públicos de nível nacional e internacional), liderada pelo industrial italiano Aurelio Peccei e pelo cientista escocês Alexander King, com a ambiciosa missão de atuar como catalisadora de mudanças globais, mediante análise e identificação de problemas cruciais da humanidade e a posterior divulgação dos resultados aos órgãos competentes e ao público em geral” (SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 211f. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 27).
- 20 UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. [S. l.]: UNEP, 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503>. Acesso em: 29 jan. 2019.
- 21 SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 27.

Foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com a assinatura de dois documentos importantes: a Declaração sobre o Ambiente Humano (em que se proclamou 26 princípios de comportamento e responsabilidade socioambiental) e o Plano de Ação (um chamado para a cooperação das nações, em prol de soluções para as atuais questões ambientais).

O Relatório Meadows alertava para o esgotamento dos recursos naturais e buscava propor um limite à fórmula de crescimento, porquanto a atual demonstrava que a biosfera não seria capaz de atender o acelerado desejo de progresso material. Já naquele ano, o *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) elencou as cinco maiores tendências de preocupação mundial: a aceleração da industrialização, o rápido crescimento populacional, a desnutrição disseminada, o esgotamento de recursos não renováveis e o ambiente em deterioração²².

O estudo estimou que em 30 anos a população mundial duplicaria²³ e as dificuldades para atender os seus anseios cresceriam, ante a expectativa de extrair do planeta os recursos que já não eram, propriamente, disponíveis:

Provavelmente tentaremos satisfazer estas exigências através da exploração excessiva do nosso ambiente natural, com isto reduzindo a capacidade do globo para manter a vida. Por isso, dos dois lados da equação homem-meio ambiente, a situação tenderá a piorar perigosamente. Não podemos esperar que as soluções tecnológicas por si sós nos tirem deste círculo vicioso. A estratégia para lidar com os dois problemas-chave, desenvolvimento e meio ambiente, deve ser concebida como sendo apenas uma²⁴.

Nesse contexto, estratégias ambientais passaram a ser projetadas e implementadas para “promover um desenvolvimento sócio-econômico

22 MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento* [1972]. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1978, p. 188.

23 Previsão esta que se confirmou, considerando que na década de 1970 a população era estimada em 3,62 bilhões, enquanto nos anos 2000 alcançou-se 6,45 bilhões de habitantes (ALVES, JED. O crescimento da população mundial até 2100, Ecodebate, RJ, 31/07/2015 (IHU, Instituto Humanitas Unisinos. *O impressionante crescimento da população humana através da história*. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/566517-o-impressionante-crescimento-da-populacao-humana-atraves-da-historia>. Acesso em: 27 jan. 2019). Além disso, as conclusões foram, igualmente, confirmadas pela atualização de 30 anos do Relatório Meadows. Para mais informações: MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

24 MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento* [1972]. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1978. p. 188.

equitativo, ou o *ecodesenvolvimento*, uma expressão que foi mais tarde rebatizada pelos pesquisadores anglo-saxões como *desenvolvimento sustentável*²⁵.

O conceito de ecodesenvolvimento, anterior, portanto, ao conhecido desenvolvimento sustentável, lançado por Maurice Strong²⁶ em junho de 1973, visava definir um estilo de desenvolvimento adaptado às áreas rurais do Terceiro Mundo “baseado na utilização criteriosa dos recursos locais, sem comprometer o esgotamento da natureza, pois nestes locais ainda havia a possibilidade de tais sociedades não se engajarem na ilusão do crescimento mimético”²⁷.

Sachs²⁸, na obra “*Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*” alertava que crescimento e modernização podem levar tanto ao mal desenvolvimento como ao desenvolvimento, “sendo o primeiro um resultado muito mais provável na ocorrência de um *processo impulsionado pelo mercado* e que dê ênfase a sistemas técnicos complexos”. E, por esta razão, um limite, chamado de teto do consumo material, deveria ser imposto, em busca de “gratificação em esferas não-materiais da nossa vida e desse modo enfatizando a dimensão cultural da natureza humana”, sob pena de a humanidade ser refém da corrida acelerada da aquisição de número cada vez maior de bens.

Por sua vez, rebatizada a expressão ecodesenvolvimento, o desenvolvimento sustentável ganhou notoriedade internacional a partir do relatório publicado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNMAD), do Programa da Organização das Nações Unidas - comissão então presidida pela Primeira-Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland²⁹. O relatório intitulado *Our Common Future* (publicado no Brasil com o título *Nosso Futuro Comum*) popularizou-

25 SACHS, Ignacy. Estratégias para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Ed. Brasiliense: 1993, p. 30.

26 Canadense, Subsecretário-Geral das Nações Unidas durante a Conferência de Estocolmo.

27 LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? *Proposta*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, pp. 1-5, fev., 1997, p. 3.

28 SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986, p. 23-24.

29 SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 151.

se como *Relatório Brundtland* e estabeleceu o conceito que se tornou mundialmente aceito: “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”³⁰.

O relatório *Nosso Futuro Comum* afirma que não se trata de uma previsão de “decadência, pobreza e dificuldades ambientais cada vez maiores num mundo cada vez mais poluído e com recursos cada vez menores”. Entende que se vislumbra uma “nova era de crescimento econômico, que tem de se apoiar em práticas que conservem e expandam a base de recursos ambientais”³¹.

Brundtland faz um apelo à ação ao argumentar que as próximas décadas seriam vitais e as estratégias passadas deveriam ser abandonadas, sob o risco de aumentar a instabilidade. Por isso, somente a mudança efetiva em busca de dar um rumo viável ao desenvolvimento futuro seria o caminho a ser percorrido. Contudo, admitia também que as barreiras eram maiores do que a capacidade dos processos decisórios e dos acordos internacionais. Mas o consenso que residia era que “a segurança, o bem-estar e a própria sobrevivência do planeta dependem dessas mudanças já”³².

Não diferente de outros termos criados no mundo científico, o conceito original de desenvolvimento sustentável sofre duras críticas, em razão da ênfase num maior crescimento econômico. Sachs³³ controversamente os tópicos “crescimento quantitativo” e “desenvolvimento qualitativo” do Relatório Brundtland, a partir da alegação de que se propõe um crescimento por meio de aumento da produtividade, com maior utilização de recursos materiais extraídos do meio ambiente, concomitante ao uso dos resultados desse crescimento para reduzir o volume de materiais processados pela economia, consertando o

30 NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 46.

31 NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 01.

32 NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 25.

33 SACHS, Ignacy. Estratégias para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Ed. Brasiliense: 1993, p. 35.

meio ambiente e redistribuindo a renda. Isso porque o crescimento quantitativo ilimitado da produção material não pode ser sustentado para sempre, “dada a finitude da espaçonave Terra”³⁴.

Quanto ao ponto, em razão de não ser o objetivo controverter os conceitos, o que é conteúdo amplo para um novo estudo a ser publicado, o conhecimento da controvérsia é suficiente para enquadrar na discussão da temática.

Sachs³⁵ vai mais longe e define que a sustentabilidade possui cinco dimensões a serem consideradas em todo planejamento de desenvolvimento. São elas: sustentabilidade social (equidade na distribuição de renda), sustentabilidade econômica (eficiência econômica não apenas por meio da rentabilidade empresarial de caráter microeconômico), sustentabilidade ecológica (limitar o consumo de combustíveis fósseis, reduzir o volume de resíduos e poluição, tecnologias de baixo teor de resíduos), sustentabilidade espacial (configuração rural-urbana mais equilibrada e melhor distribuição territorial) e sustentabilidade cultural (mudanças dentro da continuidade cultural e que traduzam o conceito de ecodesenvolvimento em um conjunto de soluções específicas para o local).

De forma mais contemporânea, Kerk e Manuel³⁶, a partir da definição do Relatório Brundtland, determinaram que uma sociedade sustentável é aquela em que cada ser humano pode desenvolver-se de

34 André Gorz, em seu livro *Ecologia e Liberdade*, explicita tal questão a partir do viés econômico ao afirmar que “somente um economista, Nicholas Georgescu-Roegen, teve o bom senso de dizer que, mesmo com crescimento zero, o consumo continuado de recursos escassos resultará inevitavelmente em seu esgotamento completo. A questão não é se abster de consumir cada vez mais, e sim consumir cada vez mesmo – não há outra maneira de conservarem as reservas disponíveis para as gerações futuras [...]. Hoje em dia, uma falta de realismo já não consiste na defesa de um maior bem-estar por meio do decrescimento e da sua subversão do estilo de vida predominante. A falta de realismo consiste em imaginar que o crescimento econômico ainda possa trazer aumento do bem-estar humano e, de fato, que ainda seja fisicamente possível” – GORZ, A. *Ecology as politics*. Montréal: Black Rosa Books, 1980. p. 13 (livre tradução).

35 SACHS, Ignacy. Estratégias para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Ed. Brasiliense: 1993, p. 37-38.

36 KERK, Guert Van; MANUEL, Arthur R. A comprehensive index for a sustainable society: The SSI – the Sustainable Society Index. *Ecological Economics*, v. 66, p. 228-242, jun., 2008, p. 230. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800908000438>. Acesso em: 24 jan. 2019.

uma maneira saudável, obtém educação adequada, vive em um ambiente limpo, numa sociedade equilibrada e segura, usa os recursos não renováveis de modo responsável, por forma a que as gerações futuras não fiquem de mãos vazias e contribua para um mundo sustentável³⁷.

Outros encontros internacionais com a temática ambiental ocorreram: a conferência Rio-92, também conhecida como a “Conferência da Esperança”, em Johannesburgo (2002), “Conferência da Indiferença”, e, por fim, em 2012, novamente no Rio de Janeiro, ocorreu a “Conferência do Medo”, no contexto da preocupação com a possibilidade da regressão ambiental³⁸.

Ocorre que, embora a preocupação com o meio ambiente tenha ganhado enfoque internacional, há indicadores que alertam para o previsível colapso ambiental. Recentemente, em 2018, o *The Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC)*³⁹ apresentou relatório científico especial, dividido em cinco capítulos, no qual demonstra que o aquecimento global de 1,5 °C é mais seguro que os anteriores 2 °C fixados pelo acordo de Paris⁴⁰, pois a adaptação será menos difícil e o nosso mundo sofrerá menos impactos negativos na intensidade e frequência de eventos extremos, em recursos, ecossistemas, biodiversidade, segurança alimentar, cidades, turismo e remoção de carbono⁴¹. Enquanto isso, os Estados Unidos da América, anunciou em 2017 a saída do Acordo de Paris sobre mudanças climáticas, colocando na contramão dos estudos científicos uma das nações com maior fatia

37 Na literalidade da obra, “a sustainable society is a society that meets the needs of the present generation, that does not compromise the ability of future generations to meet their own needs, in which each human being has the opportunity to develop itself in freedom, within a well-balanced society and in harmony with its surroundings”.

38 GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.13, 2016, p. 137.

39 IPCC, *The Intergovernmental Panel on Climate Change*. Global Warming of 1.5 °C. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

40 O acordo, assinado em dezembro de 2015 durante a cúpula da ONU sobre mudanças climáticas, COP 21, prevê que os países devem trabalhar para que o aquecimento fique muito abaixo de 2°C, buscando limitá-lo a 1,5°C em relação aos níveis pré-industriais. (ONU, Organização das Nações Unidas. *Convenção Quadro sobre mudança do clima*. Tradução: Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019).

41 IPCC, *The Intergovernmental Panel on Climate Change*. *Global Warming of 1.5 °C*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

na responsabilidade pelos danos ambientais no que toca à capacidade de produção material de bens de consumo⁴².

Evidencia-se que o diálogo entre desenvolvimento econômico e sustentabilidade é local comum de ruído, pois, embora os repetidos avisos científicos, as mudanças nas posturas da sociedade são pouco percebidas para o fim de garantir um futuro sustentável às próximas gerações.

1.2 O decrescimento como projeto de sociedade

Considerando que o simples discurso em prol de um desenvolvimento sustentável não apresentou os resultados esperados nas últimas décadas, mesmo após as seguidas confirmações dos alertas realizados na Conferência de Estocolmo de 1972, outra teoria, de aspecto mais radical ganha notoriedade. Fala-se do decrescimento.

O decrescimento apresentou a sua relevância a partir de 2008, quando então ocorreu a Primeira Conferência Internacional sobre o Decrescimento, em Paris (capital que ainda concentra avançados estudos sobre o tema), cujo termo foi lapidado pelo professor de economia da Universidade de Paris-Sud XI, Serge Latouche^{43,44}.

Os primeiros trabalhos acerca do tema remontam a década de 1960, por Ivan Illich e Cornelius Castoriadis, data correspondente aos alertas de estudiosos acerca das mudanças climáticas, conforme apresentado no item anterior. Latouche⁴⁵ alude que as falhas no desenvolvimento do Sul e a perda de valores do Norte puseram a sociedade de consumo em xeque. Na verdade, houve um misto entre tomada de consciência ecológica e crítica da técnica e do desenvolvimento.

42 MILMAN, Oliver; SMITH, David; CARRINGTON, Damian. Donald Trump confirms US will quit Paris climate agrément. *The Guardian*, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2017/jun/01/donald-trump-confirms-us-will-quit-paris-climate-deal>. Acesso em: 20 jan. 2019.

43 MARINHO, Lina Raquel de Oliveira. *Decrescimento e consequências humanas*: ouvindo as vozes da resistência. Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p. 37.

44 Nas Américas, o evento que culminou na propagação dos estudos relacionados ao decrescimento foi a primeira Conferência Internacional sobre o Decrescimento nas Américas, em 2012, realizada em Montreal e Quebec/Canadá (MARINHO, Lina Raquel de Oliveira. *Decrescimento e consequências humanas*: ouvindo as vozes da resistência. Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p. 35).

45 LATOUCHE, Serge. *La apuesta por el decrecimiento*: Cómo salir del imaginário dominante? Barcelona: Icaria Editorial, 2006, p. 12.

Comprovou-se nesse período a perceptível intuição de que existiam limites físicos ao crescimento econômico pretendido como ilimitado, especialmente num planeta com recursos finitos. Porém, na linha do tempo, podemos regressar um pouco mais. Marinho⁴⁶ alude que o britânico Malthus (1766-1834) foi um dos primeiros economistas daquele século a correlacionar “os termos de qualidade de vida e modo de produção da época aos limites da exploração de recursos finitos e para uma população em constante crescimento demográfico”. Por seu turno, o avanço técnico e científico foi necessário para produzir provas da intuição que se mostrou ao final verdadeira. De forma contemporânea, traga-se à baila o relatório “Limites do Crescimento” que, após 30 anos, atualiza os estudos apresentados na Conferência de Estocolmo, em 1972, com alertas ainda mais acentuados⁴⁷.

Latouche⁴⁸, ao delinear a teoria do decrescimento, argumenta que a sociedade de crescimento não é desejada por três razões: amplia a quantidade de desigualdades e injustiças, cria um bem-estar ilusório e cria para os ricos uma sociedade convencional dependente de uma anti-sociedade enferma por sua riqueza. O autor também explica que são três os ingredientes necessários para que a sociedade de consumo prossiga no seu ímpeto⁴⁹: “a publicidade, que cria o desejo de consumir; o crédito,

46 MARINHO, Lina Raquel de Oliveira. *Decrescimento e consequências humanas: ouvindo as vozes da resistência*. Rio de Janeiro: Gramma, 2014, p. 37.

47 “Consequentemente, estamos muito mais pessimistas sobre o futuro global do que estávamos em 1972. É um fato triste a humanidade ter desperdiçado amplamente os últimos 30 anos em debates fúteis e bem-intencionados, mas mornos, em resposta ao desafio ecológico global. Nós não disporemos de outros 30 anos de hesitações. Haverá necessidade de profundas mudanças para que o *overshoot* (expressão que significa exceder, ir longe demais, ultrapassar limites acidentalmente) em andamento não seja seguido por um colapso no século XXI” (MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007, p. 17.)

48 LATOUCHE, Serge. *O desafio do decrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006, p. 49.

49 Curioso diante do período de crise econômica que o Brasil vivenciou nos últimos cinco anos, Latouche chama a atenção para algo que presenciamos a pouco tempo: “quando há desaceleração ou parada do crescimento, vem a crise ou até o pânico. Reencontramos o ‘Acumulem! Acumulem! Pois essa é a lei dos profetas!’ do velho Marx. Tal necessidade faz do crescimento uma ‘camisa de força’”. (LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 17).

que fornece os meios; e a obsolescência acelerada e programada dos produtos, que renova a necessidade deles”⁵⁰.

Para que a matéria seja criada e consumida, o meio ambiente é o alvo de extração de matéria prima e local comum de despejo dos rejeitos do processamento humano. Georgescu-Roegen⁵¹ rememora que as economias marxistas juram, em nome do dogma de Marx, que tudo o que a natureza oferece ao homem não passa de um dogma gratuito. Entretanto, o autor também relembra que estudiosos anteriores a Marx já defendiam que o “trabalho é o pai e a natureza é a mãe de toda a riqueza”.

Buscar um conceito definido para o decrescimento é um desafio, porquanto o próprio autor problematiza a sua definição. Latouche, na verdade, defende que o decrescimento não é um conceito e que não se deve falar simplesmente em teoria do decrescimento, assim como economistas falam acerca do desenvolvimento. Assim explica o autor:

A palavra de ordem decrescimento tem assim, sobretudo, como objeto marcar fortemente o abandono do objetivo do crescimento pelo crescimento, objetivo esse cujo motor não é senão a procura do lucro pelos detentores do capital, e cujas consequências são desastrosas ao meio ambiente. Em último caso, conviria falar de “acrescimento”, como se fala de “a-teísmo”, em vez de “decrescimento”. Trata-se, muito precisamente, do abandono de uma fê ou de uma religião: a da economia, do crescimento, do progresso e do desenvolvimento.⁵²

O decrescimento seria, então, um estandarte onde aqueles que se opõem à máxima do desenvolvimento radical se colocariam em busca de um “projeto alternativo para uma política do pós-desenvolvimento”. Afinal de contas, não se mostra necessário que políticas fixem os limites do crescimento, pois a sua definição é dada pelo volume das reservas disponíveis de recursos naturais não renováveis e pela velocidade de regeneração da biosfera⁵³. Todavia, o quadro que se vê por meio de

50 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 17-18.

51 GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *O decrescimento: entropia, ecologia, economia*. Tradução: Maria José Perillo Isaac. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2012, p. 56.

52 LATOUCHE, Serge. *O desafio do decrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006, p. 13-14.

53 LATOUCHE, Serge. *O desafio do decrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006, p. 14.

números é que humanidade já consome quase 30% além da capacidade natural de regeneração⁵⁴. Seria, então, o momento de parar?

Flipo e Schneider⁵⁵ justificam que embora não exista um conceito unificado para o decrescimento, pode ser caracterizado por cinco diferentes fontes. A sustentabilidade ecossistêmica e bioeconomia estariam ligadas às questões ambientais, enquanto a cultura, democracia e crise industrial seriam campos autônomos.

Leff⁵⁶ argui que decrescimento é um paradigma da institucionalização social; não se trata somente de “ecologizar” a economia, de moderar o consumo ou implementar fontes alternativas e renováveis de energia em razão dos nichos de oportunidades econômicas. Todos esses fatores devem ser revertidos num movimento social, por meio da legitimação de outros princípios e valores não somente econômicos.

Na abordagem dos conceitos de decrescimento, o primeiro pensamento que surge à mente é a sua pretensa utopia. Latouche não esconde tal interpretação. Por isso, explica que o necessário é uma atitude mais radical de tudo que já foi feito. Afirma que o caminho a ser trilhado é de uma revolução cultural, pois todos os regimes modernos pregaram e pregam o produtivismo. Ao cabo, tal revolução culminaria na refundação do político⁵⁷.

Contudo, parece salutar a afirmação de Decrop⁵⁸ no caminho de que “sem a hipótese de que um outro mundo é possível, não há política, há apenas a gestão administrativa dos homens e das coisas”⁵⁹.

54 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 29.

55 FLIPO, F; SCHNEIDER, Francois. Economic De-Growth for Ecological Sustainability and Social Equity, p. 24-28, 2008, Paris. *Anais...* Paris, 2008. p. 14. Disponível em: <https://degrowth.org/wp-content/uploads/2011/07/Degrowth-Conference-Proceedings.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

56 LEFF, E. Decrecimiento o desconstrucción de economía: hacia un mundo sustentable. *Revista Universidad Bolivariana*, n. 21, pp. 81-90, 2008. pp. 87-89. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v7n21/art05.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

57 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 40.

58 DECROP, Geneviève. Redoner ses chances à l’utopie. *Entropia*, n.01, 2006. p. 01. Disponível em: <https://www.entropia-la-revue.org/spip.php?article109>. Acesso em: 24 jan. 2019.

59 No idioma original: “Sans l’espérance, sans l’hypothèse qu’un autre monde est possible, il n’y a pas de politique, il n’y a que la gestion administrative des hommes

Na mesma direção, Skidelski⁶⁰, argumenta que o próprio crescimento é utópico, haja vista ser insensato, desarrazoado e uma busca de um sonho enganoso.

Impossível em apenas um artigo aprofundar todas as variáveis de tamanho projeto. Contudo, de forma sucinta, Latouche, certamente em razão de sua formação econômica, propõe um círculo virtuoso do decrescimento sereno a partir oito “erres”: reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar⁶¹.

Reavaliar é definido pela mudança de valores. Uma mudança que objetiva o afastamento da “cultura pecuniária” para um laboratório de cidadania, com pessoas preocupadas com a verdade, detentores do senso de justiça, responsabilidade, dever de solidariedade, respeito à democracia e vida espiritual. Reconceituar impõe a redefinição de como aprender a realidade, de redefinir, por exemplo, conceitos de riqueza e pobreza, sobre os quais a economia acredita ser um dependente do outro. Por sua vez, reestruturar está relacionado com a profundidade da mudança sistêmica dos valores dominantes, direcionando à orientação para uma sociedade de decrescimento, deixando de lado o paradigma do capitalismo puro⁶². Redistribuir significa a divisão de riquezas e acesso ao patrimônio natural, tanto dos países do Norte como os do Sul, interiorizando em cada sociedade, classe, gerações e indivíduos. Relocalizar se relaciona à valorização da produção local, limitando os movimentos de mercadorias e de capitais ao indispensável, com tomada de decisões sobre economia, política e cultura interiorizada em cada localidade. Reduzir é um dos pontos de especial atenção para esfera ambiental, pois quer dizer diminuir o impacto sobre a biosfera no nosso *modus* de produzir e consumir, assim como diminuir o turismo em massa para reaprender a sabedoria dos tempos passados em desfrutar

et des choses”.

- 60 SKIDELSKY, R. *How much is enough? Money and the good life*. London: Penguin, 2012 apud D’ALISA, Giacomo; DEMARIA, Federico; KALLIS, Giorgos (Orgs.). *Decrescimento: vocabulário para um novo mundo*. Tradução: Roberto Cataldo Costa. 1.ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016, p. 152.
- 61 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 42.
- 62 Como exemplo, o autor cita a conversão das fábricas de automóveis em fábricas para fazer aparelhos de recuperação de energia por cogeração, pois tal alteração permitiria aumentar o rendimento energético de 40% para 94%, economizando o consumo de energia fóssil e emissão de CO₂ (LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 47).

a lentidão da descoberta do nosso território. Outra redução essencial é da carga de trabalho para desintoxicar o cidadão do “vício do trabalho” que alimenta o drama produtivista. Por fim, reutilizar e reciclar envolve o combate ao desperdício e da obsolescência programada e o dar utilidade ao que atualmente enxergamos como lixo, por meio de ações incentivadas das grandes corporações, que dominam a circulação de bens de consumo⁶³⁶⁴.

Interessante é que um dos “erres”, o realocar, demonstra haver uma relevância muito acentuada na doutrina. Isso porque Latouche propõe que o decrescimento seja um projeto local, por meio da inovação política e da autonomia econômica⁶⁵. Aquela seria, citando Murray Bookchin⁶⁶, uma sociedade ecológica de municipalidades, para reconquistar ou reinventar os *Commons* (bens comunais, bens comuns, espaço comunitário). O importante seria a elaboração de um projeto, ou uma estratégia coletiva, enraizada num determinado território como “lugar de vida em comum e que, portanto, deve ser preservado e cuidado para o bem de todos”⁶⁷. A autonomia econômica local, por seu termo, estaria inclusa neste projeto, com a finalidade de manter e desenvolver a atividade básica em cada região, sendo a agricultura e horticultura com observância ao respeito das estações, de preferência orgânica. Em números, a importância da autonomia é proteção dos empregos de vizinhança. Latouche rememora, a exemplo disso, que o INSEE (*Institut national de la statistique et des études économiques*) atesta que o surgimento dos hipermercados, no fim dos anos 1960, eliminou na França cerca de 17% das padarias (17.800), 84% das mercearias (73.800), 43% das vendas de objetos de metal (4.300). A raiz

63 Como exemplo, cite-se a Xerox®, que, já em 1990, criou um programa pensado já na esfera de produção de suas copiadoras, por meio de projetos que garantiam que a reunião das partes das máquinas pudessem ser recicladas de uma só vez após o término de seu uso, sendo que a própria empresa se encarrega de dar o destino ao material de forma definitiva (LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 55).

64 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 42-58.

65 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 58-59.

66 BOOKCHIN, Murray. *Pour un micicpalisme libertaine*. Lyon: Atelier de création libertaire, 2003 apud LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 59.

67 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 61.

da localidade com todo o seu tecido social simplesmente desaparece quando eventos dessa natureza são incutidos de forma cada vez mais comum nas menores comunidades⁶⁸.

Por essas razões, o método de medir o “crescimento” da sociedade é questionado. O Produto Interno Bruto (PIB) é tido como índice meramente econômico, pois demonstra apenas os reflexos financeiros de uma economia. Se o PIB de um país cai, a crise sobressai. Se o PIB aumenta, o modelo do país passa a se tornar a meta para outras nações em crise. Na verdade, parece ser o círculo virtuoso da corrida do Sul em busca do nível de desenvolvimento do Norte, em prejuízo de suas próprias características locais de organização e civilização⁶⁹.

O autor do ideal contemporâneo do decrescimento busca, portanto, que haja uma reavaliação dos valores do homem para que o sistema orgânico e sistêmico do meio social, econômico e ambiental seja equilibrado e a finitude dos recursos naturais, assim como a relevância de outras variáveis para medir o real crescimento de uma sociedade, sejam postos em pauta como prioridade, pois o que se faz é sobreviver à capacidade exaurida de nosso planeta, em busca do atingimento de metas que não demonstram sequer o bem estar da população.

2 O bem-viver como medida de satisfação

2.1 O Produto Interno Bruto (PIB) é suficiente para medir o desenvolvimento de uma sociedade?

Remontando ao trabalho de Simon Kuznets para a Agência Nacional de Pesquisas Econômicas dos Estados Unidos da América (NBER) na década de 1930, o Produto Interno Bruto (PIB) mede a soma total de bens, serviços e atividades produzidos dentro de uma área geográfica definida, em um determinado período de tempo (geralmente um ano)⁷⁰. Portanto, é uma medida da produção agregada em uma área

68 LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 66.

69 FEIJO, C. A., et al. Além do PIB: uma visão crítica sobre os avanços metodológicos na mensuração do desenvolvimento sócio econômico e o debate no Brasil contemporâneo. *Revista Estatística e Sociedade*. Porto Alegre, p. 42-56, n. 2, nov, 2012. p. 45 Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/estatisticaesociedade/article/view/36554/23652>. Acesso em 29 jan. 2019.

70 KUZNETS, Simon. Economic Growth and Income Inequality. *American Economic Review*, v. 45, p. 1-28. 1995. p. 9.

geográfica delimitada. Para Oliveira⁷¹, o problema é evidenciado a partir do momento que a utilização do PIB passou a ser interpretada como medida de felicidade ou bem-estar - como se comprova em editoriais econômicos que comparem o desempenho nacional, ou em relatórios de governos ou ONGs -, sendo que foi após o término da Segunda Guerra Mundial, que o PIB passou a desempenhar essa função de fita métrica para medir o progresso das nações, especialmente daquelas que estavam em fase de reconstrução, como a Alemanha.

O relatório do Índice de Progresso Social⁷² explica que ao medir as taxas de crescimento na Economia, está-se medindo a taxa anual proporcional de variação do PIB ou PIB *per capita* nas economias, e é quase universalmente aceito que o crescimento econômico é bom para a humanidade. Basta considerar a principal questão que assombra os economistas europeus nos dias de hoje: retomada do crescimento econômico para as muitas economias europeias estagnadas, já que se presume que, com o retorno do crescimento, tudo voltará a ficar bem. Assim também ocorre no Brasil, que sofre reflexos da expectativa do mercado frente ao resultado das eleições de 2018.

A Economia afirma que para caracterização do desenvolvimento econômico a existência de variação positiva de crescimento econômico, medido “*pelos indicadores de renda, renda per capita, PIB e PIB per capita, de redução dos níveis de pobreza, desemprego e desigualdade e melhoria dos níveis de saúde, nutrição, educação, moradia e transporte*”, deve ser avaliada ao longo do tempo⁷³.

A partir da década de 1960, o interesse pelo bem-estar do ser humano no ambiente passou também a ser objeto de preocupação⁷⁴. Em 1974, o economista Richard A. Easterlin sugeriu que bem-estar

71 OLIVEIRA, P. S. et al. Os Índices de Bem-Estar e Felicidade como Alternativas para a mensuração do desenvolvimento. In: COSTA, Rogério Santos da; GUERRA, José Baltazar Salgueirinho Osório de Andrade; DIAS, Taísa (Orgs.). *Debates Interdisciplinares VII*. Palhoça: Ed. Unisul, 2016. p. 63

72 STERN, Scott; WARES, Amy; ORZELL, Sarah. Índice de progresso social 2014: relatório metodológico. 2014. Disponível em: http://progressosocial.org.br.s3.amazonaws.com/descargas/METHODOLOGY_2014-Report_production_PORT.pdf. Acesso em: 29 já. 2019.

73 MILONE, Paulo César. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. In: MONTORO FILHO, André Franco et al. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 235

74 PHILIPPI JR., A. et al. Desenvolvimento sustentável, interdisciplinaridade e ciências ambientais. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v. 10, n. 121, p. 509-533, 2013. p. 510.

subjetivo poderia ser um indicador de felicidade, correlacionando o conceito de renda com felicidade.⁷⁵

Em 2006, surge o Índice do Planeta Feliz (IPF ou *Happy Planet Index*) que mede o bem-estar sustentável, analisando como as nações estão se saindo para alcançar vidas longas, felizes e sustentáveis. Interessante que a apresentação do relatório afirma que países ricos do Ocidente, vistos como padrões de sucesso, não são os melhores ranqueados. Em vez disso, países da América-Latina e a região da Ásia-Pacífico lideram o caminho, alcançando alta expectativa de vida e bem-estar com “pegadas” ecológicas muito menores⁷⁶. O índice, que analisa 140 países ranqueados, considera quatro variáveis para sua elaboração: o bem-estar, esperança de vida, desigualdade dos resultados e pegada ecológica⁷⁷. Interessante que um dos principais fundamentos para a sua existência é a vinculação do sistema tradicional ao PIB:

Uma causa dessas crises interligadas é a teimosa priorização do crescimento econômico como o objetivo central do governo, superando todos os outros objetivos. As pessoas votam em partidos políticos que percebem serem mais capazes de proporcionar uma economia forte, e os formuladores de políticas priorizam políticas que aumentam no PIB como resultado. Isso levou a uma visão de curto prazo, à deterioração das condições sociais e à paralisia frente às mudanças climáticas.

De fato, o crescimento do PIB por si só não significa uma vida melhor para todos, particularmente em países que já são ricos. Não reflete as desigualdades nas condições materiais entre as pessoas em um país. Não valoriza adequadamente as coisas que realmente importam para as pessoas, como relações sociais, saúde ou como elas gastam seu tempo livre. E, crucialmente,

75 OLIVEIRA, P. S. et al. Os Índices de Bem-Estar e Felicidade como Alternativas para a mensuração do desenvolvimento. In: COSTA, Rogério Santos da; GUERRA, José Baltazar Salgueirinho Osório de Andrade; DIAS, Taísa (Orgs.). *Debates Interdisciplinares VII*. Palhoça: Ed. Unisul, 2016. p. 63

76 A exemplo dos países latino americanos, o Brasil alcança a pontuação de 34,3 e ocupa o 23º lugar entre os 140 países analisados. O Equador conquistou 37 pontos e ocupa o 10º Lugar. A Bolívia, possui 23,3 pontos, o que lhe dá a 92ª posição. Por seu turno, os Estados Unidos da América pontuam 20,7 e alcançam somente a 108ª posição, possuindo a 4ª maior exploração ecológica. (A NEY ECONOMIC FOUNDATION. *Happy Planet Index*. London, 2016. Disponível em: <http://happyplanetindex.org>. Acesso em: 31 jan. 2018.)

77 A pegada ecológica é uma medida do número (global) de hectares de terras férteis necessárias para sustentar o nível de consumo do Estado ou região em questão.

um crescimento econômico cada vez maior é incompatível com os limites planetários que enfrentamos.⁷⁸

Nesse sentido, o IPF é uma medida de felicidade que, de uma forma ou de outra, leva em conta o custo ambiental ou a eficiência em alcançá-la. O IPF exclui o PIB de seu cálculo, mas, como é explicado no Índice de Progresso Social de 2014⁷⁹, igual a maioria dos outros índices, ele é prejudicado por ter uma cobertura muito parcial: sem dúvida, há mais fatores que contribuem para o bem-estar. Por essa razão, os autores do IPF reconhecem esse caráter parcial do índice e advertem que ele só deve ser utilizado para fins políticos em conjunto com outros índices que se complementam⁸⁰.

Oliveira⁸¹ aponta a existência de duas correntes de pensamento econômico sobre o tema. A primeira enquadra o crescimento como sinônimo de desenvolvimento, enquanto na segunda crescimento é condição indispensável para o desenvolvimento, mas não é condição suficiente.

Na primeira corrente estão os modelos de crescimento da tradição clássica e neoclássica, como os de Harrod e Domar. Já na segunda corrente estão os economistas de orientação crítica, formados na tradição marxista ou cepalina, que conceitua o crescimento como uma simples variação quantitativa do produto, enquanto desenvolvimento é caracterizado por mudanças qualitativas no modo de vida das pessoas, nas instituições e nas estruturas produtivas. São exemplos dessa última corrente os economistas Raul Prebisch e Celso Furtado. O desenvolvimento deve ser encarado como um processo complexo de mudanças e transformações de ordem econômica, política e, principalmente, humana e social. Desenvolvimento nada mais é que o crescimento – incrementos positivos no produto e na renda – transformado para satisfazer as mais diversificadas necessidades do ser humano, tais como: saúde,

78 A NEY ECONOMIC FOUNDATION. Happy Planet Index. London, 2016. Disponível em: <http://happyplanetindex.org>. Acesso em: 31 jan. 2018.

79 STERN, Scott; WARES, Amy; ORZELL, Sarah. *Índice de progresso social 2014: relatório metodológico*. 2014. Disponível em: http://progressosocial.org.br.s3.amazonaws.com/descargas/METHODOLOGY_2014-Report_production_PORT.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

80 STERN, Scott; WARES, Amy; ORZELL, Sarah. *Índice de progresso social 2014: relatório metodológico*. 2014. Disponível em: http://progressosocial.org.br.s3.amazonaws.com/descargas/METHODOLOGY_2014-Report_production_PORT.pdf. Acesso em: 29 jan. 2019.

81 SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 77.

educação, habitação, transporte, alimentação, lazer, dentre outras. A deficiência do modelo (termos gerais), RIO+20 e felicidade interna bruta (como exemplo)⁸²

Para Rattner⁸³ o Produto Interno Bruto (PIB) demonstra apenas um viés da realidade – aquela distorcida pelos economistas. A taxa do PIB ignora a crise da estrutura social, assim como a destruição do habitat natural – base da economia e da vida humana. O autor aduz que, no sistema atual, as perdas ou efeitos desastrosos são contabilizados como ganhos econômico, pois, por exemplo, o aumento da criminalidade impulsiona o mercado de segurança, proteção e seguros. Na seara ambiental, cita que a poluição retrata duas vezes o ganho econômico: o primeiro na produção e exploração das riquezas naturais e o segundo nas fortunas dispendidas para controlar os dejetos tóxicos.

A contabilidade do PIB ignora a distribuição da renda, ao apresentar os lucros enormes auferidos no topo da pirâmide social como ganhos coletivos. Tempo de lazer e de convívio com a família são considerados como a água e o ar, sem valor monetário. O excesso de consumo de alimentos e os tratamentos por dietas, cirurgias plásticas, cardiovasculares etc. são outros exemplos da contabilidade, no mínimo bizarra, sem falar dos bilhões gastos com tranquilizantes.⁸⁴

Stiglitz⁸⁵, vencedor do Nobel de Economia de 2001 -, considera que o PIB é uma ferramenta limitada para mensurar o progresso das sociedades, representando um problema na métrica adotada, uma vez que não é capaz de mensurar o bem-estar social de uma nação.

Para Sen⁸⁶, o desenvolvimento não pode ser analisado somente a partir do PIB (ou PNB – Produto Nacional Bruto – como disposto na obra) e da renda, pois são mecanismos restritivo e aquilo que as pessoas

82 SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 77.

83 RATTNER, Henrique. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável: o mundo na encruzilhada da História. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 2, ano II, n. 14, jul., 2002. p. 8. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/40544>. Acesso em: 29 jan. 2019.

84 RATTNER, Henrique. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável: o mundo na encruzilhada da História. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 2, ano II, n. 14, jul., 2002. p. 8. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/40544>. Acesso em: 29 jan. 2019.

85 STIGLITZ, J. *Problemas do PIB como um Barômetro Econômico*. New York: New York Times, 2009.

86 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 18

conseguem realizar é influenciado, não somente por oportunidades econômicas, mas por “liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento a iniciativas”.

Latouche⁸⁷ argumenta que ao se considerar apenas o PIB três reduções são geradas: a felicidade é reduzida ao bem-estar material, o bem-estar material é reduzido ao bem-possuir estatístico visando a quantidade do que consumir, e o volume do que é consumido é calculado de forma bruta, sem que se leve em conta as perdas de recursos naturais e culturais.

Observam Gadrey e Jany-Catrice⁸⁸ que a progressão do PIB, ou seja, o volume de todas as produções de bens e de serviços que se vendem ou que custam monetariamente, evidencia o crescimento. Logo, o PIB não demonstra o nível de degradação do meio ambiente para alcançar os seus números, não analisa a qualidade da saúde colocada à disposição da população, as condições de trabalho, a eficiência do ensino público, a alegria das famílias ou a solidez dos casamentos. Enfim, a progressão da riqueza do lazer e bem-estar não é computada.

Ou seja, os autores indicam que o índice unicamente econômico não é hábil para demonstrar o grau de desenvolvimento de uma sociedade, pois esta sociedade não pode ser analisada somente pelo critério monetário, da alta produção e consumo. É preciso que a sociedade seja vista como um sujeito de outras necessidades, não necessariamente econômicas, para o seu bem-estar.

2.2 O direito de viver num ambiente são e ecologicamente equilibrado – *Sumak Kawsay*

Diariamente a humanidade presencia o questionamento ou a quebra de paradigmas antes não cogitados. Essa quebra reflete rupturas, impasses e emergências na esfera da racionalidade humana com alteração de padrões culturais e ambientais⁸⁹. Esse cenário restou

87 LATOUCHE, Serge. Convivialidade e decrescimento. *Cadernos IHU Ideas*, Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, ano 10, n. 166, 2012. p. 4.

88 GADREY, J.; JANY-CATRICE, F. Les Nouveaux Indicateurs de richesse. Paris: La Découverte, 2005 apud LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 61.

89 WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA,

claro na abordagem anterior, na qual se demonstrou que os paradigmas do capitalismo e do alto consumo e produção passam a ser questionados em razão da finitude do nosso sistema ambiental, vivendo a humanidade numa espécie de cheque especial ecológico.

Wolkmer⁹⁰ cita o Manifesto “Una Ética para la Sustentabilidad”⁹¹ para elucidar que a crise projetada no espaço do meio ambiente resulta de uma visão mecanicista do mundo, sobre a qual o responsável é o próprio ser humano e não a natureza por não conseguir fornecer aquilo que está além de sua capacidade natural de produção e regeneração.

Segundo Zaffaroni⁹², representando uma ordem de precursores a respeito de um novo constitucionalismo latino americano, a natureza (ou *Gaya*, *Pachamama* ou *deep ecology*) deve ser tratada como sujeito de direito, em detrimento de qualquer visão natural do homem sobre esse bem comum. Acosta⁹³ argumenta que o modo de vida dominante conduzido pelo sistema capitalista, sem observar o esgotamento de recursos naturais em busca do famigerado desenvolvimento, indica a necessidade de discussão acerca do “bem-viver” (ou “*buen vivir*”, conforme a língua nativa dos países Andinos).⁹⁴ Isso porque a própria

Carlos E. (Orgs.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Ed. Planeta Verde, 2014. p. 68.

90 WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Ed. Planeta Verde, 2014, p. 69.

91 A crise projetada no espaço do meio ambiente reproduz igualmente a transparência de nosso tempo que, na perspectiva proclamada, em 2002, pelo Manifesto “Una Ética para la Sustentabilidad”, resulta “de uma visão mecanicista do mundo que, ignorando os limites biofísicos da natureza e os estilos de vida das diferentes culturas, está acelerando o aquecimento global do planeta. Esta é uma ação humana e não da natureza. A crise ambiental é uma crise moral das instituições políticas, de aparatos jurídicos de dominação, de relações sociais injustas e de uma racionalidade instrumental em conflito com a vida (...)” (Una Ética para la Sustentabilidad, p.16) (WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Ed. Planeta Verde, 2014, p. 69).

92 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La pachamama y el humano. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *La naturaliza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito-Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2011. p. 87.

93 ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir inserto en un debate global. In: ACOSTA, Alberto. *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde La Constitución de Montecristi*. Fundacion Friedrich Ebert, FES-Ildis: 2010. p. 13.

94 Continua o autor: Además, en el mundo se comprende, paulatinamente, La

ideia do desenvolvimento não pode ser vista apenas como sinônimo de crescimento econômico. Como ensina Arruda⁹⁵, desenvolvimento inclui o desdobramento das possibilidades que as pessoas e sociedade possuem para que tenham uma vida e possam, acima de tudo, “viver bem”.

Nesse sentido, o economista e ecologista chileno, Manfred Max Neef, é de ser lembrado em razão de seus estudos que indicam que após um determinado ponto da escala do crescimento (econômico), a queda na qualidade de vida da população pode cair. Argumenta que as necessidades do homem não alteram com o passar do tempo, pois a subsistência, afeto, proteção, entendimento, participação, ócio, criação, identificação e liberdade continuam sendo anseios inalterados e atuais. A diferença reside na “satisfação”, que no mundo de competição pelo consumo, característica da sociedade pós-moderna, compartilha apenas um “imaginário consumista” como objetivo de vida⁹⁶. Como já delineado, Latouche (2012, p. 4)⁹⁷ alude que o Produto Interno Bruto

inviabilidad global del estilo de vida dominante. El Buen Vivir, entonces, se proyecta, adicionalmente, como una plataforma para discutir respuestas urgentes frente a los devastadores efectos de los cambios climáticos a nivel planetario. El crecimiento material sin fin podría culminar en un suicidio colectivo, tal como parece augurar El mayor recalentamiento de la atmosfera o el deterioro de la capa de ozono, lapérdida de fuentes de agua dulce, La erosión de La biodiversidad agrícola y silvestre, La degradación de suelos o la acelerada desaparición de espacios de vida de las comunidades locales... E nese sentido se habla incluso de “*La revolución mundial Del Vivir Bien*” (Raúl Prada Alcoreza). Por lo tanto, el crecimiento material no es la única vía a la que debería darse necesariamente prioridad. A escala global, la concepción (¡equivocada!) del crecimiento basado en inagotables recursos naturales y e nun mercado capaz de absorber todo lo producido, no ha conducido niva a conducir al desarrollo (ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir inserto en un debate global. In: ACOSTA, Alberto. *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde La Constitución de Montecristi*. Fundacion Friedrich Ebert, FES-Ildis: 2010, p. 13).

- 95 ARRUDA, M. *Tornar o real possível: a formação do ser humano integral, economia solidária, desenvolvimento e o futuro do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 94.
- 96 LENA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. Apresentação. In: LENA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro *Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrecimento e prosperidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. p. 13.
- 97 LATOUCHE, Serge. Convivialidade e decrecimento. *Cadernos IHU Ideas*, Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, ano 10, n. 166, 2012, p. 4.

(PIB) como única forma de medida do desenvolvimento é falho; a não ser que se defenda que a única unidade a ser valorada seja a econômica.

Para compreender a razão de ser do “buen vivir”, necessário se faz analisar o cenário latino americano. Wolkmer⁹⁸ explica que, no século XIX, a América Latina era dominada pelo doutrina-jurídica do Constitucionalismo liberal e colonizador importado da Europa, com predomínio de garantias às capitais e marginalização das nações indígenas e povos afro americanos. O estímulo pela produção capitalista e introdução do liberalismo fez com que temas como meio ambiente, biodiversidade e desenvolvimento sustentável, assim como as noções culturais dos povos tradicionais fossem omitidas das discussões daquele modelo.

Numa evidente condução diferente do modelo colonizador, nas últimas décadas uma evolução de nível constitucional em países latino americanos, em especial Equador e Bolívia, passou a quebrar mais um paradigma de hegemonia do modelo europeu, projetando-se novas Constituições, com valorização do mundo indígenas e povos tradicionais nativos. Essa valorização incluiu o reconhecimento do bem-viver.⁹⁹

O bem-viver, expressão própria dos povos indígenas da Bolívia, significa primeiro “viver bem entre nós”, que pressupõe uma vida comunitária, com respeito à natureza, local onde residimos de forma temporária. Na linguagem *quéchua*, o bem viver, *el buen vivir*, traduz-se na expressão *sumak kawsay*, que revela a concepção andina da vida pelo próprio sentido da expressão: *sumak* traduz-se em “o ideal, o belo, o bom, a realização”; *kawsay* significa “a vida, em referência a uma vida digna, em harmonia e equilíbrio com o universo e o ser humano”. Desse modo, o *sumak kawsay* representa a plenitude da vida, como explica Kowii¹⁰⁰. O paradigma *sumak kawsay* rememora a sabedoria dos povos

98 WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E (Orgs.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Ed. Planeta Verde, 2014, p. 70-71.

99 O bem-viver nas línguas dos povos originários soa como Sumak Kawsay (quéchua), Suma Qamaña (aimará), Teko Porã (guarani) (FERNANDES, Sandra Beatriz Vicenci; UHDE, Leonir Terezinha. *Sustentabilidade, Decrescimento, Bem-viver. Salão do Conhecimento*, set., 2017. p. 9. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaconhecimento/article/view/7856>. Acesso em: 26 jan. 2019).

100 KOWII, Ariuma. *Sumak kawsay*. [s.d.]. p. 3. Disponível em <https://>

ancestrais andinos e busca na intelectualidade da harmônica vida na natureza um objeto de vida melhor na *Pachamama*¹⁰¹ ¹⁰². É certo que não há como separar sociedade do meio ambiente, não porque o meio ambiente é dependente de nossa atitude para sobreviver, mas porque a espécie humana depende da natureza sã para que possa pensar em viver bem¹⁰³.

Nesse novo constitucionalismo latino americano, enquanto o Brasil, em 1988, previa um sistema antropocênico, no qual todos teriam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida¹⁰⁴, o Equador, em 2008, e a Bolívia, em 2009, caminharam em direção a um sistema ecocêntrico de garantia do meio ambiente também como sujeito de direitos que deve ser protegido e respeitado no contexto sistêmico da relação ser humano e meio ambiente¹⁰⁵.

A Constituição do Equador, em seu artigo 14, reconhece o direito da sociedade de viver em um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, que garanta a sustentabilidade e o bem-viver; o *sumak kawsay*. Contudo, a natureza, ou o *Pachamama*, passa a não ser apenas objeto de extração de seus recursos, mas passa a ter proteção como sujeito individualizado, conforme previsto no artigo 71, sendo reconhecido como local onde se reproduz e realiza a vida, possuindo direito de ter respeitada integralmente a sua existência, mantimentos e regeneração de seus ciclos vitais, funções, estruturas e processos

www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EI%20Sumak%20Kawsay-ArirumaKowii.pdf. Acesso em: 26 jan. 2019.

101 *Pachamama* significa Terra no sentido de mundo e representa uma deidade máxima dos povos indígenas dos Andes centrais (ACOSTA, Alberto. *El Buen Vivir* inserto en un debate global. In: ACOSTA, Alberto. *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde La Constitución de Montecristi*. Fundacion Friedrich Ebert, FES-Ildis: 2010, p. 15).

102 ACOSTA, Alberto. *El Buen Vivir* inserto en un debate global. In: ACOSTA, Alberto. *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde La Constitución de Montecristi*. Fundacion Friedrich Ebert, FES-Ildis: 2010. p. 12-13.

103 DÁVALOS, P. *Sumak Kawsay: uma forma alternativa de resistência e mobilização*. In: SBARDELOTTO, M. *Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Teko Porã: O Bem-Viver. IHU- on Line*, São Leopoldo, ed. 340, ano X, p. 4 -10, 2010. p. 8.

104 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jan. 2019.

105 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 153.

evolutivos. O desenvolvimento (*desarrollo*), por sua vez, deve garantir a realização do bem-viver.¹⁰⁶

A nova Constituição Política da Bolívia prevê o bem-viver como uma busca contínua, que deve orientar a nação boliviana. Dentre os princípios éticos e morais assumidos e promovidos pelo Estado boliviano, estão o *suma qamaña* (bem viver), *ñandereko* (vida harmoniosa), *teko kavi* (vida boa) e *ivi maraei* (terra sem males), como destaca Rodrigues¹⁰⁷.

Em suma, o bem-viver consiste em uma relação de equilíbrio com a natureza, que não exclui o ser humano dessa visão; trata-se de uma verdadeira complementaridade, por meio da qual se reconhece o direito de todos os seres vivos a uma existência digna e o papel de todos para a manutenção da vida no planeta.

Conclusão

A partir da afirmação de que o sistema econômico esculpido pelo ser humano não é mais compatível com o sistema ecológico que a natureza oferece, especialmente no que toca à sua capacidade, existe a necessidade de uma revisão das relações entre o Homem e a Natureza.

Em 1972, o limite do crescimento já era apontado como objeto de estudo para viabilizar a sobrevivência das gerações futuras. A partir de então, o desenvolvimento sustentável veio como aparente solução do gargalo ambiental. Todavia, em 2019, os mesmos relatórios, somados a novas atualizações, continuam a ser analisadas, sem, contudo, haver respostas se o homem, mantendo o crescimento econômico, com o mesmo ritmo de degradação ambiental, poderá garantir um ecossistema sustentável.

O decrescimento como medida radical e com veios de utopia não busca uma implementação imediata da sua forma de pensar. Pelo contrário, Latouche argumenta a necessidade de o ser humano avaliar

106 EQUADOR. *Constitucion de la Republica del Ecuador 2008*. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 26 jan. 2019.

107 RODRIGUES, Saulo Tarso; RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner. O direito socio-ambiental ao bem viver no contexto do constitucionalismo latino-americano: caminhos para o redimensionamento da ideia de dignidade e para a proteção da vida em geral. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S.l.], v. 24, p. 209-230, nov., 2016. p. 12. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6338>. Acesso em: 26 jan. 2019.

se o sistema no qual estamos inseridos é o adequado para garantirmos a nossa manutenção; se a busca pelo desenvolvimento econômico em desfavor do meio ambiente é o preço que queremos arcar para a majoração dos números do Produto Interno Bruto de nosso país. Nesse sentido, os oito “erres” (reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, realocar, reduzir, reutilizar e reciclar) indicam como é importante a revisão e sensibilidade em perceber, de forma local, a finitude dos recursos naturais.

A publicidade é tida como uma das responsáveis pelo desejo atual de consumo. Na sociedade pós-moderna tal prática se tornou o objetivo de trabalho, sendo que se nota que características como o bem-estar estão deixadas de lado, especialmente por políticas de governo, que também são movimentadas pelo capital da oferta e demanda.

A partir do momento que se aprecia a solidez do conceito de bem-viver, o *sumak kawsay*, como um “viver bem entre nós”, esse “nós” inclui a natureza que é geradora e mantedora de toda vida terrestre no que toca as necessidades vitais básicas (ar, água e alimento). O exemplo esculpido nas constituições do Equador e Bolívia, que fazem parte de uma revolução constitucional da América Latina, que passou a reconhecer a natureza como objeto de proteção personalíssima, evidencia a quebra de paradigmas coloniais impostos por modelos Europeus, voltados ao capital. Este exemplo fortalece a teoria do decrescimento, no que toca a alteração da percepção das necessidades e satisfação, haja vista que, a partir do momento que se admitir que a conduta humana é inadequada para alcançar o conceito de desenvolvimento sustentável (garantia para as gerações futuras), perceber-se-á que o meio ambiente não existe apenas para servir o ser humano, mas para interagir num sistema harmônico de vida comum.

Portanto, a teoria do decrescimento e a filosofia do bem-viver se complementam e são instrumentos hábeis no oferecimento de uma perspectiva de horizonte sustentável.

Referências

A NEY ECONOMIC FOUNDATION. *Happy Planet Index*. London, 2016. Disponível em: <http://happyplanetindex.org>. Acesso em: 31 jan. 2018.

ACOSTA, Alberto. El Buen Vivir inserto en un debate global. In: ACOSTA, Alberto. *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde La Constitución de Montecristi*. Fundacion Friedrich Ebert, FES-Ildis: 2010.

ALVES, José Eustáquio Diniz. O crescimento da população mundial até 2100. *Ecodebate*, Rio de Janeiro, jul., 2015. Disponível em: <https://www.ecodebate.com.br/2015/07/31/o-crescimento-da-populacao-mundial-ate-2100-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 7 out. 2016.

ARRUDA, M. *Tornar o real possível: a formação do ser humano integral, economia solidária, desenvolvimento e o futuro do trabalho*. Petrópolis: Vozes, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 26 jan. 2019.

DÁVALOS, P. Sumak Kawsay: uma forma alternativa de resistência e mobilização. In: SBARDELOTTO, M. Sumak Kawsay, Suma Qamaña, Teko Porã: O Bem-Viver. *IHU- on Line*, São Leopoldo, ed. 340, ano X, p. 4 -10, 2010.

DECROP, Geneviève. Redoner ses chances à l'utopie. *Entropia*, n.01, 2006. Disponível em: <https://www.entropia-la-revue.org/spip.php?article109>. Acesso em: 24 jan. 2019.

EQUADOR. *Constitucion de la Republica del Ecuador 2008*. 2008. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf. Acesso em: 26 jan. 2019.

FEIJO, C. A., et al. Além do PIB: uma visão crítica sobre os avanços metodológicos na mensuração do desenvolvimento sócio econômico e o debate no Brasil contemporâneo. *Revista Estatística e Sociedade*, Porto Alegre, n. 2, p. 42-56, nov., 2012. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/estatisticaesociedade/article/view/36554/23652>. Acesso em 29 jan. 2019.

FERNANDES, Sandra Beatriz Vicenci; UHDE, Leonir Terezinha. Sustentabilidade, Decrescimento, Bem-viver. *Salão do Conhecimento*, set., 2017. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/salaoconhecimento/article/view/7856>. Acesso em: 26 jan. 2019.

FLIPO, F; SCHNEIDER, Francois. Economic De-Growth for Ecological Sustainability and Social Equity, pp. 24-28, 2008, Paris. *Anais...* Paris, 2008. Disponível em: <https://degrowth.org/wp-content/uploads/2011/07/Degrowth-Conference-Proceedings.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

GARCIA, Denise Schimitt Siqueira. Dimensão econômica da sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v.13, p. 133-153, 2016.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. *O decrescimento: entropia, ecologia, economia*. Tradução: Maria José Perillo Isaac. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2012.

GORZ, A. *Ecology as politics*. Montréal: Black Rosa Books, 1980.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. *O impressionante crescimento da população humana através da história*. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/566517-o-impressionante-crescimento-da-populacao-humana-atraves-da-historia><http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/566517-o-impressionante-crescimento-da-populacao-humana-atraves-da-historia>. Acesso em: 27 jan. 2019.

IPCC, The Intergovernmental Panel on Climate Change. *Global Warming of 1.5 °C*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/sr15/>. Acesso em: 23 jan. 2019.

KERK, Guert Van; MANUEL, Arthur R. A comprehensive index for a sustainable society: The SSI – the Sustainable Society Index. *Ecological Economics*, v. 66, p. 228-242, jun., 2008. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0921800908000438>. Acesso em: 24 jan. 2019.

KOWII, Ariuma. *Sumak kawsay*. [s.d.]. Disponível em <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/EI%20Sumak%20Kawsay-ArirumaKowii.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

KUZNETS, Simon. Economic Growth and Income Inequality. *American Economic Review*, v. 45, p. 1-28. 1995.

LATOUCHE, Serge. Convivialidade e decrescimento. *Cadernos IHU Ideas*, Instituto Humanitas Unisinos, São Leopoldo, ano 10, n. 166, 2012.

LATOUCHE, Serge. *La apuesta por el decrecimiento: Cómo salir del imaginário dominante?* Barcelona: Icaria, 2006.

LATOUCHE, Serge. *O desafio do decrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006.

LATOUCHE, Serge. *Pequeno tratado do decrescimento sereno*. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LAYRARGUES, Philippe Pomier. Do ecodesenvolvimento ao desenvolvimento sustentável: evolução de um conceito? *Proposta*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 71, pp. 1-5, fev., 1997.

LEFF, E. Decrecimiento o desconstrucción de economia: hacia um mundo sustentable. *Revista Universidad Bolivariana*, n. 21, pp. 81-90, 2008. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/polis/v7n21/art05.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2019.

LENA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. Apresentação. In: LENA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro. *A. enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade*. Rio de Janeiro: Garamond, 2012. pp. 9-22.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARINHO, Lina Raquel de Oliveira. *Decrecimiento e conseqüências humanas: ouvindo as vozes da resistência*. Rio de Janeiro: Gramma, 2014.

MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento* [1972]. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1978.

MEADOWS, Donella H. et al. *Limites do crescimento: a atualização de 30 anos*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2007.

MILMAN, Oliver; SMITH, David; CARRINGTON, Damian. Donald Trump confirms US will quit Paris climate agrément. *The Guardian*, 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/environment/2017/jun/01/donald-trump-confirms-us-will-quit-paris-climate-deal>. Acesso em: 20 jan. 2019.

MILONE, Paulo César. Crescimento e desenvolvimento econômico: teorias e evidências empíricas. In: MONTORO FILHO, André Franco et al. *Manual de economia*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOSSO FUTURO COMUM/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento [Relatório Brundtland, 1987]. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

OLIVEIRA, P. S. et al. Os Índices de Bem-Estar e Felicidade como Alternativas para a mensuração do desenvolvimento. In: COSTA, Rogério Santos da; GUERRA, José Baltazar Salgueirinho Osório de Andrade; DIAS, Taísa (Orgs.). *Debates Interdisciplinares VII*. Palhoça: Ed. Unisul, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Convenção Quadro sobre mudança do clima*. Tradução: Centro de Informação das Nações Unidas para o Brasil (UNIC Rio). 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

PHILIPPI JR., A. et al. Desenvolvimento sustentável, interdisciplinaridade e ciências ambientais. *Revista Brasileira de Pós-graduação*, Brasília, v. 10, n. 121, p. 509-533, 2013.

RATTNER, Henrique. Meio ambiente e desenvolvimento sustentável: o mundo na encruzilhada da História. *Revista Espaço Acadêmico*, v. 2, ano II, n. 14, jul., 2002. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/40544>. Acesso em: 29 jan. 2019.

RODRIGUES, Saulo Tarso; RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner. O direito socio-ambiental ao bem viver no contexto do constitucionalismo latino-americano: caminhos para o redimensionamento da ideia de dignidade e para a proteção da vida em geral. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, [S.l.], v. 24, p. 209-230, nov., 2016. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/6338>. Acesso em: 26 jan. 2019.

SACHS, Ignacy. *Ecodesenvolvimento: crescer sem destruir*. São Paulo: Vértice, 1986.

SACHS, Ignacy. Estratégias para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *Para pensar o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Ed. Brasiliense: 1993.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHRIVASTAVA, P. The role of corporations in achieving ecological sustainability. *Academy of Management Review*, v. 20, n. 4, p. 936-960, 1995.

SKIDELSKY, R. How much is enough? Money and the good life. London: Penguin, 2012. apud In: D'ALISA, Giacomo; DEMARIA, Federico; KALLIS, Giorgos (Orgs.). *Decrescimento: vocabulário para um novo mundo*. Tradução: Roberto Cataldo Costa. 1.ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016.

SOUZA, Nali de Jesus de. *Desenvolvimento econômico*. São Paulo: Atlas, 1993.

SOUZA, Rafael Speck de. *Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição de 1988*. 211f. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

STERN, Scott; WARES, Amy; ORZELL, Sarah. Índice de progresso social 2014: relatório metodológico. 2014. Disponível em: http://progressosocial.org.br.s3.amazonaws.com/descargas/METHODOLOGY_2014-Report_production_PORT.pdf. Acesso em: 29 já. 2019.

STIGLITZ, J. *Problemas do PIB como um Barômetro Econômico*. New York: New York Times, 2009.

UNITED NATIONS. *Report of the United Nations Conference on the human environment*. Stockholm, jun., 1972. Disponível em: <http://www.un-documents.net/aconf48-14r1.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. [S. l.]: UNEP, 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/documents.multilingual/default.asp?documentid=97&articleid=1503>. Acesso em: 29 jan. 2019.

VIEIRA, Paulo Freire; RIBEIRO, Maurício Andrés (Orgs.). *Ecologia humana, ética e educação: a mensagem de Pierre Dansereau*. Porto Alegre: Pallotti; Florianópolis: APED, 1999.

VIEIRA, Paulo Freire; RIBEIRO, Maurício Andrés (Orgs.). *Ecologizar a noosfera!* Florianópolis, 2015. p. 26. (no prelo).

VIEIRA, Paulo Freire; RIBEIRO, Maurício Andrés (Orgs.). *O desafio do decrescimento*. Tradução: António Veigas. Portugal: Librairie Arthème Fayard, 2006.

VIEIRA, Paulo Freire; RIBEIRO, Maurício Andrés (Orgs.). Políticas ambientais no Brasil: do preservacionismo ao desenvolvimento territorial sustentável. *Revista Política & Sociedade*, v. 8, n. 14, p. 27-78, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/view/2175-7984.2009v8n14p27>. Acesso em: 7 out. 2016.

WEBER, J. Gestão de recursos renováveis: fundamentos teóricos de um programa de pesquisas. In: VIEIRA, P.F.; WEBER, J. (Orgs.) *Gestão de recursos naturais e desenvolvimento: Novos desafios para a pesquisa ambiental*. São Paulo: Cortez, 2000.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). *Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica*. Planeta Verde, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La pachamama y el humano. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. *La naturaliza con derechos: de la filosofía a la política*. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2011.

10 CANCIONES BRASILEÑAS: EJEMPLOS PARA LA CONCIENTIZACIÓN SOCIAL EN EL PAÍS SOBRE LA HOMOSEXUALIDAD

10 BRAZILIAN SONGS: EXAMPLES FOR SOCIAL AWARENESS IN THE
COUNTRY ABOUT HOMOSEXUALITY

Douglas Verbicaro Soares¹ 

¹ Universidad de Salamanca (USAL), Salamanca, Cyl, Espanha. Doutor em Direito.
E-mail: douglas_verbicaro@yahoo.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2968>

Recebido em: 06.02.2019

Aceito em: 28.03.2019

Resumen: El presente artículo busca utilizar la música como instrumento de concientización social en el país, con el objetivo de promover el debate sobre la homosexualidad. El ejemplo como alternativa para la sensibilización a través de la musicalidad servirá como herramienta de lucha contra la discriminación por orientación sexual, siendo importante para integrar esas personas y permitir una reflexión sobre alternativas para la aceptación de la diversidad sexual. Para la metodología del estudio, se utilizó una investigación multidisciplinar, es decir, un abordaje en distintas ramas como en el arte, la historia, el derecho, la biología. La elección de las diez canciones ha sido basada en los distintos artistas brasileños, que, en las últimas décadas, contribuyeron para evidenciar la orientación homosexual, combatir la estigmatización histórica de la homosexualidad. Así, el estudio presentó algunas preguntas que han sido contestadas a lo largo del desarrollo científico: ¿La música del trabajo pueden ser empleadas como alternativas para la concientización social en Brasil? En caso afirmativo, ¿Dónde pueden ser

Abstract: This article seeks to use music as an instrument of social awareness in the country, with the aim of promoting the debate on homosexuality. The example as an alternative for raising awareness through musicality will serve as a tool to combat discrimination based on sexual orientation, being important to integrate these people and allow a reflection on alternatives for the acceptance of sexual diversity. For the methodology of the study, a multidisciplinary research was used, that is, an approach in different branches such as art, history, law, biology. The choice of the ten songs has been based on the different Brazilian artists, who, in the last decades, contributed to highlight the homosexual orientation, to fight the historical stigmatization of homosexuality. Thus, the study presented some questions that have been answered throughout the scientific development: Can work music be used as alternatives for social awareness in Brazil? If yes, where can they be used? How to justify its use as a sensitization measure?



ser utilizadas? ¿Cómo justificar su empleo como medida de sensibilización?

Palabras clave: Sensibilización. **Keywords:** Awareness. Songs. Canciones. Homosexual. Homosexual.

Sumário: Introdução; 1 La música como fuente de expresión y combate a la discriminación; 2 Agnaldo Timóteo y la trilogía del amor libre en sus canciones; 3 Leci Brandão: ¡yo sé que las personas le prohíben!; 4 Martinho da Vila: en el descamino de cuerdas y corrientes; 5 Mamonas Assassinas con poderes titánicos; 6 Os Tribalistas echando arroz; 7 Isabella Taviani: en el origen del amor; 8 Ney Matogrosso: la libre sexualidade; 9 Chacrinha que se comunicó con una canción de carnaval; 10 Rita Lee de la liberación sexual; 11 Lulu Santos: por todas las formas de amor, el nuestro ha vuelto noticia; Consideraciones finales; Referencias.

Introducción

El presente artículo tiene como objetivo generar una discusión social en el país sobre la homosexualidad, presentando la música como instrumento de sensibilización social. El estudio ha buscado realizar una contextualización histórica con las obras artísticas y con sus autores, en el intento de demostrar una relación directa entre la musicalidad y la concientización de la sociedad brasileña, en destaque sobre cuestiones polémicas, como, por ejemplo, la diversidad sexual, acceso a derechos, igualdad de trato, respeto e inclusión social.

De acuerdo con esa realidad, resalta la importancia del desarrollo de investigaciones y estudios que traten de la homosexualidad en Brasil. De esa forma, la utilización de canciones sirve como alternativas para cohibir prácticas discriminatorias motivadas por orientación sexual.

Con todo, han sido realizadas algunas preguntas para la investigación: ¿La música del trabajo pueden ser empleadas como alternativas para la concientización social en Brasil? En caso afirmativo, ¿Dónde pueden ser utilizadas? ¿Cómo justificar su empleo como medida de sensibilización?

Para la metodología del estudio, se utilizó una investigación multidisciplinar, es decir, un abordaje en distintas ramas como en el arte, la historia, el derecho, la biología. La estructura del artículo estuvo pensada en la elección de 10 (diez) canciones populares que tuviesen relación directa con la homosexualidad, usando artistas populares de Brasil.

Entre los artistas elegidos para integrar ese trabajo están: Agnaldo Timóteo, Leci Brandão, Martinho da Vila, Mamonas Assassinas, Os

Tribalistas, Isabella Taviani, Ney Matogrosso, Chacrinha, Rita Lee y Lulu Santos.

1 La música como fuente de expresión y combate a la discriminación

En el día 13 de octubre de 2016, ha sido anunciado el ganador del Premio Nobel de Literatura de aquel año. El vencedor divulgado en la ciudad sueca de Estocolmo fue el artista (cantor, compositor y escritor) Bob Dylan. De acuerdo con la renombrada institución, el premio habría sido motivado por sus canciones que crearon una nueva forma de manifestar la expresión poética en la tradicional música norteamericana¹: *The Nobel Prize in Literature 2016 was awarded to Bob Dylan "for having created new poetic expressions within the great American song tradition."*²

Con base en los argumentos que atestaron internacionalmente la importancia de la poesía, manifiestos en las canciones, textos literarios, se comprobó que la música tiene un relevante alcance como forma de expresión artística, capaz de concientizar socialmente.

Por esta razón, se utilizaron las canciones populares brasileñas en ese estudio, como bases secundarias para la expresión sensibilizadora de la musicalidad poética nacional, que generan toda una discusión en el país sobre la homosexualidad, desde de sus lanzamientos como canciones hasta la actualidad, pues siguen presentes influenciando en la opinión de la sociedad.

Con esas premisas, se presentaron las diez canciones que sirven como instrumento de sensibilización multidisciplinar en Brasil. De esa forma, la música es importante para la inclusión de la diversidad sexual en sociedad, sirviendo como instrumento de lucha y reivindicación por el acceso a los mismos derechos y al trato igualitario, sin discriminaciones.

En ese sentido, la música utilizada como fuente de expresión artística, acabó siendo utilizada como política de inclusión social para

1 TBT. 2016. *Entenda porque o Bob Dylan ganhou o prêmio Nobel de Literatura de 2016*. Disponible en: <http://www.tudoetodas.com.br/post/porque-bob-dylan-ganhou-premio-nobel-literatura-2016->. Acceso en: 14/01/2019.

2 THE NOBEL PRIZE. 2016. *The Nobel Prize in Literature 2016*. Disponible en: <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2016/summary/>. Acceso en: 14/01/2019.

las personas víctimas de exclusión social y discriminación, como los homosexuales. Así:

La elección del tema de estudio, la representación de la homosexualidad femenina en las series de ficción española, responde a tres motivos fundamentales: la desigualdad social de la homosexualidad (doble en el caso de las lesbianas por ser también mujeres), la importancia de la televisión en el desarrollo de procesos sociales (la visibilidad ha sido una de las grandes batallas del movimiento gay) y la todavía escasa presencia de este tipo de investigación en el ámbito académico español.³

En ese aspecto, las fuentes de expresión y comunicación pueden servir como premisas para criar alternativas en el combate a las conductas de prejuicio y discriminación contra las personas homosexuales. Hablar sobre la diversidad sexual es tarea imprescindible para la creación de una sociedad más inclusiva, que permita el desarrollo humano, sin exclusión motivada por la no aceptación de esa orientación sexual.

Es válido mencionar que las personas homosexuales fueron históricamente víctimas de la intolerancia. También es importante reconocer que muchas han sido condenadas a prácticas deshumanas como castigos físicos y psicológicos. Prohibiciones justificadas por normas legales de diferentes épocas, que atestaron supuesta culpa para la homosexualidad durante la propia historia de la humanidad. En ese aspecto, la práctica sexual y erótica entre personas del mismo sexo fue condenada, siendo inclusive perseguida, como ocurrieron en reprobaciones morales y religiosas, muchas de ellas culminadas con la pena de muerte para los que las platicasen.⁴

Desde el principio del siglo XX en los Estados Unidos y Europa, las personas vivían su homosexualidad a escondidas por temor a las leyes que la castigaban; el cine pues, les representa del mismo modo, creando una subcultura en la que pueden ser ellos mismos.⁵

-
- 3 DOMÍNGUEZ, Beatriz. *El lesbianismo en las series de ficción televisiva españolas*. Tesis Doctoral. Madrid, España. Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad I. Universidad Complutense de Madrid, p. 13. 2012.
 - 4 VERBICARO SOARES, Douglas. A condenação histórica da orientação sexual homossexual – as origens da discriminação à diversidade sexual humana: violações aos direitos sexuais – reflexos do Brasil Colônia ao Século XXI. *Revista Latino-Americana de Direitos Humanos – HENDU*, Belém, Brasil, v. 7, n. 1, p. 53-54, 2016.
 - 5 LEGIDO, Rosa. *Homosexualidad latente en el cine*. Tesis Doctoral. Madrid, España. Dto. Comunicación Audiovisual y Publicidad II. Universidad Complutense de Madrid, p. I. 2017.

Como forma de concientizar la sociedad actual, en pleno siglo XXI, se optó ese estudio por la utilización de la música como fuente de expresión y sensibilización sobre la diversidad sexual humana, en especial la orientación homosexual, generando una visibilidad sobre la cuestión de la homosexualidad y los problemas que atribuyen prácticas discriminatorias para esas personas en Brasil.

Con base en esas ideas, se buscó responder el primero cuestionamiento del estudio: ¿La música del trabajo pueden ser empleadas como alternativas para la concientización social en Brasil?

La respuesta de la pregunta fue afirmativa en atestar la utilización de música como medidas viables para sensibilizar la sociedad brasileña en temas de diversidad sexual, en destaque a la homosexualidad. Frente al dominio histórico de la heterosexualidad sobre las demás manifestaciones de la diversidad sexual, fue sentida también en el ámbito de la propia musicalidad y en la expresión de esa variante:

Ya a finales del siglo, el modelo dominante de la heterosexualidad se basaba en su oposición binaria a una identidad homosexual de fato (pero aún incoherente). Proceso semejante de formación de identidad se puede ver en la música, donde el término *musicality* sustituyó *musicalness*, más antiguo, como una cualidad inherente atribuida a la “naturaleza”, pero efectivamente construida en instituciones musicales de varios tipos, especialmente las educacionales implicadas en el desarrollo del talento musical [...]. La conexión entre musicalidad y homosexualidad, es una fuerte suposición de que la profesión musical sea ampliamente constituida por homosexuales, que ingresaron en el discurso público como resultado indirecto de la sexología.⁶ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Para la segunda pregunta del estudio: ¿Dónde pueden ser utilizadas? Es posible argumentar que experimentos semejantes fueron utilizados para sensibilizar en el ámbito académico, sobre temas importantes como el amor, el respeto y la diversidad sexual.

En la realidad brasileña, es importante resaltar que la música fue aprovechada como alternativa educacional de sensibilización en las clases, con el objetivo de incentivar la discusión de los alumnos sobre diversidad sexual. De esa forma, el empleo de la música como instrumento para la educación, a través de las interpretaciones de letras musicales

6 BRETT, Philip; WOOD, Elizabeth. 2013. *Música Lésbica e guei*. Disponible en: http://hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/Palombini-Musica_lesbica_guei.pdf, p.12-3. Acceso en: 14 jan. 2019.

y también, como actividades académicas, ampliaron positivamente por medio de la crítica racional, la comprensión sobre la cuestión abordada, con reflejo en la reducción de prácticas discriminatorias por parte de los alumnos contra personas homosexuales:

El objetivo en discutir y trabajar con el género canción en clase es el de ofrecer posibilidades variadas de lecturas para los alumnos. Para tanto, este estudio, apoyado en Bakhtin y en la teoría de los géneros, busca en el género canción textos bastante variados a partir de los cuales fueron promovidas discusiones apropiadas por el trabajo de lectura que llevaron los alumnos al enriquecimiento social y cultural, pensados en la interacción como actividad determinante.⁷ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Para atestar ese raciocinio, se defiende la utilización del arte como importante instrumento para combatir las conductas de discriminación. En consecuencia, la música funciona como alternativa para la integración de personas excluidas socialmente, como los homosexuales en Brasil. Ese posicionamiento resta claro en el texto siguiente:

El arte es, así, un camino de elaboración del sueño, del deseo. Una vía de liberación, por lo tanto, su fuente nutriente es la imaginación, cuya fuerza motriz capaz de abalar estructuras rígidas y sedimentadas. Por ese motivo es que, en sistemas represores, absolutistas, como los que vimos se instalaren por el mundo en ese siglo, inclusive en Brasil, se puede observar, como parte fundamental de sus estrategias de salvaguardar, la tentativa de hacer calar o domesticar el arte, los artistas.⁸ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

El uso alternativo de la música como instrumento de concientización en temas relevantes socialmente, como la diversidad sexual y la igualdad, pueden ser utilizados a través de instrumentos artísticos de comunicación entre las personas:

Visibilizar música y cantos artísticos son importantes para combatir las situaciones de prejuicio y discriminaciones, haciendo de sus realidades tristes relatos y experiencias (de inúmeros episodios de acoso y violencia) cometidos contra

7 COBALCHINI, Eloíza; DIAS, Luciana. 2007. *Gênero textual canção, em sala de aula, provocando o despertar do leitor crítico*. Disponible en: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/909-4.pdf>. Acceso en: 14 jan. 2019, p. 2.

8 CAMAROTTI, Marco. *Diário de um corpo a corpo pedagógico*. Recife, Brasil: Universitária UFPE, p. 1999, p. 24.

las personas por motivos de orientación sexual. Las influencias de las películas, músicas y cantos literarios pueden servir como fuentes de concientización social en Brasil.⁹ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Con base en esas aclaraciones, se puede responder la tercera pregunta: ¿Cómo justificar su empleo como medida de sensibilización? La justificación es posible en la utilización de las reflexiones sociales retiradas del empleo de las medidas que implementen la promoción de esos temas en los medios de comunicación, siendo la música, integrante de una cultura pop, accesible en redes digitales y aplicativos rutineros de la tecnología de información vivida por la sociedad actual.

[...] establecer una reflexión, ancorada en los estudios de género y de sexualidad, en la teoría *queer*, en proposiciones sobre divulgación en las redes digitales, cultural pop brasileña, que nos permita, como intelectuales, problematizar las disputas materiales y simbólicas.¹⁰

Consecuentemente, la música es fuente imperiosa para cambios de realidad, pudiendo ser utilizada como instrumento de lucha contra la discriminación motivada por orientación homosexual, pero es imperioso reconocer que no podrá ser la única forma de combate para los problemas enfrentados por los homosexuales en conseguir la integración en la sociedad brasileña. De esa manera, otras alternativas deberán ser sumadas para la creación de una sociedad más justa, armónica e igualitaria:

Mecanismos nacionales e internacionales tienen delimitado los caminos que deberán ser seguidos por las sociedades, para conseguir la adecuación en las nuevas exigencias democráticas de integración de la diversidad humana y sexualidad. Por consiguiente, el papel de las sociedades civiles, organizadas por el mundo, de movilizar a sus Gobiernos con discursos optimistas sobre la cuestión de la homosexualidad en pleno siglo XXI son relevantes.¹¹ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

9 VERBICARO SOARES, Douglas; CRUZ, Rivetla. Históricas influências artísticas na formação de ideários sobre a orientação homossexual na sociedade brasileira. In.: *Revista Pensamento Jurídico – FADISP*, São Paulo, Brasil, v.12, nº 2, jul. /dez., p. 283. 2018.

10 GONZATTI, Christian; MACHADO, Felipe. Notas sobre o espalhamento da criança viada na cultura pop digital brasileira. *Periódicus – Revista de estudos indisciplinados em gêneros e sexualidades*, Salvador, v. 1, n. 9, maio-out., 2018, p. 248.

11 VERBICARO SOARES, Douglas. A condenação histórica da orientação sexual

Los esfuerzos para la integración de la diversidad humana en diversas sociedades por el mundo son importantes para la real igualdad de trato y acceso a los mismos derechos para todos, sin discriminaciones. Las canciones son mecanismos para cambios de paradigmas y sensibilización para el respeto en la diversidad sexual.

2 Agnaldo Timóteo y la trilogía del amor libre en sus canciones

Na galeria do amor é assim / En la galería del amor es así
 Muita gente à procura de gente / Mucha gente buscando otra gente
 A galeria do amor é assim / En la galería del amor es así
 Um lugar de emoções diferentes / Un lugar de emociones diferentes
 Onde pode se amar livremente / Donde se puede amar libremente.¹²

En el año de 1975, el compositor y cantautor Agnaldo Timóteo, lanzó en plena dictadura militar la canción: *a galeria do amor / la galería del amor*, que retrataba un local (la galería Alaska de Copacabana), en la ciudad Río de Janeiro:

En la galería Alaska, en Copacabana, que se tendrán inicio las carreras de transformistas. Esa galería se tornará, a partir de la década de 1960 y hasta la década de 1980, el territorio entendido por excelencia, habiendo quien afirmase ser “el más grande reducto gay en el país”. Situada en el Punto Seis de Copacabana, fue mencionada en canciones compuestas por Agnaldo Timóteo y por Ângela Ro Ro. De Timóteo, la música *la galería del amor* (cuyo título original era exactamente galería Alaska), en el mismo nombre de su LP lanzado en 1975.¹³ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Ese espacio quedó conocido en el escenario carioca por la frecuencia de un público diferente, donde las personas eran libres para

homossexual – as origens da discriminação à diversidade sexual humana: violações aos direitos sexuais – reflexos do Brasil Colônia ao Século XXI. *Revista Latino-Americana de Direitos Humanos – HENDU*, Belém, Brasil, v. 7, número 1, p.62. 2016.

12 TIMÓTEO, A. *A Galeria do Amor*. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO. *Galeria do Amor*. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1975. 1 disco sonoro. Lado 1, faixa 1.

13 RÓDRIGUES, Rita de Cássia. Artes de Acontecer: viados e travestis na Cidade do Rio de Janeiro, do Século XIX a 1980. *Revista Esboços*. Florianópolis, v. 23, n. 35, p.105-106, set. 2016.

buscar el placer sexual, no importando el sexo. La galería Alaska era un espacio para el amor libre, donde predominantemente homosexuales y bisexuales podrían expresar sus sexualidades:

El cantautor romántico Agnaldo Timóteo gravó en 1975 una canción que hablaba de un espacio de sociabilidad homoafetiva localizado en el barrio muy buscado en aquella época: la galería Alaska.¹⁴ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

El período histórico de la década fue marcado por actos de censuras, en especial referentes a la temática de la homosexualidad:

Variadas canciones fueron censuradas por la dictadura bajo acusaciones de difundir el homosexualismo, considerado una práctica anormal y antisocial. La música de Agnaldo Timóteo, entretanto, consiguió circular sin impedimentos, mismo con la preocupación de la grabadora.¹⁵ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Con la visión restrictiva de que esa orientación sexual representase un riesgo para la moral y los buenos costumbres del Régimen Militar, así como para las familias brasileñas, la práctica de la censura imperó sobre el discurso de intolerancia al homosexualismo, expresión que estuvo en vigor hasta finales del siglo XX en Brasil.

De modo curioso, la canción de Timóteo superó la censura del sistema militar e hizo suceso. Año más tarde, el artista creó una nueva composición que también versaría sobre la visibilidad del amor sin discriminación. En esa ocasión, a través de la canción: *perdido na noite / perdido en la noche*, de 1976:

Estou perdido na noite de muitos / Estoy perdido en la noche de muchos

Sempre a procura da mesma ilusão / Siempre en la búsqueda de la misma ilusión

Estou perdido na noite sozinho / Estoy perdido en la noche sólo
Pelos caminhos sombrios eu vou / Por los caminos sombrios sigo adelante

14 CARDOSO, Sílvia; MACHADO, Heitor. “A Galeria do Amor” Cidade, corpo e emoções na música de Agnaldo Timóteo. *C-legenda – Revista do Programa de Pós-graduação em Cinema e Audiovisual da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, n. 33, 2015, p.33.

15 CARDOSO, Sílvia; MACHADO, Heitor. “A Galeria do Amor” Cidade, corpo e emoções na música de Agnaldo Timóteo. *IC-legenda – Revista do Programa de Pós-graduação em Cinema e Audiovisual da Universidade Federal Fluminense*, Rio de Janeiro, n. 33, 2015, p. 40.

Estou perdido como tantos perdidos / Estoy perdido como tantos otro
 Que não se encontram sem saber a razão / Que no se encuentran sin saber la razón
 E como tantos perdidos eu sei / Y como tantos perdidos y sé
 Que é necessário encontrar alguém / Que es necesario encontrar a alguien
 Somos amantes do amor liberdade / Somos amantes del amor libre
 Somos amados por isso também / Somos amados por eso también
 E se buscamos uma cara-metade / Y se buscamos la otra mitad
 Como metade nos buscan também / Como mitad también nos buscan
 Estou perdido / Estoy perdido
 Estamos perdidos / Estamos perdidos
 Mais a esperança ainda é real / Pero la esperanza todavía es real
 Pois quando menos se espera aparece / Pues cuando menos se espera surge
 Uma promessa de amor ideal / Una promesa de amor ideal.¹⁶

La realidad en la vida de una persona homosexual empezaba desde la condena imperiosa de la homosexualidad en la sociedad brasileña, donde las personas no podrían tener un relacionamiento conyugal con una persona con el mismo sexo biológico. Es válido reconocer que la orientación homosexual ha sido durante tiempos desprestigiada frente a un gran rechazo histórico y sociocultural que implementó, por años, la exclusión de esas personas. Sujetos a esto que se viran obligados a no aceptar sus sexualidades y de vivir luchando contra un sentimiento esencial para la vida humana, el de vivir en dignidad y tener la posibilidad de desarrollar libremente su esencia.

Para los homosexuales, como posible escape para las realidades problemáticas de la vida, los guetos acababan por reunir las personas que vivían en prohibición. En esos espacios oscuros, escondidos en sociedad, las personas con afinidades, por ejemplo, los homosexuales podrían expresar libremente de modo a vivir una ilusión privada, definitivamente restringida en el ámbito público.

16 TIMÓTEO, A. Perdido na Noite. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO TIMÓTEO. Perdido na Noite. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1976. 1 disco sonoro. Lado 1, faixa 1.

Posteriormente, el compositor lanzó la tercera obra musical relacionada con el tema de la homosexualidad: *eu pecador / yo pecador*, de 1977, que retrata la lucha personal de un hombre en conflicto con los dogmas de la religión cristiana, que condena la práctica del placer carnal entre personas del mismo sexo:

Senhor, eu sou pecador / Señor, yo soy pecador
e venho confessar porque pequei / vengo a confesar porque he pecado
Senhor, foi tudo por amor / Señor, ha sido todo por amor
Foi tudo por loucura / ha sido todo por locura
mas eu gostei / pero me gustó
senhor, não pude suportar / Señor, no puedo soportar
a estranha sensação de experimentar / la rara sensación de experimentar
Um amor por você concebido / Un amor concebido por ti
Um amor proibido pela vossa lei / Un amor prohibido por vuestra ley
senhor, imploro o seu perdão / Señor, imploro por vuestro perdón
Pois pequei por amor / Pues he pecado por amor
Sem saber que era errado / Sin saber que era un error
senhor, eu sou um pecador / Señor, yo soy pecador
sou um frequentador / Soy un frecuentador
da esquina do pecado / de la esquina del pecado.¹⁷

Las composiciones artísticas de las canciones de Agnaldo Timóteo son importantes en la historia de la homosexualidad en el país, pues ayudaron a visibilizar cuestiones relevantes para la materia: desde la estigmatización de los homosexuales como promiscuos frequentadores de antros de libertinaje. Así, como defienden un posicionamiento que luchó contra padrones heteronormativos y contrarios a los defendidos por el Régimen Militar, que consideraba esa orientación como amenaza a los valores naturales y morales. Del mismo modo en que retratan los conflictos personales de una persona homosexual con la religión cristiana y el dogma del rechazo en la práctica homoerótica.

3 Leci Brandão: ¡yo sé que las personas le prohíben!

Você vive se escondendo / Tu vives escondiéndote

17 TIMÓTEO, A. Eu pecador. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO. Eu Pecador. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p. 1977. 1 disco sonoro. Lado A, faixa 1.

Sempre respondendo / Siempre contestando
 Com certo temor / Concierto temor
 Eu sei que as pessoas lhe agridem / Yo sé que las personas le
 acosan
 E até mesmo proibem / Hasta incluso prohíben
 Sua forma de amor / Su forma de amor
 E você tem que ir para boate / Y tú tienes que ir para la disco
 Para bater um papo / Para hablar
 Ou desabafar / o desahogarte
 e quando a saudade lhe bate / Y cuando echas de menos
 surge um ombro amigo / surge un hombro amigo
 para você chorar / para que tu llores.¹⁸

En la misma década de Agnaldo Timóteo, la artista Leci Brandão, o sea, en 1977, lanzó la canción: *ombro amigo / hombro amigo*, que retrataba abiertamente la homosexualidad y el contexto histórico en que vivían las personas con esa orientación sexual. Período ese en que eran impedidas de asumir sus sexualidades por el hecho de la prohibición social que enfrentaban. En el caso de Brandão, la música explicitada era basada en un lugar ícono en Río de Janeiro, el bar y restaurante Acapulco, situado en la zona sur de la capital carioca, frecuentando por la comunidad de gais, lesbianas y transgéneros.

El mencionado establecimiento citado por Laci, también, estuvo presente en la manifestación artística de Angela Ro Ro, que retrató el local en la canción: *a balada da arrasada / la balada de la arrasada*, como explicita la música: *Desde Acapulco hacia la calzada, o delante del Samir / Ella busca toda la noche algo para divertirse*.¹⁹

Desta, a Balada da Arrasada, lançada no LP Angela Ro Ro, Polygram, 1979, onde menciona dois bares da região – Samir e Acapulco: “Entregou-se sem um zelo ao apelo de sorrir / Ofertou-se inteira e dócil a um fácil seduzir / Sem saber que o destino diz verdades ao mentir / Doce ilusão do amor / Doce ilusão do amor/ Arrasada, acabada, maltratada, torturada / Desprezada, liquidada, sem estrada pra fugir / Tenho pena da pequena que no amor foi se iludir / Tadinha dela / Tadinha dela / Hoje vive biritada sem ter nem onde cair / Do Acapulco à calçada ou em

18 BRANDÃO, L. Ombro amigo. Intérprete: Leci. In: LECI BRANDÃO. Um Ombro Amigo. Rio de Janeiro, Brasil: GLOBO COLUMBIA, p1993. 1 disco sonoro. Lado B, faixa 1.

19 RO RO, A. Balada da arrasada. Intérprete: Angela. In: ANGELA RO RO. Angela Ro Ro. Rio de Janeiro, Brasil: POLYGRAM, p1979. 1 disco sonoro. Lado 2, faixa 10.

frente ao Samir / Ela busca toda noite algo pra se divertir / Mas não encontra, não / Mas não encontra, não / Desespera dessa espera por alguém pra lhe ouvir / Sente um frio na costela e uma ânsia de sumir / Transa modelito forte, comprimidos pra dormir / E não acorda mais / E não acorda mais”.²⁰

La artista fue desbravadora de una época pues luchó contra el prejuicio y las discriminaciones que estigmatizaban la homosexualidad. Otras canciones de la artista hablaban de la homosexualidad como: *assumindo / asumiendo, questão de gosto / cuestión de gusto* y otras, haciendo de Leci Brandão una defensora de los derechos de la comunidad de gays y lesbianas en Brasil.

4 Martinho da Vila: en el descamino de cuerdas y corrientes

Viu! Mamãe/ !Madre, tú lo has visto!

Porque não posso assumir meu descaminho? / ¿Porque no puedo asumir mi descamino?

Viu! Papai/ !Padre, tú lo has visto!

Porque não posso reencontrar o meu caminho, ai / Porque no puedo reencontrar mi camino, ahí

Pra que as cordas e correntes? / ¿Para qué las cuerdas y corrientes?

Se eu já sei aonde tenho meu nariz / Si yo ya lo sé donde tengo mi nariz

Tantos amigos e parentes / Tantos amigos y parientes

E eu assim tão infeliz / Y yo así tan infeliz.²¹

El popular compositor y cantautor Martinho da Vila creó la canción: *cordas e correntes / cuerdas y corrientes*, que versa sobre la realidad de muchos padres que sufren con la homosexualidad de sus hijos.

La letra de la canción menciona las cuerdas y corrientes, haciendo alusión a las amarras de sufrimiento en que muchas personas homosexuales acaban sufriendo por obstáculos diarios de preconceito y discriminación en sociedad. Factores que dificultan que esas personas asuman su orientación sexual, temiendo violencias físicas y psicológicas en el medio en que viven, sin la aceptación de sujetos cercanos, como

20 RODRIGUES, Rita de Cássia. Artes de Acontecer: viados e travestis na Cidade do Rio de Janeiro, do Século XIX a 1980. *Revista Esboços*. Florianópolis, v. 23, n. 35, set. 2016, p.106.

21 DA VILA, M. Cordas e correntes. Intérprete: Martinho. In: MARTINHO DA VILA. Presente. France: RCA VICTOR, p1977. 1 disco sonoro. Lado A, faixa 5.

amigos y familiares, que, en ciertos casos, acaban rompiendo el convivio al saber de la homosexualidad de un individuo cercano.

Frente a esas adversidades, el cuestionamiento literario presente en la canción es revelador, pues en la expresión del hijo al decir a su madre o padre que no puede asumir su descamino o reencontrar su camino. En verdad esos trechos se equiparán a toda una imposición heteronormativa que reduce una persona homosexual en buscar su felicidad al lado de una persona del mismo sexo.

Esa realidad ya hace parte de todo un peso de verse atrapado por corrientes o cuerdas que dificultan que muchos homosexuales puedan vivir en dignidad. De ese modo ¿Para qué más cuerdas y corrientes? Si un homosexual ya vive en una estructura sociocultural que emplea dificultades múltiples para una persona asumirse tal cual una es.

Por esta razón, la canción de Martinho da Vila retrata una realidad próxima de las dificultades cotidianas en la vida de las personas homosexuales, siendo actual y sirviendo como un instrumento de cuestionamiento sobre sexualidad humana y diversidad.

5 Mamonas Assassinas con poderes titánicos

Um ser humano fantástico / Un ser humano fantástico
 Com poderes titânicos / Con poderes titânicos
 Foi um moreno simpático / Ha sido un moreno simpático
 Por quem me apaixonei / Por quién me enamoré
 E hoje estou tão eufórico (doce, doce, amor) / Y hoy estoy tan eufórico (Dulce, Dulce, amor)
 Com mil pedaços biônicos / Con mil trozos biônicos
 Ontem eu era católico / Ayer yo era católico
 Ai, hoje eu sou um gay! / Y... hoy yo soy un gay!
 Abra sua mente / Abra su mente
 Gay também é gente / Gay también es gente.²²

El grupo ícono del rock satírico nacional que, en década de los años 1990, usó sus canciones divertidas, pero al mismo tiempo críticas para hablar de temas relacionados a la sexualidad humana.

En la canción: *Robocop gay*, conseguirán por medio de letras de duplo sentido atraer un gran número de fans, que discutieron socialmente

22 DINHO; RASEC, J. Robocop gay. Intérprete: Mamonas Assassinas. In: MAMONAS ASSASSINAS. Mamonas Assassinas. Manaus, Brasil: EMI, p1995. 1 disco sonoro. Faixa 10.

el tema de la orientación homosexual del personaje “Robocop”. Esa canción tuvo importancia conjetural para la divulgación del tema enfrentado, plegando un mensaje de inclusión de la homosexualidad.

Al explicitar expresiones como: un ser humano fantástico, abra su mente, gay también es gente y hacer una crítica al catolicismo, que, hasta la actualidad, promulga enseñamientos que condenan la práctica homosexual.²³ Esas críticas tornaron los Mamonas Assassinas agentes precoces de la sensibilización para la aceptación e inclusión de personas que viven situaciones de exclusión sexual, entre ellos los homosexuales.

6 Os Tribahistas echando arroz

O seu juiz já falou / Su juez ya habló
 Que o coração não tem lei / Que el corazón no tiene ley
 Pode chegar / Puede llegar a
 Pra celebrar / Para celebrar
 O casamento gay / El casamiento gay
 Joga arroz / Juega al arroz
 Joga arroz / Juega al arroz
 Joga arroz / Juega al arroz
 Em nós dois / En nosotros dos.²⁴

El grupo musical Os Tribahistas creó la canción: *joga arroz / echando arroz* para la campaña de casamiento igualitario entre parejas del mismo sexo en el país en 2013:

Los músicos Arnaldo Antunes, Carlinhos Brown y Marisa Monte lanzan la música en apoyo a campaña Casamiento Civil Igualitario del Deputado Federal Jean Wyllys. Reglamentado por el Consejo Nacional de Justicia, el proyecto de Ley aguarda aprobación en el Congreso.²⁵ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

23 VERBICARO SOARES, Douglas. A condenação histórica da orientação sexual homossexual – as origens da discriminação à diversidade sexual humana: violações aos direitos sexuais – reflexos do Brasil Colônia ao Século XXI. In: *Revista Latino-Americana de Direitos Humanos – HENDU*, Belém, Brasil, v. 7, número 1, p.54. 2016.

24 ANTUNES, A; BROWN, C; MONTE, M. Joga arroz. Intérprete: Tribahistas. In: TRIBALHISTAS. Joga Arroz. Brasil: Sound Cloud Página Oficial Marisa Monte, p2013.

25 EBC. 2013. Arnaldo Antunes, Carlinhos Brown e Marisa Monte lançam música em apoio à campanha Casamento Civil Igualitário. Disponible en: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/05/arnaldo-antunes-carlinhos-brown-e-marisa->

Hecho que caracterizó un nuevo período de avance en el reconocimiento de derechos para los homosexuales, después de la aprobación en el Supremo Tribunal Federal de la equiparación de las uniones homosexuales con los mismos efectos legales que en las uniones heterosexuales como entidad familiar de 2011:

10 (diez) ministros votantes en el juzgamiento de la ADPF 132 y de la ADIn 4.277 manifestaron sus votos por la procedencia de las respectivas acciones constitucionales, reconociendo la unión homoafectiva como entidad familiar y aplicando a la misma el régimen de bienes concerniente a la unión estable entre hombre y mujer, regulada en el art. 1.723 del Código Civil brasileño.²⁶
(Texto con traducción portugués para el castellano)

La canción *joga arroz* representa, en significado literal, el acto de celebrar con arroz la unión universal, independientemente del sexo, con los mismos derechos y sin discriminaciones.

7 Isabella Taviani: en el origen del amor

Ontem eu senti junto da tua carne / Ayer yo sentí junto a tu carne
 Uma energia rara, / Una energía rara
 teu calor prepara pra o perfeito encaixe / tu calor prepara para
 el perfecto encaje
 Ontem percebi que minha pele fala / Ayer he notado que mi piel
 habla
 E ela gritou maluca! Vê se desliga / Y ella gritó ¡loca! apague
 Senão a gente frita / De lo contrario nosotros vamos a quemar
 Mesmo se fosse uma estrela no céu, / Aunque fuera una estrella
 en el cielo
 Mesmo se fosse uma estrela no mar / Aunque fuera una estrella
 en el mar
 A minha vida eu fiquei te esperando / Mi vida me quedé
 esperándote
 Agora não vou deixar você me escapar / Ahora no dejaré que
 me escapes.²⁷

monte-lancam-musica-em-apoio-ao-casamento. Acceso en: 16/01/2019.

26 NONATO, Domingos; LEAL, Pastora. O direito à diferença, mas na igualdade de direitos: o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro da união homoafectiva enquanto entidade familiar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*. Curitiba, v. 10, n. 10, jul. /dez. 2011, p. 250.

27 TAVIANI, I. De qualquer maneira. Intérprete: Isabella. In: ISABELLA TAVIANI. *Isabella Taviani Ao Vivo*, Brasil: UNIVERSAL MUSIC, p2005. 1 disco sonoro. Faixa 14.

La artista Isabella Taviani, a través de la música: *de qualquer maneira / de todos modos*, hizo alusión contemporánea sobre la sexualidad femenina y lesbiana, retratando el “perfecto encaje y una energía rara con la carne”, o sea, con el cuerpo de su compañera. Una letra que recuerda la libertad sexual de las mujeres en poder elegir la persona que desee para estar a su lado, sea para practicar el sexo carnal o amar. En ambos sentidos, en el experimento de descubrirse el placer sentido de múltiples formas.

La mención de “perfecto encaje” puede, también, representar el ideal de reencuentro en el amor o de los sexos presente en los textos del Banquete de Platón, que buscó explicar a través del relato mitológico en la Grecia Clásica, las manifestaciones del amor y sus orígenes.²⁸

En el caso de la canción de Taviani, el amor entre dos mujeres. La expresión del “encaje perfecto”, analógicamente, reflète otras canciones con temas semejantes, como, por ejemplo: *Oniria e Insomnia*, del grupo español Love of Lesbian, así como en la canción de la película Hedwig & the Angry Inch: *the origin of love*.²⁹ En todas existe previsión del amor en la diversidad sexual, sea entre dos mujeres o entre dos hombres.

8 Ney Matogrosso: la libre sexualidad

Seu Valdir, o senhor / Valdir, el Señor
 Maguou meu coração / Se rompió mi corazón.
 Fazer isto comigo, Seu Valdir / Hacer esto a mí, Valdir,
 Isto não se faz não / Eso no se hace
 Eu trago dentro do peito / Traigo en el pecho
 Um coração apaixonado / Un corazón enamorado
 Batendo pelo senhor / que suena por el Señor...
 O senhor tem que dar um jeito / Usted tiene que encontrar una
 maneira
 Se não eu vou cometer o suicídio, / Si no lo cometo suicídio
 Nos dentes de um ofídio eu vou morrer / En los dientes de un
 ofidios.

28 VERBICARO SOARES, Douglas. *La libertad sexual en la sociedad: especial referencia a la homosexualidad en las Fuerzas Armadas Brasileñas*. Tesis Doctoral. Salamanca, España. Universidad de Salamanca – USAL, p.57. 2015.

29 VERBICARO SOARES, Douglas; CRUZ, Rivetla. Históricas influências artísticas na formação de ideários sobre a orientação homossexual na sociedade brasileira. *Revista Pensamento Jurídico – FADISP*, São Paulo, v. 12, n. 2, jul. /dez. 2018, p. 292.

Eu falo tudo isso pois sei que o senhor / Estoy hablando de todo
 esto porque sé que el Señor
 Tá gamadão em mim / Estas echando polvo
 Eu quero ser o seu brinquedo favorito, / Quiero ser tu juguete
 favorito,
 Seu apito, sua camisa de cetim / Su silbido, su camisa de Satén.
 Mas o senhor precisa ser mais decidido / Pero hay que ser más
 decidido
 E demonstrar que corresponde ao meu amor / Y demostrar que
 corresponde a mi amor.³⁰

La canción: *Seu Valdir*, compuesta por Marco Polo, del grupo Ave Sangria, hizo polémica en pleno Régimen Militar. Esa música irreverente fue también cantada en la versión de samba-choro por Ney Matogrosso.

Los versos románticos de la música *Seu Valdir*, del grupo pernambucano Ave Sangria, fueron considerados indebidos por los censores del régimen militar en el año de 1974. El motivo: la canción era cantada por un hombre y tendría, así, connotación homosexual y, por eso, fue reprobada. Con la música prohibida, el primero LP del grupo psicodélico ha sido retirado de las tiendas (EBC, 2016).³¹ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Bajo la justificativa de apología a la homosexualidad, *Seu Valdir*, junto con otras canciones, fueron perseguidas y prohibidas su reproducción en el país. En el año de 1980, en el compacto de Ney Matogrosso (Folia no Matagal), la música volvió a ser grabada.

La visión andrógina del artista hizo de sus interpretaciones una mezcla de dudas inquietantes en cuanto a voz, postura/ performance y modo de vestirse, jugando corajosamente con los géneros desde la década de los años 70, plasmado en el grupo musical de los Secos & Molhados.

Ney Matogrosso hace parte de la música popular nacional con temas irreverentes e importantes que tratan de la sexualidad en el cotidiano humano, sinvergüenza de mostrarse. Canciones como: *O vira*, *Calúnias (Telma eu não sou gay)*, *Homem com h*, *Poema*, *Freguês*

30 POLO, M. Seu Valdir. Intérprete: Ney. In: NEY MATOGROSSO. Folia no Matagal. Rio de Janeiro, Brasil: ARIOLA, p1980. 1 disco sonoro. Lado B, faixa única.

31 EBC. 2016. Banda Ave Sangria pede anistia à justiça por censura na década de 70. Disponible en: <http://www.ebc.com.br/cultura/2016/02/banda-ave-sangria-pede-anistia-justica-por-censura-na-decada-de-70>. Acceso en: 15 jan. 2019.

da meia-noite, Pra virar lobisomem, Amor objeto, Sensual y otras. En pleno siglo XXI, su repertorio es actual, descaradamente libre en la expresión verdadera de su sexualidad.

9 Chacrinha que se comunicó con una canción de carnaval

Maria Sapatão / María Lesbiana
 Sapatão, Sapatão / Lesbiana, Lesbiana
 De dia é Maria / Por el día es María
 De noite é João / Por la noche es Juan
 Maria Sapatão / María Lesbiana
 Sapatão, Sapatão / Lesbiana, Lesbiana
 De dia é Maria / Por el día es María
 De noite é João / Por la noche es Juan
 O sapatão está na moda / “Lo lésbica” está de moda
 O mundo aplaudiu / El mundo aplaudió
 É um barato, é um sucesso / Es un barato, es un éxito
 Dentro e forado Brasil / Dentro y fuera de Brasil.³²

El personaje de Abelardo Barbosa, popularmente conocido en Brasil como Chacrinha, fue un comunicador de radio y televisión, con programas que se destacaron en sociedad. Era famoso también por lanzar periódicamente canciones – *marchinhas* - cantigas de carnaval, entre ellas: *Maria Sapatão*

La letra mencionada, muy conocida en Brasil, merece ser destacada una vez que, muchas personas, imaginan que, con la popularidad del Carnaval de Brasil, que la orientación sexual sería entendida como muy liberal en el país. La realidad enseña que sería justo lo contrario, es cantiga de carnaval popularizada por un ilustre personaje de la historia brasileña: Abelardo Barbosa – “Chacrinha”, que ha sido uno de los presentadores más destacados de los medios audiovisuales de Brasil, teniendo incluso un programa todos los domingos en la cadena Globo (la más grande del país), con índices de audiencia insuperables, durante más de una década, principalmente en los años ochenta, sostiene un fuerte contenido de perjuicio y discriminación que, durante décadas, ha generado toda una estigmatización de las lesbianas en Brasil.³³ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

32 KELLY, J. R.; CHACRINHA; DON CARLOS; LELECO. Maria Sapatão. Intérprete: Chacrinha. In: CHACRINHA. Chacrinha. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1984. 1 disco sonoro. Lado B, faixa única.

33 VERBICARO SOARES, Douglas. *La libertad sexual en la sociedad: especial*

La canción mencionada contiene un contenido discriminatorio en su mayoría, no identificado por muchas personas que reproducen su discriminación sin saberlo. Por otro lado, las personas que luchan diariamente con el prejuicio, entre ellas las lesbianas, tienen que escuchar una canción de carnaval, que debería representar alegría, pero que transmite sentimientos de rechazo y angustia. Es válido recordar que la expresión *sapatão* – marimacho, utilizada como ofensa, tiene un significado peyorativo.

Para los inadvertidos, la mujer *sapatão*, en el lenguaje cotidiano representa una mujer lesbiana. Paradoxalmente, las lesbianas son mujeres que tienen atracción homoerótica y sexual por otras mujeres. Con esa idea, la mujer que le gusta otra mujer, segundo el contexto discriminatorio, en realidad sería la mujer que quiere ser varón, una mujer de pies grandes, masculinizada, como si fuese un hombre. Ese ideal de estigma que reduce las mujeres lesbianas y, la simple reproducción a través de la música en ambientes públicos refuerza el prejuicio y la discriminación a los homosexuales.

De esa forma, en el carnaval del Estado de Rio de Janeiro en 2017, comenzaron a retirar ciertas músicas típicas, consideradas inadecuadas, del período festivo de algunos de los grupos que se reúnen para celebrar la fiesta - *blocos*, por considéralas incorrectas:

El Carnaval de 2017 va a ser un poco diferente en Río de Janeiro. Algunos *blocos* decidieron retirar algunas cantigas por considerarlas ofensivas. Entraron en la lista clásicos como “Maria Sapatão”, “Cabeleira do Zezé”, “Índio quer Apito” e “O Teu Cabelo Não Nega”.³⁴ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

En el mismo sentido, el Estado de São Paulo siguió la iniciativa del Estado vecino (Rio de Janeiro): Algunos *blocos* en Río y otros en São Paulo estaban dispuestos a no tocar más músicas consideradas incorrectas en las listas de repertorios.³⁵ Los defensores de las

referencia a la homosexualidad en las Fuerzas Armadas Brasileñas. Tesis Doctoral. Salamanca, España. Universidad de Salamanca – USAL, p.586. 2015.

34 BLOG DO BG. 2017. Marchinhas “Maria Sapatão”, “O Teu Cabelo Não Nega”, “Cabeleira do Zezé” e “Índio Quer Apito” começam a ser banidas de blocos de Carnaval do Rio. Disponible en: <https://www.blogdobg.com.br/marchinhas-maria-sapatao-o-teu-cabelo-nao-nega-cabeleira-do-zeze-e-indio-quer-apito-comecam-a-ser-banidas-de-blocos-de-carnaval-do-rio/>. Acceso en: 16 jan. 019.

35 EXAME. 2017. Marchinhas ofensivas? Blocos e artistas debatem o carnaval.

marchinhas, en general, atestan que determinadas cantigas de carnaval no serían discriminatorias, que las mismas habían sido creadas en un contexto diverso sin prejuicios, por eso, hablar en prohibirlas sería una cuestión innecesaria. Para las opiniones divergentes, la proyección musical pública de letras discriminatorias refuerza el prejuicio contra grupos ya excluidos socialmente.

10 Rita Lee de la liberación sexual

Quanto mais proibido / Quanto más prohibido
Mais faz sentido a contravenção / Más hace sentido la contravención
Legalize o que não é crime / Legalice lo que no es crimen
Recrimine a falta de educação / Recrimine la falta de educación
Separe o joio do trigo / Separar el trigo de la paja
O Maquiavel do seu amigo / El Maquiavelo de su amigo
Casamento gay além de opção / Casamiento gay como opción
É controle de população / Es contra la población.³⁶

En la misma línea de interpretación de la canción: *obrigado não – obrigado no*, otras canciones de la artista Rita Lee pueden ser utilizadas como instrumentos de sensibilización en temas de la sexualidad humana, evidenciando el empoderamiento de las mujeres y, también, personas en situación de exclusión social:

Estos aspectos del placer y de la fiesta todavía, identificados como femeninos, retornan al diálogo mismo después de una larga versación sobre el rock, al que parece la fuerza de las imágenes que lo femenino evoca en Rita Lee realizó una transmutación completa. Que va desde la mujer sexy e independiente, para la maternal y, por fin, para la tía protectora y loca. Estereotipos reconfigurados incesantemente en el escoplo de la industria fonográfica, dividida por la sociedad que realmente la maquinaria de representación de la mujer y de fabricación del género como lugar preferencial de las distinciones sociales, mismo cuando se está avanzando en el discurso de la valorización femenina.³⁷ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/blocos-do-rio-e-sp-deixam-de-tocar-musicas-consideradas-ofensivas/>. Acesso em: 16 jan. 2019.

36 LEE, R; CARVALHO, R. Obrigado não. Intérprete: Rita. In: RITA LEE. Santa Rita de Sampa. Manaus, Brasil: POLYGRAM, p1997. 1 disco sonoro, faixa 11.

37 GOHL, Jefferson. 2015. Rita Lee e a canção pop em tempos de censura: entre a sexualidade e a maternidade nos anos 1980. In.: *XVIII Simpósio Nacional de História*.

La artista Rita Lee visibilizó la cuestión del casamiento entre personas del mismo sexo, así como la homosexualidad dentro de las Fuerzas Armadas de Brasil a través de la música: *obrigado não*.

De esa forma, su influencia como formadora de opinión en el escenario nacional es destacable. Su obra genera discusión sobre temas relevantes y actuales, esquiados de un tabú secular impuesto a la diversidad sexual, en destaque la homosexualidad en las Fuerzas Armadas. Para corroborar con esa afirmación:

La artista brasileña Rita Lee, con la canción: *obrigado não*, habla entre distintos temas del casamiento homosexual y la homosexualidad en las Fuerzas Armadas brasileñas. En su letra, al considerar: cuanto más prohibido más sentido la contravención, hace un juego de palabras que bien explicita la situación de la homosexualidad dentro de las FF. AA de Brasil, que prohíbe la práctica de actos homosexual de un modo discriminatorio, condenando la libertad sexual, como hemos visibilizado en nuestro estudio. El video clip ha sido polémico pues visibilizaba militares hombres que se besan dentro de la esfera militar.³⁸

De todos modos, Rita Lee ocupa una posición de destaque en el país, como una artista que buscó sensibilizar sobre los prejuicios y discriminaciones que siguen presentes en prácticas sociales de Brasil, siendo por lo tanto bastante actuales sus canciones.

11 Lulu Santos: por todas las formas de amor, el nuestro ha vuelto noticia

O nosso amor virou notícia / Nuestro amor ha vuelto noticia
 Ganhou a capa do jornal / Ganó la tapa de la revista
 Depois quebrou a internet / Después se rompió internet
 Viralizou geral / General Viralizó
 A gente ficou assistindo / Estábamos mirando
 Sem conseguir acreditar / No se puede creer
 Que interessa a tantas vidas / Que Importa a muchas vidas

Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1433930612_ARQUIVO_RitaLeeeacancaoipopemtemposdecensura.pdf, p.17-18. Acesso em: 16 jan. /2019.

38 VERBICARO SOARES, Douglas. *La libertad sexual en la sociedad: especial referencia a la homosexualidad en las Fuerzas Armadas Brasileñas*. Tesis Doctoral. Salamanca, España. Universidad de Salamanca – USAL, 2015, p. 617.

A nossa particular / La nuestra particular
 A maioria só deu força / La mayoría nos ha dado fuerza
 Chegou pra se regozijar / Vino para alegrarse
 Numa torrente de amor exemplar / En un torrente de amor
 ejemplar
 A outra parte, você sabe / La otra mitad, sabes
 É bem mais rudimentar / Es mucho más rudimentario
 Inveja é mesmo uma merda / Envidia es una mierda
 Não conseguimos lidar / Nosotros no podemos hacer frente a.³⁹

El artista nacional Lulu Santos, de prestigio artístico en el escenario musical brasileño, en el año de 2018, asumió un relacionamiento homosexual. Hecho que generó una repercusión social bastante discutida en los medios de comunicación en el país, también hizo que el autor crease una música especial: *hoje em dia / hoy en día*, para retratar el clamor social vivido por la noticia:

Lulu Santos, reveló en el Instagram el relacionamiento con Clebson Teixeira. El músico y técnico del *The Voice*, que costumbre ser reservado cuanto su vida personal, publicó una foto durante un paseo de helicóptero con el joven, con la expresión: “Llévame para la luna”. La confirmación de la relación vino en los comentarios de muchos fanes, que desearon felicidades a la pareja. Lulu respondió: “Es realmente un privilegio, me siento bendito por tanto cariño y buenas vibraciones. Del fondo del corazón, nuestras gracias”. En continuación, el músico publicó un vídeo dando las gracias por todo cariño recibido en el post, deseando a los fanes el doble de felicidad.⁴⁰ (*Texto con traducción portugués para el castellano*)

El cantautor de *todas las formas de amor / todas las formas de amor* y, recientemente, con: *hoje em dia / hoy en día*, desencadenó discusiones relativas a temas importantes de la diversidad sexual:

Eu não pedi pra nascer / No pido nacer
 eu não nasci pra perder / No nací para perder
 nem vou sobrar de vítima / Ni voy a la izquierda de la víctima
 das circunstâncias / de las circunstancias
 Eu tô plugado na vida / Enchufé mi vida
 eu tô curando a ferida / Yo estoy curando la herida

39 SANTOS, L. Hoje em dia. Intérprete: Lulu. In: LULU SANTOS. Brasil: Página Oficial Lulu Santos, p. 2018.

40 VEJA. 2018. Lulu Santos revela relacionamento com jovem baiano. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/entretenimento/lulu-santos-revela-relacionamento-com-jovem-baiano/>. Acceso en: 16 jan. 2019.

às vezes eu me sinto / A veces me siento
 uma mola encolhida / un muelle contraído
 Você é bem como eu / Tú eres como yo
 conhece o que é ser assim / Conoces lo que es ser así
 só que dessa história / Lo único es que de esa historia
 ninguém sabe o fim / Nadie sabe el fina
 e a gente vai à luta / y vamos a luchar
 e conhece a dor / y sabe el dolor
 consideramos justa / Consideramos justa
 toda forma de amor / todas las formas de amor.⁴¹

En el año de 2018, a través de la obra ficticia de la televisión de Globo: *Malhação: vidas brasileiras*, los personajes se descubren como pareja homosexual. Así, Michael (interpretado por Pedro Vinícius), uno de los alumnos de la escuela Sapiência que es declaradamente homosexual se enamora de Santiago (Giovanni Dopic) y empiezan a asumir su relación.⁴²

En uno de los episodios, los dos cambian homenajes por medio de las músicas, una de ellas la canción de Lulu Santos: *toda forma de amor*, haciendo referencia a la homosexualidad como expresión justa del amor, en el caso de los personajes. De esa forma, la música, también, es constantemente utilizada para visibilizar coherentemente la diversidad sexual y el amor libre de discriminación.

Consideraciones finales

El empleo de las diez canciones como fuente de sensibilización en temas de sexualidad humana, en especial la homosexualidad, sirvió para aclarar socialmente la cuestión del preconcepto que viven esas personas excluidas en el país.

La iniciativa por la utilización de la instrumentalización musical para concientizar históricamente sobre los problemas de esa orientación en la sociedad brasileña fue importante, pues presentó una alternativa

41 SANTOS, L. Toda forma de amor. Intérprete: Lulu. In: LULU SANTOS. Toda Forma de Amor. Rio de Janeiro, Brasil: RCA VICTOR, p1988. 1 disco sonoro. Lado B, faixa 1.

42 OBSERVATÓRIO DA TELEVISÃO. 2018. Malhação – Vidas Brasileiras destaca romance homossexual. Disponible en: <https://observatoriodatelevisao.bol.uol.com.br/capitulo-da-novela/malhacao/2018/09/malhacao-vidas-brasileiras-destaca-romance-homossexual>. Acceso en: 16 jan. 2019.

para la reducción de obstáculos discriminatorios que impiden que los homosexuales sean respetados en dignidad y de tener acceso a los mismos derechos que las personas heterosexuales.

Las canciones utilizadas funcionaron como fuentes de inspiración multidisciplinar, extendiendo sus efectos en la viable discusión social en el país en temas de relevante valor, como la diversidad sexual, el combate a la discriminación, el desarrollo del raciocinio crítico de lectores/receptores de las músicas críticas para los problemas de la homosexualidad. Así como también, la manifestación de posibilidades variadas para la educación sobre género, libertad sexual, búsqueda por la felicidad, derecho a una vida privada en dignidad, implemento de la humanidad de cada persona en no sufrir violencias por tener una orientación diversa de la heterosexual dominante.

El estudio apuntó que todas las formas de amar, en referencia clara a la homosexualidad, deberán ser reconocidas en la propia esencia que el termino amor exige. La expresión libre de la sensualidad y sexualidad humanas son imperiosas para la construcción de una sociedad inclusiva, basada en la paz, armonía social y justicia. El combate al prejuicio y la discriminación necesitarán estar presentes en las acciones conjuntas del Gobierno Brasileño, junto con la sociedad para garantizarla real inclusión de grupos en situación de vulnerabilidades socioculturales e históricas.

De modo conclusivo se apunta la necesidad de nuevos estudios para el conocimiento sobre la orientación homosexual en Brasil, justamente para que se pueda entender los problemas originarios que impiden la integración de esas personas como ciudadanos respetados e integrados.

Es preciso abrir la mente, pues en el origen del amor, gay también es gente, como en todas las formas de amor. Y deben, con base en la igualdad, echar arroz en las celebraciones de uniones homoafetivas, como también, ser removidas las cuerdas y corrientes que estigmatizan. En la formación de una sociedad donde sus ciudadanos puedan amarse libremente, sin ser prohibidos o clasificados como pecadores, de tener que esconder su forma de amor. Debemos aplaudir el suceso de la aceptación e inclusión de la diversidad sexual dentro y fuera de Brasil.

Referencias

ANTUNES, A; BROWN, C; MONTE, M. Joga arroz. Intérprete: Tribahistas. In: TRIBALHISTAS. Joga Arroz. Brasil: Sound Cloud Página Oficial Marisa Monte, 2013.

BLOG DO BG. 2017. Marchinhas “Maria Sapatao”, “O Teu Cabelo Não Nega”, “Cabeleira do Zezé” e “Índio Quer Apito” começam a ser banidas de blocos de Carnaval do Rio. Disponível em: <https://www.blogdobg.com.br/marchinhas-maria-sapatao-o-teu-cabelo-nao-nega-cabeleira-do-zeze-e-indio-quer-apito-comecam-a-ser-banidas-de-blocos-de-carnaval-do-rio/>. Acesso em: 16 jan. 2019.

BRANDÃO, L. Ombro amigo. Intérprete: Leci. In: LECI BRANDÃO. Um Ombro Amigo. Rio de Janeiro, Brasil: GLOBO COLUMBIA, p1993. 1 disco sonoro. Lado B, faixa 1.

BRETT, Philip; WOOD, Elizabeth. 2013. Música Lésbica e guei. Disponível em: http://hugoribeiro.com.br/biblioteca-digital/Palombini-Musica_lesbica_guei.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

CAMAROTTI, Marco. *Diário de um corpo a corpo pedagógico*. Recife: Universitária UFPE, 79 p. 1999.

CARDOSO, Sílvia; MACHADO, Heitor. “A Galeria do Amor” Cidade, corpo e emoções na música de Agnaldo Timóteo. *C-legenda*, Rio de Janeiro n. 33, p. 32-44, 2015.

COBALCHINI, Eloiza; DIAS, Luciana. 2007. *Gênero textual canção, em sala de aula, provocando o despertar do leitor crítico*. Disponível em: <http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/909-4.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

DA VILA, M. Cordas e correntes. Intérprete: Martinho. In: MARTINHO DA VILA. *Presente*. France: RCA VICTOR, p1977. 1 disco sonoro. Lado A, faixa 5.

DINHO; RASEC, J. Robocop gay. Intérprete: Mamonas Assassinas. In: MAMONAS ASSASSINAS. *Mamonas Assassinas*. Manaus, Brasil: EMI, p1995. 1 disco sonoro. Faixa 10.

DOMÍNGUEZ, Beatriz. *El lesbianismo en las series de ficción televisiva españolas*. Tesis Doctoral. Madrid, España. Departamento de Comunicación Audiovisual y Publicidad I. Universidad Complutense de Madrid, 2012.

EBC. 2013. *Arnaldo Antunes, Carlinhos Brown e Marisa Monte lançam música em apoio à campanha Casamento Civil Igualitário*. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/05/arnaldo-antunes-carlinhos-brown-e-marisa-monte-lancam-musica-em-apoio-ao-casamento>. Acesso em: 16 jan. 2019.

EBC. 2016. *Banda Ave Sangria pede anistia à justiça por censura na década de 70*. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/cultura/2016/02/banda-ave-sangria-pede-anistia-justica-por-censura-na-decada-de-70>. Acesso em: 15 jan. 2019.

EXAME. 2017. *Marchinhas ofensivas? Blocos e artistas debatem o carnaval*. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/blocos-do-rio-e-sp-deixam-de-tocar-musicas-consideradas-ofensivas/>. Acesso em: 16 jan. 2019.

GOHL, Jefferson. 2015. Rita Lee e a canção pop em tempos de censura: entre a sexualidade e a maternidade nos anos 1980. In: *XVIII Simpósio Nacional de História*. Disponível em: http://www.snh2015.anpuh.org/resources/anais/39/1433930612_ARQUIVO_RitaLeeeacancaopopemtemposdecensura.pdf. Acesso em: 16 jan. 2019.

GONZATTI, Christian; MACHADO, Felipe. Notas sobre o espalhamento da criança viada na cultura pop digital brasileira. *Periódicus*, Salvador, v. 1, n. 9, p. 248-267, maio/out. 2018.

KELLY, J. R.; CHACRINHA; DON CARLOS; LELECO. *Maria Sapatão*. Intérprete: Chacrinha. In: CHACRINHA. Chacrinha. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1984. 1 disco sonoro. Lado B, faixa única.

LEE, R; CARVALHO, R. Obrigado não. Intérprete: Rita. In: RITA LEE. Santa Rita de Sampa. Manaus, Brasil: POLYGRAM, p1997. 1 disco sonoro, faixa 11.

LEGIDO, Rosa. *Homosexualidad latente en el cine*. Tesis Doctoral. Madrid, España. Dto. Comunicación Audiovisual y Publicidad II. Universidad Complutense de Madrid, 2017.

NONATO, Domingos; LEAL, Pastora. O direito à diferença, mas na igualdade de direitos: o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro da união homoafetiva enquanto entidade familiar. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 224-259, jul./dez. 2011.

OBSERVATÓRIO DA TELEVISÃO. 2018. Malhação – Vidas Brasileiras destaca romance homossexual. Disponível em: <https://observatoriodatelevisao.bol.uol.com.br/capitulo-da-novela/malhacao/2018/09/malhacao-vidas-brasileiras-destaca-romance-homossexual>. Acesso em: 16 jan. 2019.

POLO, M. Seu Valdir. Intérprete: Ney. In: NEY MATOGROSSO. Folia no Matagal. Rio de Janeiro, Brasil: ARIOLA, p1980. 1 disco sonoro. Lado B, faixa única.

RODRIGUES, Rita de Cássia. Artes de Acontecer: viados e travestis na Cidade do Rio de Janeiro, do Século XIX a 1980. *Revista Esboços*, Florianópolis. v. 23, n. 35, p. 90-116, set. 2016.

RO RO, A. *Balada da arrasada*. Intérprete: Angela. In: ANGELA RO RO. Angela Ro Ro. Rio de Janeiro, Brasil: POLYGRAM, p1979. 1 disco sonoro. Lado 2, faixa 10.

SANTOS, L. Hoje em dia. Intérprete: Lulu. In: LULU SANTOS. *Brasil*: Página Oficial Lulu Santos, p2018.

SANTOS, L. Toda forma de amor. Intérprete: Lulu. In: LULU SANTOS. *Toda Forma de Amor*. Brasil: RCA VICTOR, p1988. 1 disco sonoro. Lado B, faixa 1.

TAVIANI, I. De qualquer maneira. Intérprete: Isabella. In: ISABELLA TAVIANI. Isabella Taviani Ao Vivo, Brasil: UNIVERSAL MUSIC, p2005. 1 disco sonoro. Faixa 14.

TBT. 2016. Entenda porque o Bob Dylan ganhou o prêmio Nobel de Literatura de 2016. Disponível em: <http://www.tudoetodas.com.br/post/porque-bob-dylan-ganhou-premio-nobel-literatura-2016->. Acesso em: 14 jan. 2019.

THE NOBEL PRIZE. 2016. The Nobel Prize in Literature 2016. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/literature/2016/summary/>. Acesso em: 14 jan. 2019..

TIMÓTEO, A. A Galeria do Amor. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO TIMÓTEO. Galeria do Amor. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1975. 1 disco sonoro. Lado 1, faixa 1.

TIMÓTEO, A. Eu pecador. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO TIMÓTEO. Eu Pecador. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1977. 1 disco sonoro. Lado A, faixa 1.

TIMÓTEO, A. Perdido na noite. Intérprete: Agnaldo. In: AGNALDO TIMÓTEO. Perdido na Noite. Rio de Janeiro, Brasil: EMI - ODEON, p1976. 1 disco sonoro. Lado 1, faixa 1.

VEJA. 2018. Lulu Santos revela relacionamento com jovem baiano. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/entretenimento/lulu-santos-revela-relacionamento-com-jovem-baiano/>. Acceso en: 16 jan. 2019.

VERBICARO SOARES, Douglas. *La libertad sexual en la sociedad: especial referencia a la homosexualidad en las Fuerzas Armadas Brasileñas*. Tesis Doctoral. Salamanca, España. Universidad de Salamanca – USAL, 791 p. 2015.

VERBICARO SOARES, Douglas. A condenação histórica da orientação sexual homossexual – as origens da discriminação à diversidade sexual humana: violações aos direitos sexuais – reflexos do Brasil Colônia ao Século XXI. *Revista Latino-Americana de Direitos Humanos – HENDU*, Belém, v. 7, n. 1, p. 50-64, 2016.

VERBICARO SOARES, Douglas; CRUZ, Rivetla. Históricas influências artísticas na formação de ideários sobre a orientação homossexual na sociedade brasileira. *Revista Pensamento Jurídico–FADISP*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 281-307, jul./dez. 2018.

A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO GERAL E OS DIREITOS ESPECIAIS DA PERSONALIDADE NO DIREITO ALEMÃO

THE RELATIONSHIP BETWEEN GENERAL LAW AND SPECIAL RIGHTS OF PERSONALITY IN GERMAN LAW

Leonardo Estevam de Assis Zanini¹ 

¹ Universidade de Araraquara (UNIARA), Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIARA, Araraquara, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: lezanini@jfsp.jus.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2977>

Autor convidado

Resumo: O presente artigo realiza um breve estudo sobre o regime jurídico dos direitos da personalidade no direito alemão. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como a proteção dada pelo § 823, I do Código Civil alemão (BGB), o direito geral da personalidade, bem como as relações existentes entre o direito geral da personalidade e as previsões relativas aos direitos especiais da personalidade. O estudo deixa claro ao leitor a ideia de cooperação existente entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, estes considerados como desdobramentos daquele. Merece ainda destaque a análise dos principais direitos especiais da personalidade: direito à voz, direito à imagem, direito ao nome, direito à honra, direito à privacidade e direito à autodeterminação informacional. Assim sendo, o objetivo desse trabalho não é uma pesquisa histórico e evolutiva dos direitos da personalidade na Alemanha, mas apresentar um breve panorama atual de proteção desses direitos naquele país.

Abstract: The present article makes a brief study on the legal regime of the rights of the personality in German law. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographical research. The most relevant issues are analyzed, such as the protection provided by § 823, I of the German Civil Code (BGB), the general right of the personality, as well as the relations between the general right of the personality and the provisions on special rights of the personality. The study makes clear to the reader the cooperation between the general right of the personality and the special rights of the personality. It is also worth highlighting the analysis of some special rights of the personality: right to voice, right to image, right to name, right to honor, right to privacy and right to informational self-determination. Therefore, the aim of this work is not a historical and evolutionary survey of the rights of the personality in Germany, but a brief overview of the current protection of these rights in that country.



Palavras-chave: Direito alemão. **Keywords:** German law. Rights of the
Direitos da personalidade. Direito à personalidade. Right to image. Right to
imagem. Direito ao nome. name.

Sumário: Introdução; 1. A proteção dos direitos da personalidade pelo § 823, I
do Código Civil alemão; 2. O direito geral de personalidade; 3. A relação entre o
direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade; 4. Direitos da
personalidade especialmente protegidos; 4.1. Direito à própria imagem; 4.2. Direito
à própria voz; 4.3. Direito ao próprio nome; 4.4. A honra; 4.5. A proteção da vida
privada; 4.6. O direito à autodeterminação informacional; 5. Considerações finais.

Introdução

A Alemanha é um dos países que deu grande contribuição para a constituição e o desenvolvimento dos direitos da personalidade¹. Os questionamentos doutrinários acerca da matéria já estavam presentes entre os estudiosos alemães do século XIX, lançando suas raízes no direito natural e na defesa dos direitos do ser humano em face do Estado².

Todavia, sobre a evolução histórica desses direitos existem muitos ensaios publicados no Brasil e no exterior, pelo que não se pretende aqui a elaboração de mais um estudo nesse sentido. De fato, no presente artigo o objetivo é diverso, pois se procura apresentar um quadro geral e atualizado da matéria na Alemanha. Busca-se dar ao leitor uma noção da forma como a proteção da personalidade é realizada hodiernamente no ordenamento jurídico alemão.

Para tanto, a metodologia utilizada é a descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Não se objetiva realizar, entretanto, um estudo aprofundado desse tema na Alemanha, mesmo porque isso demandaria uma obra monográfica. Trata-se tão somente de um estudo panorâmico, que, ao mesmo tempo em que informa o leitor, também o instiga a procurar outras fontes para ter um conhecimento mais sólido da matéria.

Ademais, apesar da pouca atenção que tem sido dada ao direito estrangeiro nos cursos de graduação e pós-graduação brasileiros, é certo que a presente análise pode ser bastante útil, uma vez que possibilita

1 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 54.

2 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 19.

reflexões em função da comparação entre o panorama atual da proteção dos direitos da personalidade na Alemanha e a situação desses direitos no Brasil, que sem dúvida nenhuma foram bastante influenciados pela dogmática germânica, cujas soluções e ideias muitas vezes são importadas pelo direito pátrio.

1 A proteção dos direitos da personalidade pelo § 823, I do Código Civil alemão

O Código Civil alemão (BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch*) tratou dos direitos da personalidade de forma bastante limitada, uma vez que essa categoria de direitos ainda era bastante incipiente e objeto de acirrados debates doutrinários no momento de sua elaboração no final do século XIX.

Entre as previsões atinentes aos direitos da personalidade está o § 823, I do BGB, o qual dispõe que aquele que “com intenção ou por negligência lesione ilegalmente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito de outra pessoa, será obrigado a reparar os danos resultantes”³. Nessa linha, a norma reprova a violação da vida, do corpo, da saúde e da liberdade de outrem, o que permite afirmar que toda pessoa tem direito à integridade de sua vida, de seu corpo, de sua saúde e de sua liberdade⁴.

Muitos autores discutem acerca da previsão do § 823, I do BGB, questionando se a norma realmente teria tratado de direitos da personalidade ou se simplesmente teria cuidado de bens jurídicos, pois ninguém poderia ter direitos sobre si mesmo⁵. A despeito desses questionamentos, a violação de direitos da personalidade é normalmente tratada em comentários e manuais quando da análise do § 823 do BGB⁶.

a) *Corpo e saúde*

Em relação à violação do corpo e da saúde é certo que em muitas situações existe uma proteção congruente, mas isso nem sempre

3 Tradução livre do original: § 823 *Schadensersatzpflicht*. (1) *Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.*

4 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 142.

5 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 55.

6 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 42.

ocorre. De fato, uma atuação sobre o corpo não necessariamente causa uma lesão à saúde, o que pode ser constatado quando alguém realiza um “toque indesejado” em outra pessoa. Por outro lado, também são admitidas interferências na saúde sem que haja violação corporal, sendo claramente justificável a previsão do § 823, I do BGB ao tratar separadamente a saúde e o corpo.

b) *Vida*

O direito à vida (*Recht auf Leben*) é violado pela prática de homicídio ou tentativa de homicídio. Em caso de falecimento em virtude do ato ilícito praticado, os herdeiros do falecido podem pleitear indenização com fundamento no § 823, I do BGB. Vale notar ainda que o direito alemão admite que a morte de uma pessoa possa ocasionar lesão a direitos de um terceiro, o que sucederia, por exemplo, quando o esposo de uma mulher é morto por um concorrente de profissão, o que provoca um choque na viúva. Todavia, questiona-se na doutrina quais seriam as condições necessárias para que tal indenização seja devida⁷.

c) *Liberdade*

No que toca ao direito à liberdade (*Recht auf Freiheit*), considera a doutrina majoritária que o § 823, I do BGB não guarda relação com a liberdade política (*politische Freiheit*) e nem com a liberdade ao desenvolvimento da personalidade (*Freiheit auf Entfaltung der Persönlichkeit*), garantia dirigida contra o Estado e prevista no art. 2, I da Lei Fundamental (GG). Da mesma forma que existe divergência entre o conceito constitucional de propriedade e o conceito de propriedade do direito civil, também há distinção entre o conceito constitucional de liberdade e aquele dado pelo § 823, I do BGB⁸.

Nessa linha, a liberdade prevista no § 823, I do BGB tem um sentido estrito e deve ser compreendida como liberdade de locomoção e de refutar qualquer violação física ou ameaça. Assim, essa liberdade é violada, por exemplo, com o encarceramento de uma pessoa ou quando, por meio de substâncias químicas, alguém perde sua capacidade de locomoção ou de manifestar livremente sua vontade.

d) *Nome*

7 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 142.

8 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 143.

Tirante a previsão do § 823, I, no que toca aos bens jurídicos ligados à pessoa, há ainda no BGB a previsão expressa da proteção ao nome (§ 12 do BGB), que é considerado um direito especial da personalidade⁹.

e) Outras previsões da legislação extravagante

Fora do âmbito do BGB, existem leis especiais que ampliaram o espectro dos direitos da personalidade reconhecidos¹⁰, como é o caso da proteção ao direito à própria imagem (*Recht am eigenen Bild*), prevista no § 22 e seguintes da Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia (*Kunsturhebergesetz* - KUG), de 9 de janeiro de 1907¹¹. A proteção de dados pessoais é igualmente tutelada por legislação especial (*Datenschutzgesetz*)¹².

Ademais, a proteção da personalidade ainda é concedida no âmbito do direito de autor, particularmente no que toca aos direitos da personalidade do autor (*Urheberpersönlichkeitsrecht*), que são considerados direitos especiais da personalidade (§ 11 da UrhG), haja vista que salvagam as criações do espírito¹³. Assim sendo, outorga-se ao autor o direito de decidir sobre a publicação (§ 12 da UrhG) e a designação da obra (§ 13 da UrhG), bem como ele pode se opor a eventuais adulterações promovidas em sua criação (§ 14 da UrhG)¹⁴.

Por conseguinte, vê-se que a legislação alemã regula a proteção de alguns direitos da personalidade no § 823, I do BGB. Em todo caso, os direitos não expressamente tutelados pelo referido artigo podem encontrar proteção em outra disposição do BGB, em legislação especial ou pela via do direito geral de personalidade¹⁵.

2 O direito geral de personalidade

O reconhecimento dos direitos da personalidade pela legislação alemã não foi, entretanto, suficiente para uma proteção abrangente dos

9 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 364.

10 BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*, p. 55.

11 NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*, p. 9.

12 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 48.

13 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 277.

14 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 438.

15 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade, passim*.

interesses personalíssimos dignos de tutela. O desenvolvimento da mídia de massa, bem como de outras técnicas modernas, trouxeram consigo, mais recentemente, novas ameaças à personalidade¹⁶. Mesmo onde havia regulação específica da lei, como é o caso do direito à imagem, a proteção jurídica diante dessas novas técnicas se mostrou insuficiente. Assim sendo, o aperfeiçoamento da proteção dos interesses da personalidade ficou a cargo da jurisprudência e da doutrina, que se concentraram na interpretação do § 823 I do BGB¹⁷.

A formulação “ou um outro direito” (“*oder ein sonstiges Recht*”), presente no § 823 I do BGB, teria dado a possibilidade de acrescentar mais posições legais protegidas aos direitos da personalidade ali mencionados, como seria o caso, por exemplo, do direito à voz. Os tribunais, entretanto, preferiram outro caminho para ampliar a proteção da personalidade.

De fato, ao invés de multiplicar o número de direitos definidos de forma relativamente estreita, o Tribunal Federal de Justiça (BGH – *Bundesgerichtshof*) desenvolveu um direito geral da personalidade (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), definindo-o como um direito do indivíduo ao respeito de sua dignidade humana e de desenvolvimento de sua personalidade individual (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*). Assim sendo, o direito geral da personalidade derivou do conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º da Lei Fundamental) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2º da Lei Fundamental)¹⁸. Foi reconhecido como um direito constitucionalmente garantido pela primeira vez no ano de 1954, com a célebre decisão do caso *Leserbrief*¹⁹. Posteriormente, o direito geral da personalidade foi confirmado pelo Tribunal Federal Constitucional (BVerfG)²⁰, mas não há que se confundir o direito geral da personalidade reconhecido no âmbito do direito civil com aquele reconhecido constitucionalmente como um direito fundamental²¹.

16 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 365.

17 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 143.

18 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 20.

19 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 441.

20 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 277.

21 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 21.

Nesse contexto, a construção do direito geral da personalidade deu margem para o reconhecimento de diferentes interesses da personalidade, os quais surgem particularmente diante de desenvolvimentos técnicos ou se apresentam como dignos de proteção²².

Realmente, com o advento da sociedade da informação, que proporcionou o aumento das possibilidades de intervenção na esfera privada das pessoas, bem como com a constante necessidade de obtenção de material sensacionalista por parte da indústria do entretenimento, apresentam-se novas necessidades de proteção, que podem contar com uma reação mais elástica e dinâmica em função do reconhecimento de um direito fonte (*Quellrecht*), donde derivam vários direitos específicos individuais²³. Ademais, o direito geral da personalidade também se apresenta como um direito moldura (*Rahmenrecht*), o que significa que ele somente descreve de forma aproximada o seu âmbito de proteção²⁴.

Aliás, entende-se que a elasticidade do direito geral da personalidade apresenta também consideráveis vantagens no que toca à possibilidade de restrição. Não há dúvida que a proteção da personalidade de uma pessoa não é absoluta, encontrando limites nos direitos de outra pessoa²⁵. De fato, os direitos da personalidade encontram frequentemente a concorrência de outros direitos e interesses em seu campo de atuação. Daí surge a questão acerca da existência, em um determinado caso concreto, de uma pretensão por violação do direito geral da personalidade, o que sempre dependerá de uma ponderação entre os direitos e interesses em contraposição²⁶.

Desse modo, os tribunais alemães desenvolveram o princípio de que uma violação ao direito geral da personalidade não gera, por si só, presunção de ilegalidade. É que para se chegar à conclusão quanto à ocorrência de um ilícito, mister se faz a realização de um processo de ponderação (*Güterabwägung*)²⁷. Assim sendo, somente se o direito da personalidade atingido sobrepuser o outro direito ou interesse em contraposição é que se poderá considerar a existência de uma conduta ilícita²⁸. E para a facilitação dessa ponderação de interesses,

22 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 57.

23 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

24 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 442.

25 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 56.

26 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 442.

27 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 366.

28 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 144.

a jurisprudência procura criar grupos de casos (*Fallgruppen*), que concretizam e orientam a aplicação do direito geral da personalidade, mas, ao mesmo tempo, não traçam limites definitivos, o que garante a flexibilidade necessária diante de novos desenvolvimentos²⁹.

Ademais, em relação ao pagamento de indenização, a legislação alemã não prevê o cabimento de pretensão ao pagamento de danos morais (*Schmerzensgeldanspruch*) pela violação do direito geral da personalidade³⁰. Todavia, o reconhecimento do direito geral da personalidade levou à necessidade da existência de referida pretensão ao pagamento de danos morais, que é atualmente admitida mesmo estando em contradição com o disposto no § 253 do BGB³¹. E aqui vale observar que no direito alemão não existe uma regra geral como o art. 186 do Código Civil brasileiro, que reconhece a ocorrência de ato ilícito e a necessidade de pagamento de indenização para qualquer tipo de dano, ainda que exclusivamente moral.

Por derradeiro, vale ainda notar que os direitos não patrimoniais (existenciais), sob certas circunstâncias, podem continuar existindo para além da morte (*postmortales Persönlichkeitsrecht*), o que é defendido pela doutrina majoritária³². E sobre esse tema o BGH declarou que o âmbito de proteção dos direitos da personalidade póstumos também inclui interesses comerciais³³.

3 A relação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade

No direito alemão existe a proteção da pessoa por meio do direito geral da personalidade, que foi amplamente reconhecido pela doutrina e jurisprudência³⁴, e pelos direitos especiais da personalidade, estes expressamente regulados pela legislação. O direito geral da personalidade constitui a base para a formação dos direitos especiais da personalidade, que podem ser considerados como desdobramento do direito geral da personalidade. Surge então uma relação entre o

29 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 22.

30 BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 457.

31 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 161.

32 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 123.

33 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 431 e 442.

34 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade³⁵, de maneira que os últimos são considerados como se fossem *leges speciales* quando diante do direito geral da personalidade³⁶.

Na hipótese de lesão a um direito especial da personalidade, já regulado pela legislação ou consagrado pela jurisprudência, não será necessário o recurso ao direito geral da personalidade, cujo âmbito de atuação, como já mencionado, tem limites de difícil determinação. Todavia, caso a lesão não se relacione com um direito especial da personalidade, será então necessário verificar se houve lesão ao direito geral da personalidade, que tem exatamente a função de tutelar as lacunas decorrentes dos novos desenvolvimentos³⁷. É assim que se dá a relação entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade.

4 Direitos da personalidade especialmente protegidos

4.1 Direito à própria imagem

Em relação ao direito à imagem (*Recht am eigenen Bild*), a Lei relativa ao direito de autor em obras de artes plásticas e de fotografia (*Kunsturhebergesetz - KUG*), de 9 de janeiro de 1907, consagra, em seu § 22, o princípio da proibição do retrato sem consentimento. Isso significa que a lei exige, para que uma imagem possa ser difundida ou exibida publicamente³⁸, que a pessoa retratada tenha previamente consentido, presumindo-se o consentimento, em caso de dúvida, quando há o pagamento de remuneração³⁹.

35 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

36 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 25.

37 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 128.

38 Difundir (“*verbreiten*”), conforme o § 17, 1 da Lei de Direito de Autor (UrhG), significa a entrega de um objeto corpóreo (suporte físico) que contenha a imagem, como é o caso de fotografias, jornais, revistas e livros. O verbo exibir (“*zurschaustellen*”), por seu turno, tem o sentido de fazer visível a terceiros, como ocorre em transmissões de televisão, em publicações na internet ou até mesmo na colocação em uma vitrine de uma loja, não sendo necessário que haja disposição sobre o suporte físico da imagem (THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*, p. 21).

39 § 22 da KUG – “*Bildnisse dürfen nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Die Einwilligung gilt im Zweifel als erteilt, wenn der Abgebildete dafür, daß er sich abbilden ließ, eine Entlohnung*

O § 22, 3 da KUG reconhece ainda um direito póstumo à própria imagem, estabelecendo que na hipótese de falecimento do fotografado, é necessário o consentimento de seus familiares nos dez primeiros anos após a morte⁴⁰. Todavia, decorrido esse prazo de dez anos, ainda é possível a proteção da imagem do falecido pelo direito geral da personalidade, mas isso se dá de forma excepcional e menos rigorosa⁴¹.

O princípio que proíbe a reprodução da imagem sem consentimento encontra algumas exceções enumeradas pela lei. Entre essas exceções o § 23, 1, 1 da KUG estabelece que é desnecessário o consentimento para divulgação e exibição da imagem de pessoas que fazem parte da história contemporânea, o que compreende aquelas pessoas cuja atividade seja considerada, ainda que transitoriamente, de interesse público. Entre as personalidades da história contemporânea (“*Person der Zeitgeschichte*”), em sentido absoluto, normalmente são incluídos os políticos, governantes, monarcas e religiosos de grande importância, bem como os esportistas, atores, artistas, cientistas e inventores de excepcional destaque⁴². Como personalidades da história contemporânea, em sentido relativo, a doutrina classifica pessoas que praticaram ou são suspeitas de ter praticado um crime, testemunhas e até mesmo advogados⁴³.

Outrossim, o mencionado § 23 ainda excepciona as imagens nas quais: a) as pessoas fotografadas apenas aparecem em segundo plano junto a uma paisagem ou outro local; b) haja um grande interesse artístico em sua exposição; c) as pessoas são meramente participantes

erhielt. Nach dem Tode des Abgebildeten bedarf es bis zum Ablaufe von 10 Jahren der Einwilligung der Angehörigen des Abgebildeten. Angehörige im Sinne dieses Gesetzes sind der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner und die Kinder des Abgebildeten und, wenn weder ein Ehegatte oder Lebenspartner noch Kinder vorhanden sind, die Eltern des Abgebildeten”. Tradução livre: “As imagens podem ser divulgadas ou exibidas publicamente somente com o consentimento da pessoa retratada. Na dúvida, o consentimento é tido como concedido se a pessoa retratada recebe para tanto uma remuneração. Após a morte da pessoa retratada há necessidade, até o decurso de 10 anos, do consentimento dos parentes da pessoa retratada. Parentes, no sentido desta lei, são o cônjuge ou parceiro sobrevivente e os filhos da pessoa retratada, e se nem cônjuge ou parceiro, nem os filhos estão presentes, os pais do retratado”.

40 ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, p. 694.

41 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 27.

42 HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*, p. 26.

43 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 127.

de eventos de massa⁴⁴. E no § 24 da KUG ainda se permite a reprodução da imagem quando diz respeito a necessidades atinentes à administração da justiça e da segurança pública⁴⁵.

As exceções à regra geral ainda levam em conta a existência de eventual interesse legítimo do fotografado (§ 23, 2 da KUG), o que consistiria em uma exceção da exceção. É dizer: a exceção quanto à necessidade de consentimento do fotografado não tem validade se um seu interesse legítimo for lesionado⁴⁶, como é o caso em que a imagem lesiona a honra, sentimentos religiosos ou tenha objetivos comerciais.

Ademais, foi criado um tipo penal no Código Penal alemão para a proteção da imagem (§ 201a StGB), que pune com pena privativa de liberdade de até um ano ou com multa, a conduta daquele que “produzir ou transmitir fotos não autorizadas de uma outra pessoa, que se encontre em uma habitação ou em um local especialmente protegido contra a vista, ferindo, com isso, a esfera estritamente pessoal de sua vida”⁴⁷.

Como todas essas regras ainda são consideradas insuficientes para a proteção da imagem na Alemanha, particularmente pelo fato de não resguardarem juridicamente a pessoa contra a simples captação e produção da sua imagem, a jurisprudência considera o direito à própria imagem como um fragmento e uma manifestação particular do direito geral da personalidade⁴⁸. Dessa forma, a captação e a produção não autorizada da imagem alheia, apesar de não encontrarem previsão expressa na lei, são tuteladas pelo direito geral da personalidade⁴⁹.

Em relação à possibilidade de utilização da imagem pela imprensa em cobertura jornalística, atualmente os tribunais alemães não tem recorrido apenas ao texto do § 23 da KUG para solucionar questões atinentes à falta de consentimento do titular da imagem. Pelo contrário, faz-se mister, em cada caso concreto, uma ponderação entre

44 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 191.

45 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 439.

46 MARTIN, Klaus. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner historischen Entwicklung*, p. 193.

47 Vejamos o original do §201a, 1: “*Wer von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt Bildaufnahmen herstellt oder überträgt und dadurch deren höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft*”.

48 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 145.

49 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 177.

o interesse de informação do público e o interesse de proteção da esfera privada da pessoa cuja imagem foi utilizada⁵⁰.

Realmente, é muito discutida a ponderação entre a proteção da vida privada de indivíduos considerados personalidades da história contemporânea e a liberdade de imprensa, chegando-se à conclusão que é necessário observar se o assunto diz respeito ao interesse público, pois assim a pretensão do público à informação é atendida e se contribui para a formação da opinião pública. Não se admite, por outro lado, que a vida de pessoas célebres seja devassada simplesmente pela necessidade de satisfação da curiosidade de determinado público, ávido pela leitura de notícias relacionadas à vida dos famosos. E essa proteção ganha ainda mais força quando crianças também são objeto da atuação da imprensa⁵¹.

Caso haja a utilização da imagem de uma pessoa, sem o seu consentimento, para fins publicitários, certamente ocorrerá violação do direito à imagem. Isso se dá porque os direitos da personalidade garantem ao seu titular o poder de decidir em que contexto serão colocadas à disposição, particularmente no que toca aos fins publicitários⁵².

Todavia, esse correto posicionamento acima exposto em relação à publicidade é relativizado. Isso sucede quando a publicidade afeta apenas o direito civil, não atingindo a proteção dada pela Constituição ao componente patrimonial dos direitos da personalidade. Trata-se de situação bastante peculiar, que já foi admitida pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH - *Bundesgerichtshof*) quando a imprensa produz propaganda de um meio de comunicação usando a foto de uma celebridade, como, por exemplo, a publicidade de um jornal com um título fictício e a fotografia de uma celebridade na capa, sem ter obtido o seu consentimento para tanto. Em todo caso, parece que esse posicionamento jurisprudencial ameaça a identidade de conhecidas personalidades de maneira preocupante, ao garantir o acesso sem licença à indústria da publicidade⁵³.

50 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem, passim*.

51 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 145.

52 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 83-85.

53 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 146.

4.2 Direito à própria voz

O direito à própria voz (*Recht an der eigenen Stimme*) proíbe a produção e a utilização da voz de uma pessoa, que foi fixada em um suporte material, sem o seu consentimento. Esse direito fundamenta-se no direito geral da personalidade, é tutelado pelo § 823, II do BGB e ainda conta com proteção no âmbito do direito penal (§ 201 StGB). Assim sendo, não são admitidas as gravações secretas, mesmo se a conversa gravada se referir apenas a questões profissionais⁵⁴.

Também chamadas telefônicas não podem ser gravadas sem o consentimento dos participantes da chamada⁵⁵. E a mesma proibição vale em relação ao participante da conversa que, sem o conhecimento e aprovação do interlocutor, permite que terceiro a escute. Todavia, eventualmente gravações secretas, sem o consentimento dos participantes, podem ser justificadas do ponto de vista da legítima defesa ou de situações assemelhadas à legítima defesa⁵⁶.

Em relação aos registros escritos de conversações, em princípio não há que se falar em violação do direito à própria voz, mas é possível que venham provocar lesão a outros direitos da personalidade, como é o caso de uma invasão da esfera privada da pessoa.

4.3 Direito ao próprio nome

O nome constitui um fragmento da personalidade de uma pessoa (*Teil des Persönlichkeitsrechts eines Menschen*), servindo para a sua identificação e individualização. Constitui um direito absoluto da personalidade, cuja função precípua é distinguir uma pessoa das outras⁵⁷. Ainda, esse direito especial da personalidade garante ao titular do nome um direito subjetivo à sua utilização⁵⁸.

A legislação alemã regula expressamente essa designação contínua de uma pessoa, que é composta por diferentes tipos de nomes⁵⁹, sendo o prenome (*Vorname*) e o sobrenome (*Familiennamen*) os mais

54 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 135.

55 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 135.

56 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 146-147.

57 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

58 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 274.

59 WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 131.

comuns⁶⁰. O sobrenome é adquirido conforme as regras do direito de família (§ 1355, 1616, 1720, 1737 e 1757 do BGB), enquanto o prenome é dado à criança pelos pais (§ 1626 do BGB)⁶¹. Além do prenome e do sobrenome, as denominações de nobreza também podem integrar o nome de uma pessoa, mas elas não podem ser mais conferidas. A jurisprudência alemã ainda reconhece o nome artístico (*Pseudonym*) como extensão do nome civil, garantindo-lhe proteção⁶². Por outro lado, é curioso observar que no direito alemão os títulos acadêmicos, particularmente o título de doutor, apesar de não integrarem o nome da pessoa, podem ser incluídos em seus registros civis⁶³.

O interesse do titular do nome em utilizá-lo de forma exclusiva e sem oposição, como foi mencionado, está previsto no § 12 do BGB, que resguarda o direito ao próprio nome (*Recht am eigenen Namen*) e autoriza o ajuizamento de pretensões para a sua defesa⁶⁴. Isso se justifica pelo fato de que o nome está associado à própria personalidade, abrangendo características essenciais do indivíduo, como é o caso, por exemplo, da sua reputação, da sua profissão, de suas atividades esportivas e artísticas etc. Em contrapartida, não há que se falar, pelo menos em princípio, em proteção somente do prenome, pois ele não seria suficiente para a individualização de uma pessoa. Todavia, a proteção do prenome certamente existirá se bastar para a individualização⁶⁵.

Assim, o direito ao próprio nome contém o direito da pessoa: a) usar seu nome sem impedimentos; b) excluir outras pessoas do seu uso não autorizado⁶⁶. Além disso, a jurisprudência ainda incluiu o direito ao nome no âmbito do direito geral da personalidade, de maneira que um dano causado ao nome pode levar ao ajuizamento de ação de indenização com fundamento no § 823, I do BGB⁶⁷.

O direito ao nome é particularmente ameaçado pelo fato de que a indústria da publicidade procura utilizar a eficácia pública de nomes

60 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 468.

61 KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 274.

62 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 40.

63 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 465.

64 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 39.

65 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 466.

66 EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*, p. 189.

67 BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 365.

conhecidos, mas nem sempre procura obter o consentimento do titular do nome a ser utilizado⁶⁸.

Outra área que surgiu mais recentemente e que necessita de especial atenção é a relacionada ao desenvolvimento da internet, que levou muitos usuários a registrarem indevidamente o nome de terceiros, especialmente pessoas célebres, como nome de domínio na rede (*Internet-Domain*)⁶⁹. Nessa situação não há dúvida que existe usurpação. Todavia, não há uma disposição legal expressa sobre a proteção do nome de domínio e a utilização do § 12 do BGB para tal finalidade não é tão simples assim. Nesse contexto, o BGH considera que o nome de domínio pode ser tutelado pelo direito ao próprio nome quando o nome da pessoa afetada não é utilizado comercialmente, pois se houver utilização comercial deve ser utilizada a legislação sobre marcas (*MarkenG*). Os tribunais alemães ainda levam em conta quem registrou primeiro o nome de domínio, mas reconhecem a existência de prioridade em favor de marcas e empresas de renome⁷⁰.

A interpretação do direito ao nome como uma manifestação do direito geral da personalidade permite o estabelecimento dos seus limites de proteção por meio da ponderação entre os interesses em oposição. A temática da ponderação ganha especial pertinência na medida em que existem decisões judiciais, de forma semelhante ao que sucede com o direito à própria imagem, distinguindo entre um componente ideal e um componente patrimonial do direito ao nome⁷¹.

Nessa linha, entende-se que somente o componente ideal do nome teria proteção constitucional, enquanto o componente patrimonial teria tutela fundada meramente no direito civil. Assim sendo, na hipótese de utilização do nome de uma pessoa célebre em um anúncio publicitário, seria possível se justificar tal utilização por meio da liberdade de manifestação, desde que a atuação em questão atinja apenas o componente patrimonial do direito ao nome⁷².

Todavia, haverá ato ilícito se o prestígio ou valores publicitários relacionados ao nome da pessoa são empregados sem seu consentimento, bem como quando é dada a impressão que a pessoa se identifica com

68 BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 454.

69 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 470.

70 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 40.

71 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

72 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

determinado produto⁷³. E aqui é seguido o princípio dos direitos da personalidade que garante à pessoa decidir de que maneira a própria identidade ou a própria imagem serão colocadas à disposição para fins de publicidade⁷⁴.

Ademais, vale notar que o direito alemão admite proteção do nome do falecido com fundamento na violação do direito póstumo da personalidade⁷⁵. Outorga-se ainda aos sucessores do falecido a utilização do componente patrimonial do nome por dez anos após o passamento⁷⁶.

4.4 A honra

A honra não é mencionada como um bem jurídico protegido pelo § 823, 1 do BGB⁷⁷. Apesar disso, o direito alemão tutela o direito à honra no âmbito do direito geral da personalidade, salvaguardando o interesse de uma pessoa à sua boa fama e ao seu reconhecimento social. Assim, não se permite que uma pessoa tenha sua honra ou reputação social diminuída, ou seja, apresentada de maneira negativa, ilícita e injustificada⁷⁸.

Logicamente, a reputação que cada pessoa possui depende de seu comportamento social e da livre valoração dos seus concidadãos. Ademais, a defesa da honra se limita a determinadas formas de violação condenadas pelo direito, havendo, nesse ponto, uma relação próxima entre o direito penal e o direito civil, particularmente no que toca aos tipos penais previstos nos §§ 185 e seguintes do Código Penal alemão⁷⁹. Assim, a honra é elemento de proteção tanto pelo direito civil (§ 823, 2 do BGB) como pelo direito penal⁸⁰.

Em relação à honra deve ficar claro que nem toda atuação que atingir a reputação de uma pessoa pode ser classificada como comportamento contrário ao direito. Realmente, sempre será necessária

73 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 202-203.

74 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 147.

75 LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*, p. 469.

76 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 39.

77 HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*, p. 41.

78 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 134.

79 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 134.

80 RIXECKER, Ronald. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, p. 268.

uma ponderação entre os interesses em jogo, ou seja, entre a reputação de uma pessoa e a liberdade das demais⁸¹.

Nesse sentido, pode-se pensar numa situação em que um autor publica um livro e, após a publicação, um crítico literário tece fortes críticas ao trabalho, que acabam reduzindo sensivelmente as vendas da obra. Questiona-se então se haveria algum tipo de violação da honra, bem como se caberia indenização, o que certamente dependerá da ponderação do ocorrido no caso concreto⁸².

Em favor das críticas existem as garantias constitucionais da liberdade de manifestação, da liberdade de imprensa (art. 5, I, 1 da Lei Fundamental) e da liberdade artística (art. 5, III, 1 da Lei Fundamental), pois a crítica é considerada um trabalho artístico. Assim sendo, se a crítica não for dirigida à pessoa, mas sim ao trabalho literário publicado, não há que se falar em violação da honra. Em se tratando de uma crítica objetiva à obra, que não constitui nenhuma ofensa à honra, o crítico está certamente protegido pela liberdade de manifestação. Por outro lado, aquele que publica um trabalho deve estar aberto a eventuais críticas⁸³.

Desse modo, se a honra for violada por insultos, calúnias ou críticas excessivas em público, caberá pretensão ao pagamento de indenização⁸⁴.

4.5 A proteção da vida privada

Toda pessoa tem direito de conduzir e organizar sua vida privada sem a observação ou a interferência de outras pessoas. A chamada esfera privada forma uma área de proteção particular da autodeterminação e da autorrealização de uma pessoa, a qual conta com proteção constitucional⁸⁵.

A esfera privada da pessoa é protegida pela Lei Fundamental alemã (art. 1, I e art. 2, I da Lei Fundamental), garantindo-se o direito de permanecer só, de tomar suas próprias decisões, bem como de não ser afetado por qualquer tipo de intervenção. Ainda, também se extrai a

81 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

82 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

83 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 149.

84 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 177.

85 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

proteção da esfera privada do art. 8 da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁸⁶.

Nesse contexto, o direito alemão reconhece a existência de várias esferas de proteção no âmbito do direito à vida privada. Essas diferentes esferas foram apresentadas pela teoria das esferas (*Sphärentheorie*), desenvolvida por Hubmann e posteriormente reconstruída por diversos autores⁸⁷.

Conforme ensina Hubmann, a vida das pessoas se realiza em diferentes esferas de proteção, as quais abrangem os valores próprios da personalidade e seriam suficientes para sua tutela. Assim sendo, o autor reconhece a existência de três esferas, cuja intensidade da proteção será maior ou menor na medida em que uma lesão ocorra em uma esfera mais exterior ou mais interior da personalidade⁸⁸. Nessa linha, o estudioso considerou a esfera individual (*Individualsphäre*) como a mais exterior e menos protegida, classificando, por outro lado, a esfera secreta (*Geheimsphäre*) como a mais interior e melhor tutelada. Entre as duas esferas mencionadas o estudioso colocou a esfera privada (*Privatsphäre*)⁸⁹.

Atualmente, entre os autores alemães predomina o reconhecimento de três esferas, que são: a) a esfera íntima; b) a esfera privada; c) a esfera pública⁹⁰. Considera-se intangível a esfera mais interior da vida de uma pessoa, o mesmo não ocorrendo em relação à esfera privada que se situa fora desse núcleo intangível⁹¹. A intangibilidade da esfera mais interna é consagrada pela dignidade da pessoa humana (art. 1, 1 da Lei Fundamental), que lhe dá proteção absoluta. Ao núcleo central intangível pertencem basicamente as formas

86 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

87 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

88 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 269.

89 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 269.

90 A doutrina predominante considera suficiente o reconhecimento de três esferas, assim ordenadas: esfera pública (*Öffentlichkeitssphäre*), esfera privada (*Privatsphäre*) e esfera íntima (*Intimsphäre*) (BARTNIK, Marcel, *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 143).

91 BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*, p. 142-143.

de expressão da sexualidade⁹². As demais esferas, por seu turno, tem proteção relativizada contra interesses de posição similar ou superior.

A vida privada pode ser atingida de diferentes formas, como, por exemplo, dar conhecimento ao público sobre informações da vida privada de alguma pessoa, publicar papéis ou apontamentos privados, publicar e-mails particulares, revelar informações sobre doenças e documentos hospitalares. Em face dessas situações, é certo que a vida privada muitas vezes é violada juntamente com outros direitos da personalidade, como é o caso do direito à própria imagem ou do direito à própria voz⁹³.

Outrossim, a proteção da esfera privada não se limita a aspectos espaciais. Volta-se não somente para áreas de recolhimento doméstico do indivíduo, mas também abrange espaços não domésticos, onde a pessoa espera ser deixada em paz para poder ter momentos de descanso, como sucede quando tira férias⁹⁴.

Do mesmo modo que ocorre em outros domínios dos direitos da personalidade, a violação da vida privada pode ser justificada diante de outros interesses superiores, desde que não haja violação da esfera privada⁹⁵. Essa possibilidade de justificação existe entre os direitos da personalidade e a liberdade de manifestação e de imprensa, mas considerando o legítimo interesse de informação do público, a liberdade de imprensa recebe um tratamento vantajoso da jurisprudência, que lhe confere bastante peso em uma ponderação de interesses⁹⁶.

No que toca aos políticos e outras personalidades da vida pública, eles não necessitam tolerar, em princípio, que a mídia realize publicações sobre sua vida privada sem o seu consentimento, desde que essa exposição não tenha qualquer relação com a sua função pública⁹⁷. Todavia, vale notar que já foi decidido que não pode ser feita objeção, por exemplo, ao fato de um político não reeleito ter sido fotografado, sem seu consentimento, quando estava fazendo compras.

De acordo com a jurisprudência, o interesse de informação do público, especialmente no que diz respeito aos políticos, não se

92 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

93 ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem, passim*.

94 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 150.

95 HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*, p. 45.

96 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151.

97 HUBMANN, Heinrich, *Das Persönlichkeitsrecht*, p. 321-323.

limita a comportamentos jurídica ou moralmente condenáveis, mas a normalidade da vida quotidiana pode também ser levada a conhecimento do público, desde que isso sirva para formar opinião sobre questões de interesse geral. Assim sendo, no caso concreto, é sempre necessário analisar o interesse público a ser debatido, ou seja, se há uma cobertura séria e objetiva da mídia ou se se trata apenas de reportagem feita para satisfazer a curiosidade das pessoas acerca de assuntos privados de celebridades⁹⁸.

Por outro lado, muitas vezes sucede da própria pessoa célebre divulgar informações sobre sua vida privada na mídia, o que acaba relativizando a proteção da esfera privada. É que nesse caso a própria pessoa faz de sua esfera privada um tema de debate público, surgindo então o interesse na informação sobre a veracidade do conteúdo apresentado. Desse modo, não se pode invocar a proteção da privacidade no que diz respeito aos fatos que a própria pessoa revelou ao público, mas isso não significa que nessas circunstâncias tudo seja permitido, sobretudo quando diz respeito à esfera íntima, que deve permanecer protegida do acesso da indústria do entretenimento⁹⁹.

A esfera social de uma pessoa (*Sozialsphäre*), que inclui precipuamente a sua posição profissional e a sua atividade em público, não está sujeita à proteção desenvolvida para a vida privada. É que nesse caso o interesse de dar informação ao público assume uma posição mais importante¹⁰⁰. Todavia, admite-se que uma reportagem sobre a esfera social também viole direitos da personalidade, se tiver consequências graves para a pessoa afetada, se esta for, por exemplo, estigmatizada ou excluída socialmente.

Questiona-se em que medida a imprensa pode informar sobre a participação de pessoas célebres em eventos públicos. Conforme interpretação do Tribunal Federal Constitucional (BVerfG), esse tipo de cobertura da mídia é admissível, mesmo sem o consentimento da pessoa em causa, mas para isso é necessário que a cobertura seja esperada devido ao interesse público do evento. Ademais, é interessante notar que os tribunais concedem um alcance mais amplo à proteção da personalidade quando está em jogo a publicação de imagens do que quando se trata de mera publicação de texto escrito¹⁰¹.

98 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151-152.

99 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 151-152.

100 LÖFFLER, Martin; RICKER, Reinhart. *Handbuch des Presserechts*, p. 325.

101 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 152.

Por conseguinte, diante de todo esse quadro apresentado, é certo que a ponderação de interesses é bastante difícil nos casos concretos, particularmente em função da amplitude e da vagueza dos conceitos analisados¹⁰². Todavia, na prática, não obstante a evidente variedade de assuntos, as decisões judiciais dão razoável estabilidade à proteção da vida privada.

4.6 O direito à autodeterminação informacional

Os dados pessoais não podem ser obtidos, armazenados, trabalhados ou utilizados sem o conhecimento e o consentimento da pessoa a qual dizem respeito, mesmo que não pertençam à esfera privada. Com efeito, assevera-se que o direito à proteção de dados (*Datenschutzrecht*) se tornou um ramo próprio do direito¹⁰³.

O direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*) foi desenvolvido pela Corte Constitucional alemã (BVerfG) no caso envolvendo o recenseamento da população (*Volkszählung*), sendo reconhecido como componente do direito geral da personalidade¹⁰⁴.

Em princípio, cabe a cada pessoa decidir se aceita, o momento em que isso ocorrerá e sob quais limites seus dados pessoais poderão ser utilizados e tornados públicos¹⁰⁵. E da mesma forma que sucede com os outros direitos da personalidade, no caso da autodeterminação informacional também é necessária uma ponderação dos interesses que se opõem, especialmente diante da liberdade de manifestação e da liberdade de imprensa¹⁰⁶.

Partindo da tutela constitucional da personalidade (art. 2, 1 e art. 1, 1 da Lei Fundamental), a proteção de dados é garantida pela lei federal “relativa à proteção contra a utilização abusiva de dados pessoais no tratamento de dados” (*Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung – Bundesdatenschutzgesetz – BDSG*), bem como pelas leis estaduais de proteção de dados (*Landesdatenschutzgesetze*). Também existem

102 STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality*, p. 56.

103 MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*, p. 439.

104 LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, p. 137.

105 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 48.

106 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 152.

previsões sobre a proteção de dados em outras leis especiais, como as leis policiais (*Polizeigesetze*)¹⁰⁷.

A lei federal (BDSG) concede às pessoas afetadas o direito de notificação e de informação e, além disso, de correção de dados falsos, bem como de bloqueio e de supressão de dados. Órgãos públicos somente podem coletar, armazenar, alterar ou utilizar dados para fins permitidos em lei. Referida lei concede direito de indenização, independentemente de culpa, se uma pessoa afetada tiver sofrido danos pelo recolhimento, processamento ou utilização de dados pessoais automatizados, inadmissíveis ou incorretos, por parte de um órgão público¹⁰⁸. Ademais, regras rigorosas valem igualmente para os entes não estatais, que somente podem trabalhar com os dados autorizados e para as finalidades consentidas pelas pessoas afetadas¹⁰⁹.

5 Considerações finais

A construção do direito geral de personalidade, cujo reconhecimento foi rejeitado pelos autores do BGB, foi frequente alvo de críticas. A sua desvantagem é a ausência de contornos claros. É que os campos de aplicação se sobrepõem, isto é: a proteção jurídica esbarra nos interesses legítimos de terceiros, o que é bastante difícil de resolver.

Por outro lado, os desenvolvimentos técnicos, científicos e médicos criam continuamente, em uma velocidade sem precedentes, novas ameaças à personalidade humana, o que não é resolvido adequadamente pelo legislador, não restando outro caminho senão a via do direito geral da personalidade. De fato, esse direito permite acompanhar o desenvolvimento técnico de uma forma mais elástica, pelo que se pode dizer que o desenvolvimento do direito geral da personalidade também está em constante evolução. Assim, caso não haja proteção pelos direitos especiais da personalidade, é possível a adequação da tutela às necessidades da atualidade pela via do direito geral da personalidade.

Nesse contexto, o direito geral da personalidade é utilizado na Alemanha como uma etiqueta para um complexo de interesses pessoais, os quais gozam de proteção bastante diversa. E, ao lado do direito geral da personalidade, a legislação alemã também prevê direitos especiais

107 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 88.

108 SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*, p. 153.

109 ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*, p. 89.

da personalidade, que contam com texto legal que facilita a sua tutela, não havendo então necessidade de recorrer ao complexo sistema do direito geral da personalidade.

Por conseguinte, a tutela dos direitos da personalidade atualmente na Alemanha se dá por meio desse sistema, que conjuga o direito geral personalidade com os direitos especiais da personalidade, tudo tendo em vista a adequação da proteção da personalidade às exigências da sociedade da informação.

Referências

BÄHR, Peter. *Grundzüge des Bürgerlichen Rechts*. München: Franz Vahlen, 2013.

BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.

BOEMKE, Burkhard; ULRICI, Bernhard. *BGB Allgemeiner Teil*. 2. ed. Heidelberg: Springer, 2014.

BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007.

EISENHARDT, Ulrich. *Einführung in das Bürgerliche Recht*. 7. ed. Viena: Facultas, 2018.

HEISIG, Carsten. *Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich*. Hamburg: Dr. Kovac, 1999.

HIRSCH, Christoph. *BGB Allgemeiner Teil*. 7. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967.

KÖHLER, Helmut. *BGB Allgemeiner Teil*. 37. ed. München: C.H.Beck, 2013.

LARENZ, Karl. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 9. ed. München: C.H.Beck, 2004.

LEIPOLD, Dieter. *BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

LÖFFLER, Martin; RICKER, Reinhart. *Handbuch des Presserechts*. 5. ed. München: C. H. Beck, 2005.

MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. Heidelberg: C.F. Müller, 2010.

NEUMANN-KLANG, Sybille. *Das Recht am eigenen Bild aus rechtsvergleichender Sicht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

SCHWAB, Dieter; LÖHNIG, Martin. *Einführung in das Zivilrecht*. 20. ed. Heidelberg: C.F.Müller, 2016.

STRÖMHOLM, Stig. *Right of privacy and rights of the personality: a comparative survey*. Stockholm: P.A. Norstedt & Söners Förlag, 1967.

THIEDE, Thomas. *Internationale Persönlichkeitsrechtsverletzungen*. Viena: Sramek, 2010.

WOLF, Manfred; NEUNER, Jörg. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 10. ed. München: C.H. Beck, 2012.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

A LEI ROUANET DE INCENTIVO À CULTURA E O PRINCÍPIO DA NÃO AFETAÇÃO DE RECEITAS

ROUANET LAW TO INCETIVE CULTURE AND THE PRINCIPLE OF NON-BINDING TAXATION

Saulo Nunes de Carvalho Almeida^I 
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça^{II} 
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior^{III} 

^I Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica Quixadá), Quixadá, CE, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: saulonunes@hotmail.com

^{II} Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, CE, Brasil. Doutora em Direito. E-mail: liridacalou@unifor.br

^{III} Centro Universitário UniFanor (UniFanor), Fortaleza, CE, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: vicenteaugusto2@gmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2980>

Recebido em: 20.02.2019

Aceito em: 09.04.2019

Resumo: Este estudo jurídico trata da principal política pública de financiamento da cultura em nosso país, a popular Lei Rouanet (Lei 8.313/91) e o seu potencial antagonismo ao princípio orçamentário que proíbe a vinculação da receita de impostos que, quando violado, inevitavelmente desagua em uma transgressão direta à Constituição Federal de 1988. Abordouse, criticamente, o modelo de incentivo fiscal federal, com base na dedução de Imposto de Renda, utilizado pela Lei Rouanet para o financiamento de projetos culturais, e como essa sistemática impacta, negativamente, o andamento adequado da Administração Pública. O procedimento metodológico que norteou o desenvolvimento desse ensaio foi descritivo e exploratório, estruturado em uma pesquisa bibliográfica e documental adotada com o intuito de promover uma compreensão precisa dos institutos

Abstract: This legal study deals with the main public policy of financing culture in our country, the popular Rouanet Law (Law 8. 313/91) and its potential antagonism to the budget principle that prohibits the linking of tax revenues which, when violated, inevitably results in a direct violation of the Federal Constitution of 1998. The federal tax incentive model, based on the deduction of income tax, used by the Rouanet Law for the financing of cultural projects, was critically approached, and show how this system negatively impacts the adequate progress of the Public Administration. The methodological procedure that guided the development of this essay was descriptive and exploratory, structured in a bibliographical and documentary research adopted with the intention of promoting a precise understanding of the legal and constitution institutes faced. As a conclusion, the research showed the



jurídicos constitucionais e financeiros analisados. À guisa de conclusão, a pesquisa evidenciou a incompatibilidade dessa política pública cultural, centralizada na afetação da receita pública de impostos, com o modelo constitucional em vigor.

Palavras-chave: Lei Rouanet. Lei de Incentivo à cultura. Princípio da não afetação de impostos. Constitucionalidade. Política Pública.

Keywords: Rouanet Law. Culture Incentive Law. Principle of non-binding taxation. Constitutionality. Public Policy.

Sumário: 1 Introdução; 2 Um breve histórico da lei Rouanet e sua mecânica de incentivo fiscal; 2.1 Surgimento e evolução; 2.2 A mecânica tributária estabelecida pela lei Rouanet; 3 A proibição de engessamento da receita de impostos e a sua imprescindibilidade para uma boa administração pública; 3.1 A proibição constitucional da vinculação de receitas de impostos; 3.2 A vedação da afetação e seu papel no asseguramento de uma boa administração pública; 4 Considerações finais; Referências.

1 Introdução

Não há dúvida que a Constituição Federal de 1988 impõe obrigação ao Estado de incentivar e promover as distintas práticas e manifestações culturais. Todavia, essa obrigação, expressamente presente no artigo 215 da Lei Maior, não poderá ocorrer por qualquer forma ou via. Em virtude do princípio da unidade da Constituição, esse dispositivo merece ser interpretado de modo sistêmico, considerando as demais normas que também aportam na Lei Maior (MENDES, 2014).

Um desses dispositivos se refere ao artigo 167, IV da CFRB/88. Um preceito dotado de eficácia plena¹, que se insere no ordenamento jurídico como uma relevante regra orçamentária, proibindo que recursos provenientes de impostos experimentem prévias vinculações a órgão, fundo ou despesa específica, ressalvadas algumas poucas situações previstas no corpo do próprio inciso.

1 Seguindo a teorização referente à natureza das normas constitucionais, consagradas por José Afonso da Silva (2008, p. 102), merecem ser compreendidas como portadoras de eficácia plena as normas capazes de incidir de forma direta sobre os interesses que o constituinte acreditou serem relevantes de se conceder determinada atenção, “dotada de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis”.

Conforme será explanado, a normatização que dá vida a mais relevante política pública de financiamento da cultura no Brasil corresponde à chamada Lei Rouanet (Lei nº 8.313/91). Uma normatização que, certamente, exerce papel fundamental na tentativa de difundir práticas culturais, desenvolvendo o desenho de um modelo de parceria entre público/privado que, inclusive, se tornou o paradigma a ser “copiado” pelos entes políticos estaduais e municipais e, posteriormente, por outros setores sociais além do segmento cultural.

Não obstante o acima exposto, o problema jurídico tematizado, e que justifica o desenvolvimento intelectual do presente artigo, repousa na imperativa necessidade de se investigar a possibilidade da popular Lei Rouanet ter concebido um mecanismo de vinculação de receita de imposto de renda para o setor cultural em hipótese que não se enquadra nas ressalvas da norma constitucional proibitiva do artigo 167. Ou seja, se estaríamos diante de uma política pública que, apesar de executada desde o ano de 1991, ocorre ao arrepio da Constituição.

Com o intuito de assegurar máxima clareza acerca do panorama da situação enfrentada, adequado elucidar a divisão a ser seguida por esse estudo, auxiliando o desenvolvimento lógico do raciocínio a ser apresentado. Nesse sentido, a investigação parte de um breve contexto histórico do surgimento da Lei Rouanet no sistema jurídico nacional para, em seguida, adentrar explicações acerca do mecanismo de incentivo fiscal nela contida. Em seguida, introduz-se uma análise acerca da proibição constitucional da vinculação da receita de impostos, tocando, também, na sua simbiótica conexão com ideários de uma boa Administração Pública. Por fim, será apresentado o posicionamento conclusivo dos articulistas em face da pesquisa ora desenvolvida.

2 Um breve histórico da lei Rouanet e sua mecânica de incentivo fiscal

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 215, a obrigação do Estado, no sentido amplo da expressão (CUNHA FILHO, 2017), de “[...] incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais”. Como forma de efetivação desse dever constitucional, uma das principais sistemáticas adotadas pela União, Estados e Municípios tem ocorrido por intermédio da adoção de programas de renúncia fiscal, que possibilitam a dedução tributária de valores investidos em projetos

culturais, seja por pessoas jurídicas ou físicas. Tratam-se das chamadas “leis de incentivo à cultura”².

Conforme será explicado a seguir, as legislações de incentivo à cultura atuam, essencialmente, de uma mesma forma, concedendo crédito fiscal ao permitir abatimentos (em alguns casos parciais, em outros totais) correspondentes aos montantes destinados pelos contribuintes do tributo³, que livremente decidem realizar aportes a projetos culturais⁴.

A principal dessas legislações é encontrada no âmbito federal. Trata-se da popular “Lei Rouanet” (Lei 8.313/91). Uma normatização que estabelece a neutralização do destino do imposto, em virtude de uma permissão legal para que particulares destinem um percentual da verba de seu imposto de renda a fundo ou projetos culturais previamente aprovados por órgão ou conselho competente.

2.1 Surgimento e evolução

O nome “Lei Rouanet” foi “uma homenagem a Sergio Paulo Rouanet, um importante filósofo e antropólogo brasileiro” (ALMEIDA, 2008, p. 3259). No entanto, apesar de sua popularidade, a Lei Rouanet não foi a primeira normatização federal de incentivos fiscais à cultura. Esse crédito pertence a Lei nº. 7.505/86, então conhecida como “Lei

-
- 2 Conforme salienta Leonardo Brant (2004, p. 66), as leis de incentivo à cultura foram “criadas para se tornar ponte entre o setor privado e a cultura, vista como área de alto interesse estratégico para o desenvolvimento social, as leis foram como uma via possível frente ao desmanche do setor, promovido pela Era Collor”.
 - 3 Em estudo anterior realizado em coautoria, apontamos que “A Lei Rouanet, em uma explicação simplificada, funciona da seguinte forma: Pessoas Físicas ou Jurídicas (de natureza cultural) apresentam seus projetos, podendo englobar as diversas áreas culturais, ao Ministério da Cultura. [...]. O MinC, então, envia o projeto a um de seus órgãos para uma avaliação referente a diversos parâmetros. Depois dessa avaliação, quanto ao conteúdo, legalidade e etc., o projeto é remetido à Comissão Nacional de Incentivo à Cultura (CNIC), sendo o órgão responsável pela aprovação ou rejeição do projeto. Aos projetos que são aprovados, publicam-se seus dados no Diário Oficial da União, dando fim a chamada 1ª fase do projeto [...]” (ALMEIDA; FERREIRA, 2009, p. 129).
 - 4 Esse modelo de financiamento de projetos culturais poderá ocorrer de modo direto (uma sistemática conhecida como Mecenato) ou indireto, na forma de transferências a fundos culturais. Ao estudar o Fundo Nacional de Cultura, Humberto Cunha (2001, p. 107-108) explica que tal fundo possui múltiplos objetivos, tais como “socializar o fazer cultural”, “fomentar atividades culturais que não despertam interesse à lógica de nosso sistema capitalista” e, é claro, “fornecer recursos para o desenvolvimento de atividades culturais”.

Sarney” (CUNHA FILHO, 2006, p. 75). “Essa pioneira lei foi a primeira legislação federal visando o incentivo à cultura, por meio de um mecanismo tendente a permitir às empresas incentivadoras o financiamento de projetos de cunho cultural, beneficiando-se de deduções fiscais.” (ALMEIDA; FERREIRA, 2009, p. 128).

Uma legislação que possuía diversas distorções que levariam, durante o governo Collor, à suspensão dos benefícios no ano de 1990. Nesse contexto, em dezembro de 1991, a Lei nº 8.313/91 adentraria no Ordenamento Jurídico pátrio, trazendo uma nova mecânica de incentivos fiscais à cultura que, posteriormente, viriam a se tornar a grande responsável pelo financiamento público do setor.

É interessante que essa prática de vinculação de receitas públicas aparenta ter sua gênese atrelada a um elevado caráter de desconfiança política. Corresponde a forma encontrada por determinados setores para resguardarem a continuidade do recebimento de recursos públicos independente de qualquer alteração ou instabilidade de governos. Afinal, sabe-se que mudanças políticas significam novos programas de governo que, certamente, poderiam resultar no desprestígio de determinados setores.

Logo, a afetação de receita tributária protege as verbas ali estabelecidas, garantindo a continuidade de sua irrigação, independentemente de qualquer cenário político. Um verdadeiro mecanismo de irredutibilidade do financiamento estatal, assegurando que repasses orçamentários não serão mitigados ou suprimidos.

Nesse contexto, não é de se impressionar que o modelo de incentivo tributário desenvolvido no setor cultural, no âmbito federal, generalizou-se e passou a se infiltrar não apenas entre os demais entes políticos (estados, distrito federal e municípios) mas também seria “copiado” por vários outros setores, como é o caso de áreas como Pesquisa e Inovação Tecnológica (Lei 11.487/2007), Esporte (Lei 11.438/2006), entre outros.

Embora, em uma análise inicial, possa-se levar à compreensão de que a reserva e o direcionamento de receitas, em múltiplos setores, deve ser compreendida como uma medida justificável, a realidade é que esse comprometimento de verbas de impostos, conforme será apresentado nos próximos tópicos desse ensaio, se trata de uma perigosa violação constitucional, capaz de resultar em um impacto direto para o asseguramento de uma boa Administração Pública tendo em vista a indisponibilidade de parcelas do orçamento estatal mediante escolha

do contribuinte, tornando-as pouco adaptáveis e excessivamente engessadas, afetando a própria essência do orçamento como ferramenta de equilíbrio econômico.

2.2 A mecânica tributária estabelecida pela lei Rouanet

Em síntese simplista, a Lei Rouanet estabelece a possibilidade do contribuinte de Imposto de Renda (seja esse pessoa natural ou jurídica) recolher um percentual do valor de seu I.R e direcionar o mesmo para um projeto ou fundo cultural (CUNHA FILHO, 2006, p.76). A mecânica pode ser compreendida em duas fases. Na primeira fase, “pessoas Físicas ou Jurídicas (de natureza cultural) apresentam seus projetos [...] ao Ministério da Cultura. A essas pessoas, a lei dá o nome de proponentes [...]. Aos projetos que são aprovados, publicam-se seus dados no Diário Oficial da União, dando fim a chamada 1º fase do projeto.” (ALMEIDA; FERREIRA, 2009, p. 128).

Já na segunda fase, a capacidade de decisão do órgão ministerial desaparece. Essa fase será concretizada como “o momento no qual os proponentes (geralmente com auxílio dos gestores culturais) apresentam seus projetos às empresas que possam ter algum interesse em financiá-los. Essa fase [...] é onde o projeto conseguirá ou não as verbas públicas necessárias para a sua realização” (ALMEIDA; FERREIRA, 2009, p. 128). Caso a empresa (ou pessoa física) estiver interessada no projeto, repassará o valor (integral ou parcial) para a conta do proponente e, posteriormente, essa pessoa incentivadora poderá descontar o montante repassado (parcialmente ou integralmente) de seu imposto de renda a ser recolhido.

A Seção IV da Lei Rouanet é a responsável em tratar dos “Incentivos a Projetos Culturais”. Conforme o artigo 18, Pessoas Físicas ou Jurídicas poderão optar “pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados [...], como através de contribuições ao FNC”. Complementando o citado dispositivo, o artigo 26, da mesma lei, esclarece que “O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei. [...]”

Interessante que, conforme se pode perceber na literalidade do artigo 26, recursos públicos são equivocadamente tratados como

“doações” dos particulares. Provavelmente, o motivo para essa imprecisão repousa no fato de que a captação de verbas é realizada diretamente entre um particular e outro, criando certa “confusão” acerca da natureza jurídica de tais valores. A realidade é que tais valores “doados” pelas empresas são, na realidade, recursos fiscais (seja em todo ou em parte) que deixam de ser arrecadados pela União.

Uma simplória análise jurídica evidencia que a natureza de tais verbas não é privada, afinal, se o comprometimento não tivesse ocorrido por parte do contribuinte, as mesmas não ficariam em seus cofres e, sim, teriam se tornado objeto de arrecadação, ingressando regularmente nos cofres públicos. Logo, a escolha do contribuinte pela “doação” significará, na realidade, a destinação de verbas públicas para determinado projeto cultural, acompanhada do não recolhimento de tais verbas pelo ente político⁵.

A problemática da escassez de recursos, experimentado pela vasta maioria do setor, aparenta ser um resultado ontológico do modelo adotado pela Lei Rouanet. A legislação possibilita que as empresas interessadas em “patrocinar” projetos culturais possam livremente escolher a destinação do repasse. Logo, cria-se uma acirrada disputa por dinheiro, uma verdadeira corrida pelo ouro em que, grupos de agentes, artistas, produtores e outros profissionais da área, buscam formas de assegurar a maior fatia do bolo.

Nesse jogo orçamentário entre público/privado, o parâmetro comumente seguido por empresas, na definição da afetação de recursos de impostos, será a contrapartida que irá receber. Normalmente, essa decisão pelo patrocínio é analisada em torno do potencial de retorno em *marketing* que poderá ser esperado com o apoio a determinado projeto cultural. Logo, mediante juízos subjetivos de empresas contribuintes, segmentos culturais são ou não atendidos, e empresas acabam por definir os setores a serem priorizados com recebimento de recursos públicos.

Percebe-se que a Lei Rouanet acabou por construir uma política pública dominada por práticas clientelistas que, sem dúvida, tem afetado a efetivação do interesse público, abrindo espaço para a continuidade de antigas práticas financeiras de má aplicação e distribuição de recursos,

5 Esse uso da tributação, como ferramenta para desenvolvimento social e econômico, não significa necessariamente uma distorção do sistema. Pelo contrário. A tributação pode e deve atuar como aliada na busca pela efetivação dos múltiplos direitos e garantias fundamentais (MARTINS, 2011).

que historicamente trouxeram (e continuam a trazer) tantos malefícios para a sociedade brasileira.

3 A proibição de engessamento da receita de impostos e a sua imprescindibilidade para uma boa administração pública

Conforme demonstrado no capítulo anterior, os contribuintes detêm papel essencial na política pública cultural, estabelecendo o próprio fluxo de receitas mediante as previsões da Lei Rouanet. No entanto, essa decisão ocorre não em conformidade com os valores atrelados a uma boa Administração Pública, e sim, por preferências individuais e interesses próprios, cabendo ao contribuinte livremente a escolha não apenas do segmento cultural (teatro, dança, literatura, música, folclore, artesanato, patrimônio cultural, entre outros), mas do projeto específico que será beneficiado com tais recursos públicos.

Nesse sistema, a vinculação de receitas significa pré-comprometimento de valores que atingirão a futura atuação dos governantes. Afinal, “as vinculações devem ser concebidas como ressalvas à dinâmica orçamentária, restringindo a liberdade do legislador ou administrador público” (CARVALHO, 2010, p.16).

Desse modo, resta evidenciado a consolidação de um modelo sem equilíbrios na ligação entre tributo e seus beneficiários, permitindo que determinados grupos ou segmentos consigam captar a vasta maioria dos investimentos, resultando em uma divisão de recursos desproporcionais entre aqueles que deveriam ser beneficiados pela política pública de financiamento e aqueles que efetivamente o são.

Apesar da crítica acima realizada a esse sistema, a perspectiva de impossibilidade de festejar os ditames intrínsecos a uma boa administração pública não corresponde a maior problemática presente no modelo adotado pela “Lei Rouanet”, conforme será analisado no tópico a seguir.

3.1 A proibição constitucional da vinculação de receitas de impostos

O artigo 167, IV da CFRB/88, ao tratar das finanças públicas, estabelece como limitação orçamentária a vedação de se vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa específica, ressalvadas algumas situações estabelecidas no curso do próprio inciso.

Ao partir para uma investigação teórica-doutrinária acerca do supracitado mandamento constitucional, rapidamente torna-se evidente que os posicionamentos acadêmicos e técnicos são escassos e, comumente, superficiais⁶. Questões relevantes acerca do conteúdo jurídico dessa norma proibitiva são analisadas tão somente de modo panorâmico. Nesse contexto lacunoso, há inquestionável dificuldade de identificar, com precisão, a verdadeira amplitude dessa regra constitucional.

O que se pode perceber é que, na realidade, trata-se de um princípio do direito financeiro que, conforme exposto, acarreta em impacto severo no campo orçamentário.

O vocábulo “vincular”, utilizado pelo Constituinte no artigo 167, IV, pode ser compreendido como o equivalente a “prender”, “obrigar”, “direcionar”. No caso, corresponde a criação de um elo jurídico entre receita e despesa, individualizando fontes e determinando a sua destinação. Ou seja, vincular receitas é o equivalente a sujeitar a mesma a determinado gasto.

Adequada, também, uma compreensão precisa do vocábulo “receita”, que se revela no texto do inciso analisado, previamente à menção do termo “impostos”. Conforme é sabido, “os tributos são as receitas públicas derivadas por excelência” (DOMINGUES; GONZALES, 2012, p. 300) e receitas são “o conjunto dos recursos financeiros que entram pelos cofres públicos” (BULOS, 2000, p.1073).

A doutrina reconhece essa regra do texto constitucional como uma exteriorização do clássico princípio orçamentário da não afetação de receitas, que traz uma “proibição constitucional que guarda perfeita harmonia com a natureza do imposto” (MORAES, 2016, p.913), que é um tributo desvinculado de qualquer atuação específica do Estado. Daí a conceituação de imposto dada pelos financistas, como sendo a “receita destinada ao custeio dos serviços administrativos de interesse geral” (HARADA, 2001, p. 127-128).

Comumente interpretada como uma imposição tão somente direcionada ao Estado, que não poderá realizar vinculações orçamentárias com recursos de impostos, a realidade é que esse mandamento constitucional também aparenta corresponder a uma

6 Denúncia corroborada por Aliomar Baleeiro (2009, p. 205) que, sobre a questão, disse que “o princípio da não afetação prévia da arrecadação de impostos nunca foi suficientemente estudado pela doutrina, respeitado pelo legislador, nem seguido pelos Tribunais”.

obrigação direcionada aos próprios contribuintes (que não podem receber esse aval do Estado mediante lei), o que seria problemático ao considerar o modelo amplamente difundido e adotado pelas nossas legislações de incentivos fiscais⁷. Inclusive, oportuno enaltecer que, ao analisar tais legislações, Ricardo Lobo Torres (2011, p. 120) esclarece se tratar de uma sistemática tão antiga que aparenta ter se tornado uma espécie de política pública indevidamente constitucionalizada⁸.

Seria uma imprecisão teórica argumentar que as legislações de incentivo (seja à cultura, desporto, ciência e tecnologia) estão harmônicas à rigidez da regra constitucional de não afetação de receita de impostos pelo simples fato que a vinculação não ocorre por uma imposição, e sim uma faculdade concedida a contribuintes. Seria um posicionamento que abriria as portas para a possibilidade de futura extinção dessa limitação constitucional mediante simples “manobra” a ser realizada pelo legislativo, que poderá adotar um verdadeiro mecanismo de vinculação de impostos por vias transversais. Por uma perspectiva orçamentária, a consequência será a ineficiência ao atendimento de políticas públicas na medida em que tributos protegidos pela ordem jurídica deixam de serem receitas arrecadadas.

Desse modo, pode-se entender que a regra constitucional é eminentemente dirigida ao legislativo⁹, que não poderá realizar a afetação de receitas de impostos de modo direto ou mesmo indireto (repassando ao contribuinte essa possibilidade). Uma imposição que deve ser seguida pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios no momento de reprodução de normas tributárias e fiscais que tratam da receita de impostos. Essas, não poderão experimentar afetação, ressalvadas as hipóteses excepcionais previstas no texto constitucional.

7 Afinal, essa não mais corresponde a uma sistemática fiscal monopolizada pela cultura. Atualmente, modelos similares de fomento são adotados por segmentos como esporte (Lei 11.438/2006), Pesquisa e Inovação (Lei 11.487/2007), Extensão da licença-maternidade (Lei 11.770/2008), apenas para nomear algumas das legislações que seguem essa prática de incentivos fiscais.

8 Conforme explica Ricardo Lobo Torres (2011, p. 120): “As vinculações de receitas de impostos tem a desvantagem de engessar o orçamento público, e, se não reservadas à garantia de direitos fundamentais, tornam-se meras políticas públicas indevidamente constitucionalizadas”.

9 Por se tratar de uma regra constitucional, a mesma deverá ser plenamente seguida pelo poder legislativo. Logo, não poderá ser violada nem mesmo mediante previsões estabelecidas em Lei Orçamentária Anual (LOA) ou a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO).

3.2 A vedação da afetação e seu papel no asseguramento de uma boa administração pública

Conforme exposto, o artigo 167, IV da CRFB/88 materializa regra histórica oriunda de um resultado lógico referente a preservação da unidade orçamentária, em que a massa da receita de impostos (tributo não vinculado) não deve ser comprometida para atender gastos pré-determinados, e sim recebidas pelo ente político para composição de caixa único¹⁰, do qual serão retiradas os valores necessários para atender indistintamente as despesas públicas (COELHO, 2011).

A desvinculação de uma parcela da receita tributária é o que possibilitará, em tese, a melhor distribuição dos recursos arrecadados, pois os mesmos terão a condição de serem direcionados conforme uma escala de prioridades a ser definida pelo administrador, considerando as necessidades sociais presentes naquele momento¹¹.

Esse, inclusive, é o mais elementar papel de um (bom) administrador. Reconhecer as necessidades sociais existentes e, seguindo uma hierarquização pautada em critérios de urgência e relevância, proceder com a distribuição do produto arrecadado. Uma característica que, certamente, é afetada com o engessamento normativo de recursos, pelo simples fato de que essa hierarquia de necessidades não é estática, e sim mutável, frequentemente experimentando variações.

Nesse cenário de compromissos de verbas públicas, previstos em leis por longos (ou mesmo indefinidos) períodos de tempo, por não ocorrerem mediante uma análise contemporânea do Executivo, considerando o atual contexto e as necessidades presentes, invariavelmente tende a produzir resultados desproporcionais, seja pela falta ou pelo excesso de recursos públicos destinados a um setor específico (PAULSEN, 2004).

É evidente que uma única legislação de fomento interfere, seja em grau maior ou menor, no orçamento daquele ente federado, afetando sua autonomia quanto à utilização e aplicação de sua receita.

10 Caixa único corresponde à expressão de natureza contábil, significando conferir fluidez a um conjunto de recursos, assegurando sua capacidade de serem utilizados para atender as necessidades financeiras. Ou seja, o caixa único é utilizado para efetivar pagamentos das despesas públicas.

11 Para José Afonso da Silva (2008, p. 740), trata-se da regra de ouro das finanças clássicas, conhecido como princípio do equilíbrio orçamentário, estruturado na imprescindível “relação de equivalência entre o montante das despesas autorizadas e o volume da receita prevista para o exercício financeiro”.

Em cenários extremos, pode-se imaginar que um plexo de legislações de incentivos fiscais seria capaz, até mesmo, de esvaziar, por absoluto, as receitas arrecadadas por determinada unidade da federação. Ou seja, seria experimentado, como resultado, leis de incentivo engessando os recursos do Estado ao direcioná-los a segmentos específicos como cultura, atividades esportivas, inovação tecnológica, preservação ambiental, pesquisas médicas, qualificação profissional, sem qualquer racionalidade quanto a uma ordem de prioridades a ser observada conforme as necessidades do próprio ente federado.

A consequência seria, justamente, o que o Texto Constitucional buscou evitar¹², um comprometimento de receitas financeiras, em que verbas do ente político são mutiladas, deixando de fazer parte de sua arrecadação. Um cenário em que o Administrador não terá a capacidade de realizar ajustes orçamentários dos valores vinculados por contribuintes, independente de quão grave ou imprevisível possa ser o cenário social atual.

A Lei Rouanet corresponde a uma normatização que repassa para a iniciativa privada a competência para a vinculação de recursos públicos de impostos, permitindo, aos mesmos, a injeção em setor específico, no caso, em projetos culturais (FERNANDES; OLIVEIRA, 2016). Um mecanismo capaz de transformar o Estado em mero executor das vontades de empresas patrocinadoras, retirando do governante sua discricionariedade e seu poder alocativo, repassando os mesmos para a iniciativa privada.

Um cenário que resulta no amesquinamento da capacidade do gestor em realizar as compensações adequadas conforme as necessidades contemporâneas identificadas. Por esse, entre outros motivos, não pode ser compreendido como adequada trajetória para uma boa Administração pública.

12 Em pesquisa acerca do uso da função extrafiscal da tributação como forma de tutela ambiental, Celso de Bastos Correia Neto (2012, p.121) explica que esse mecanismo tributário “numa primeira hipótese, a vinculação diria respeito às receitas auferidas por meio de certos tributos. Tudo o que fosse arrecadado com determinada exação deveria ser aplicado em políticas públicas de defesa do meio ambiente”. Todavia, o mesmo autor esclarece que (2012, p.121): “Nesse caso, há que se ressaltar que a Constituição Federal veda a vinculação de receitas oriundas de impostos, no art. 167, IV, o que afastaria a principal espécie tributária dessa estratégia de tutela ambiental. Ficariam livres da vedação as taxas, a contribuição de melhoria e as contribuições do art. 149 da CF”.

4 Considerações finais

A fórmula normativa adotada pela Lei Rouanet e as demais legislações de fomento que seguiram seu modelo são, em sua essência, uma mesma. Benefícios fiscais são concedidos ao possibilitarem contribuintes (pessoas físicas ou jurídicas) de impostos a aplicarem uma parcela dos recursos devidos desse tributo, que seriam recolhidos pelo Estado, para uma despesa específica. No caso da Lei nº. 8.313/91, esse setor específico são projetos do segmento cultural que foram submetidos e aprovados pelo Ministério da Cultura. Após a realização do aporte, tais recursos serão objeto de posterior dedução, seja de modo integral ou parcial, no momento de recolhimento do Imposto de Renda.

A escolha do contribuinte pela adoção de alguma das opções da Lei Rouanet significará que o mesmo estará, na realidade, realizando um direcionamento de valores devidos ao Estado a título de imposto de renda para os segmentos culturais, ou seja, vinculando o tributo a uma finalidade específica.

O presente estudo evidenciou se tratar de modelo com sérias implicações no campo da gestão pública de recursos. A alocação discricionária de verbas pelos contribuintes (em regra, empresas) significará que o Administrador terá restringido sua capacidade de definir gastos conforme os objetivos de sua política pública¹³, considerando aspectos como necessidade da coletividade e aquilo que compreende como merecedor de atendimento prioritário. Negligenciar essa limitação resulta em prejuízos ao custeio de despesas gerais que, conforme os princípios que regem uma boa Administração Pública, seriam atendidas considerando certa escala hierárquica de prioridades.

Além disso, aparenta ser seguro afirmar que a Lei nº. 8.313/91 (Lei Rouanet) tem a sua sistemática de benefícios fiscais estruturada em torno de uma disfarçada afetação da receita de impostos em hipótese que não se enquadra nas ressalvas elencadas pelo artigo 167, IV da Constituição Federal, ofendendo relevante norma proibitiva alocada nessa Lei Maior.

Logo, chega-se à preocupante conclusão que a mais relevante política pública cultural tem sido executada mediante sistemática evidentemente inconstitucional.

13 Inclusive, segundo José Afonso da Silva (2008, p. 740) esse corresponde ao princípio da programação do orçamento “que implica [...] a formulação de objetivos e o estudo das alternativas futuras para alcançar os fins da atividade governamental”.

À guisa de encerramento, adequado enfatizar que os articulistas do presente estudo não negligenciam a dimensão do problema que se manifestaria com o reconhecimento da inconstitucionalidade da legislação federal de incentivo à cultura. Certamente, os efeitos práticos mostram que tal decisão resultará em grave impacto negativo na arrecadação de recursos financeiros alcançada por esse imprescindível setor da sociedade. É razoável deduzir que, de forma imediata, a redução nas receitas disponíveis fará com que organizações culturais possam experimentar não apenas grandes transtornos, mas, até mesmo, real risco na continuidade dos serviços por elas prestados à comunidade.

Todavia, a Ciência do Direito não permite que se aparte teoria e prática, motivo que impõe a ruptura dessa sistemática de financiamento e a subsequente emergência de um modelo inovador. Afinal, em ciência, a única coisa definitiva é o provisório. Revela-se, aí, o desafio.

Ante a agressão constitucional oriunda dessa normatização a alternativa verdadeiramente científica é que se reconheça a inconstitucionalidade¹⁴ desse modelo pela inquestionável violação da regra consubstanciada no artigo 167, IV, da CF/88¹⁵. Confirmando-se esse cenário, recairá sobre o Estado a responsabilidade de, reconhecendo a cultura como um direito fundamental, desenvolver um novo modelo para arrecadação e repasse de recursos e financiamento de projetos culturais, mas que não ocorra na forma de uma política pública inconstitucional, não se podendo permitir o engessamento de impostos para qualquer setor.

A superação desse desafio exigirá propostas de mudanças capazes não apenas de extinguir a vinculação de impostos, mas o desenvolvimento de uma política pública ainda mais eficiente, aprimorada para atuar de forma equânime, sanando os gravíssimos

14 Uma decisão de inconstitucionalidade, que reconheça a incongruência do atual modelo, poderia experimentar a modulação de seus efeitos, ou seja, para preservar a segurança jurídica das empresas que já realizaram doações passadas conforme os ditames estabelecidos em lei, possuiria efeitos *ex-nunc*, apenas a partir do trânsito em julgado da decisão.

15 Afinal, o reconhecimento jurisdicional de sua inconstitucionalidade não traria a possibilidade de manter a mesma sistemática em vigor e, simplesmente, alterar a espécie de imposto para outra, como bem destaca Aliomar Baleeiro (2009, p.200): “A peculiaridade está em que é proibida a afetação prévia dos recursos advindos de impostos. Mas se, apesar da proibição, certo imposto tiver sua arrecadação vinculada previamente a certa despesa, a inconstitucionalidade não terá o condão de alterar a espécie de tributo (impostos) para outra”.

desequilíbrios atualmente existentes tanto entre os distintos setores culturais como entre as diferentes regiões do país. Um novo modelo, mais justo e eficiente no que diz respeito à distribuição de recursos públicos, assegurando o devido repasse financeiro para os múltiplos setores artísticos e, com isso, festejar o mandamento constitucional que repousa no artigo 215 da CRFB/88 e obriga o Estado a apoiar e incentivar a valorização e difusão das manifestações culturais.

Referências

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. Reflexões sobre a nova lei de incentivo à Pesquisa. In: *XVII Conpedi*, Brasília, Novembro de 2008. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/08_536.pdf Acesso em: 16 mar. 2019.

ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. FERREIRA, Antônia Morgana Coelho. Reformulação da Lei nº 8.313/91: queda ou ressurreição da mais importante política pública cultural brasileira? *Revista de Políticas Públicas*, Maranhão, v. 13, n. 1, jan./jun. 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, André Castro. *Vinculação de receitas públicas e princípio da não afetação: usos e mitigações*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010.

COELHO, Werner Nabiça. *Classificação dos Tipos Tributários. Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*, São Paulo, v. 1, fev. 2011.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. O programa nacional de apoio à cultura como embrião do sistema nacional de cultura. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 11, fev. 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Políticas públicas como instrumental de efetivação de Direitos Culturais. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 77, nov. 2017.

DINIZ, Guilherme Soarez. A classificação das espécies tributárias no ordenamento jurídico brasileiro. *Doutrinas Essenciais de Direito Tributário*. São Paulo, v. 1, fev. 2011.

DOMINGUES, José Marcos. GONZÁLEZ, Clemente Checa. Conceito de tributo: uma perspectiva comparada Brasil-Espanha. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v. 104, maio 2012.

FERNANDES, Fabiana Constância. OLIVEIRA, Rafael Niebuhr Maia de. O financiamento estatal à cultura no Brasil: a lei Rouanet, suas mazelas e as propostas do Projeto de Lei 6.722/10. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, ano XVIII, n. 34, 2016.

MARTINS, Marcelo Guerra. Tributação, instituições e desenvolvimento. *Revista Tributária das Américas*, v. 3, jan. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 16. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

LA POSIBLE REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN EN ESPAÑA: OPORTUNIDAD/INOPORTUNIDAD DEL MOMENTO, Y TRES PROPUESTAS MEDIOAMBIENTALES

*THE POSSIBLE REFORM OF THE CONSTITUTION IN SPAIN:
OPPORTUNITY / INOPPORTUNITY OF THE MOMENT, AND THREE
ENVIRONMENTAL PROPOSALS*

Roberto Bustillo Bolado¹ 

¹ Universidade de Vigo (UVigo), Vigo, Espanha. Doutor em Direito. E-mail:
rbustillo@uvigo.es

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2981>

Autor convidado

Resumen: En términos histórico-constitucionales, 2018 es un año singular para Brasil y para España, pues a uno y otro lado del Atlántico ambos Estados celebran respectivamente el trigésimo y el cuadragésimo aniversario de vigencia de sus respectivas Constituciones. Es cierto que la celebración no debe hacer olvidar la trascendencia negativa de determinadas realidades de dimensión socioeconómica, política e incluso judicial que viven ambos países, pero tales circunstancias tampoco pueden esgrimirse ni como justificación ni como excusa para olvidar las referidas efemérides. Es mi objetivo a lo largo de esta ponencia explicar cuáles fueron los orígenes de nuestro actual texto constitucional, las (pequeñas) reformas que han modificado algunos aspectos concretos a lo largo de estos cuarenta años de vigencia, la oportunidad o inoportunidad de una posible reforma sustancial que desde algunas instancias políticas se reclaman y, por último, proponer y justificar tres posibles y

Abstract: In constitutional-historical terms, 2018 is a unique year for Brazil and for Spain, since on both sides of the Atlantic both States celebrate respectively the thirtieth and fortieth anniversary of the validity of their respective Constitutions. It is true that the celebration should not make us forget the negative transcendence of certain realities of socioeconomic, political and even judicial dimension that both countries are experiencing, but such circumstances can not be used either as a justification or as an excuse to forget the mentioned ephemerides. It is my objective throughout this presentation to explain what were the origins of our current constitutional text, the (small) reforms that have modified some concrete aspects throughout these forty years of validity, the opportunity or inoportunidad of a possible substantial reform that from some political instances are claimed and, finally, propose and justify three possible reforms that, in my opinion, would be



pequeñas reformas de orientación medioambiental que, en mi opinión, sería deseable que se incorporaran al texto de la carta magna española. desirable to be incorporated into the text of the Spanish Magna Carta.

Palabras clave: Lei Rouanet. Lei de Incentivo à cultura. Princípio da não afetação de impostos. Constitucionalidade. Política Pública. **Keywords:** Rouanet Law. Culture Incentive Law. Principle of non-binding taxation. Constitutionality. Public Policy.

Sumário: 1 Introducción; 2 Antecedentes y nacimiento de la vigente Constitución Española de 1978; 3 El vigente modelo constitucional y las reformas “puntuales” de 1992 y 2011; 4 La “oportunidad/inoportunidad” de una posible reforma constitucional en el actual momento político; 5 Tres propuestas ambientales para integrar en la Constitución Española; Referencia.

1 Introducción

En términos histórico-constitucionales, 2018 es un año singular para Brasil y para España, pues a uno y otro lado del Atlántico ambos Estados celebran respectivamente el trigésimo y el cuadragésimo aniversario de vigencia de sus respectivas Constituciones. Es cierto que la celebración no debe hacer olvidar la trascendencia negativa de determinadas realidades de dimensión socioeconómica, política e incluso judicial que viven ambos países, pero tales circunstancias tampoco pueden esgrimirse ni como justificación ni como excusa para olvidar las referidas efemérides.

Es mi objetivo a lo largo de esta ponencia explicar en Brasil cuáles fueron los orígenes de nuestro actual texto constitucional, las (pequeñas) reformas que han modificado algunos aspectos concretos a lo largo de estos cuarenta años de vigencia, la oportunidad o inoportunidad de una posible reforma sustancial que desde algunas instancias políticas se reclaman y, por último, proponer y justificar tres posibles y pequeñas reformas de orientación medioambiental que, en mi opinión, sería deseable que se incorporaran al texto de la carta magna española.

2 Antecedentes y nacimiento de la vigente Constitución Española de 1978

Como explica el prof. Dr. Luís MARTÍN REBOLLO (Martín, 2018,46) “el Derecho no procede del silencio del laboratorio, no procede inicialmente de la lógica, sino que se decanta en el fragor de la historia y

de los intereses que subyacen en toda colectividad”. Y si esa afirmación, en general, se verifica en relación con cualquier norma jurídica, mucho más cuando hablamos de la Constitución de un Estado. Salvo que nos conformemos con un mero conocimiento meramente operativo y superficial de la realidad, no se puede entender en un momento dado la Constitución vigente en un Estado, la organización y estructuración de sus poderes públicos y el elenco de derechos y libertades reconocidos a los ciudadanos, si se desconoce el sustrato histórico sobre el que se edifica la realidad jurídico-política que se aspira a asimilar en términos de aprendizaje.

Y comprender, asimilar muchas de las claves del texto constitucional de 1978 implica, pues, dar un pequeño salto hacia el pasado y recordar algunas de las notas características de nuestra historia político-constitucional desde el siglo XIX hasta los años setenta del siglo XX.

Ilustración 1 – Constituciones españolas

Constituições espanholas XIX - XXI		
•	...1800-1812	Absolutismo
•	CE-1812: 1812-1814	C. liberal
•	-----; 1814-1820	Absolutismo
•	CE-1812: 1820-1823	C. liberal
•	-----; 1823-1833	Absolutismo
•	ER-1834: 1834-1836	C. moderada
•	CE-1812: 1836-1837	C. liberal
•	CE-1837: 1837-1845	C. progressista
•	CE-1845: 1845-1868	C. moderada
•	CE-1869: 1869-1876	C. progressista
•	CE-1873: (<i>non nata</i>)	C. republicana
•	CE-1876: 1876-1923	"trans. liberal/conserv."
•	-----; 1923-1930	Primo de Rivera
•	CE-1931: 1931-1939	C. republicana
•	-----; 1939-1975	F. Franco
•	-----; 1975-1978	Transição democrática
•	CE-1978: 1978-2018...	C. consensuada

Para sustentar gráficamente dicho salto puede resultar útil la ilustración número 1¹. Lo primero en lo que quiero que reparen de ese cuadro es en los óvalos sombreados. Cada uno de ellos representa una

1 En el cuadro, “CE” y “C” significan Constitución; “ER”, Estatuto Real (que en realidad no es una Constitución, sino una “carta otorgada”); los periodos marcados con “-----” y letra más clara son etapas en las que no hay en vigor ni una Constitución ni una carta otorgada (periodos totalitarios o de transición); y los óvalos sombreados marcan periodos en los que España sufrió guerras, tanto de carácter civil como internacional.

guerra sufrida por España, hasta un total de ocho; abrimos el siglo XIX con la *Guerra de la Independencia* frente a la Francia napoleónica; a continuación, tres guerras civiles conocidas como *Guerras Carlistas*; despedimos el XIX con la guerra colonial (que España pierde y Estados Unidos gana) tras la cual, Filipinas, Cuba y Puerto Rico dejan de ser territorio español; a principios del siglo XX España toma parte – junto con Francia- en una guerra colonial en el norte de África; entre 1936 y 1939 tiene lugar la que en la historia española llamamos, con mayúsculas, *Guerra Civil* (pero que ya se ha expuesto que no fue la única) y a finales de los años cincuenta, la (poco conocida) *Guerra de Ifni*, la última guerra colonial en la que participó España, también en el norte de África.

Cuatro guerras civiles y otras cuatro guerras más en apenas siglo y medio, son muestra de una historia política reciente agitada, llena de conflictos (bélicos, políticos, sociales...) y heridas. Uno de los resultados es que desde el siglo XIX hasta la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, en nuestro país se sucedieron hasta diecisiete regímenes políticos diferentes, con alternancia de largos periodos de monarquía y de breves de república, de regímenes totalitarios y de sistemas democráticos, y, dentro de los periodos democráticos, con sucesivas constituciones de muy diverso alcance y orientación política. Tuvimos una primera constitución (liberal) en 1812 (que entró en vigor y fue derogada varias veces a lo largo de la primera mitad del XIX, otra en 1834 (moderada, aunque en realidad no era una Constitución, sino una “carta otorgada”), otra en 1837 (progresista), otra en 1845 (moderada), otra en 1869 (progresista), otra en 1873 (progresista y republicana; aunque formalmente España llegó a constituirse en república, a esta Constitución no le dio tiempo a ser aprobada y entrar en vigor), otra en 1876 (liberal/conservadora), otra en 1931 (progresista y republicana) y la vigente de 1978 (consensuada entre todas las fuerzas políticas representativas).

Si una persona dispone de mucho dinero en sus cuentas bancarias, podemos decir que esa persona es “rica”; sin embargo, si un país tiene en relativamente poco tiempo muchas Constituciones, podemos decir que tiene una historia constitucional pobre. Pobre, porque en el caso de España nuestra historia constitucional es una constante sucesión de fracasos ¿Por qué? Porque a lo largo del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, la Constitución no ha sido mucho más que el “botín de guerra del vencedor”. Cada vez que una fuerza política ganaba las elecciones

o contaba con el respaldo fáctico de un *pronunciamiento militar*, impulsaba una Constitución a su medida. Todas las Constituciones del siglo XIX y la primera mitad del XX han sido Constituciones o de partido o de ideología, Constituciones que respaldaba una mitad (mayoritaria o minoritaria, no una mitad matemática, sino “una mitad” en términos políticos) de España y que importunaba a la otra mitad. Constituciones de vencedores frente a vencidos. Esa es la causa de lo que llamo *pobreza* de nuestra historia constitucional. Esa es la causa que tienen en común (sin perjuicio de las singularidades de cada supuesto) los fracasos de todas las Constituciones españolas del siglo XIX y la primera mitad del XX. La Constitución histórica que más se aleja de ese nocivo modelo fue la de 1876, fruto de un pacto entre liberales y conservadores (no en vano fue la más longeva de todas), pero las fuerzas progresistas quedaron excluidas de ese acuerdo.

Es precisamente en los últimos años de vigencia de la CE de 1876 cuando hay que detenerse brevemente para comprender el contexto político donde casi medio siglo después se fraguará la de 1978.

En 1923, en vigencia del sistema democrático instaurado por la Constitución de 1876 y siendo Rey Alfonso XIII (de la familia real de los Borbones), el capitán general Primo de Rivera encabeza un golpe de Estado que alcanza éxito contando con el respaldo del monarca, dando lugar a una régimen militar que perduraría hasta comienzos de los años treinta. El apoyo de Alfonso XIII a Primo de Rivera acarrió el desprestigio de su persona y de la institución monárquica, lo que favoreció que ele 12 de abril de 1931, en las reinstauradas (tras la dimisión y muerte por enfermedad de Primo de Rivera en 1930) elecciones municipales de ese año, los partidos políticos republicanos obtuvieran un notable éxito (en las ciudades, no en el mundo rural). A la vista de tales resultados (y evitando probablemente con ello una inútil guerra civil), Alfonso XIII abandona la Jefatura del Estado (sin abdicar ni renunciar a sus derechos) y se autoexilia en Italia. Al día siguiente, día 14 de abril de 1931, se proclama en España la II República. Comienza así una nueva etapa democrática con una nueva Constitución, la de 9 de diciembre de 1931.

En 1936, un nuevo golpe de Estado será el inicio de una cruenta Guerra Civil que terminaría en 1939 con la victoria de los golpistas al mando del general Francisco Franco. Tras el fin de la guerra, se instaura en España un régimen totalitario con el general Franco como Jefe del Estado, régimen que se prolongará más de treinta años, hasta

la muerte del dictador en 1975. A la muerte de Franco se activan las previsiones de la Ley 28 de marzo de 1947, *de Sucesión en la Jefatura del Estado*, que había reconfigurado España como un reino (aunque sin rey mientras Franco estuviera al frente) y que preveía que en la Jefatura del Estado sucediera a Franco a título de Rey o de Regente, la persona que el mismo Franco previamente hubiera designado. El último Rey de España había sido Alfonso XIII (recuérdese que abandonó la jefatura del Estado, pero no abdicó ni renunció a sus derechos al trono); Alfonso XIII había muerto en Roma en 1941, así que en esos momentos la lógica de la sucesión a la corona española apuntaba hacia su hijo Juan de Borbón; pero Juan en varias ocasiones se había pronunciado públicamente con contundencia en contra del régimen; así, por ejemplo, en su primer *Manifiesto*, hecho público en Lausana el 19 de marzo de 1945 (cuando la II Guerra Mundial estaba ya claramente decantada y a los regímenes de Hitler y Mussolini les quedaban apenas semanas de vida), el hijo de Alfonso XIII califica al régimen franquista de estar inspirado en los mismos principios totalitarios de las fuerzas del eje y de ser contrario al carácter y a la tradición del pueblo español, y requiere “solemnemente al general Franco para que, reconociendo el fracaso de su concepción totalitaria del Estado, abandone el poder”. Al final, Franco decide saltarse el orden dinástico y elegir como su sucesor en la Jefatura del Estado a título de Rey no a Juan, sino a su hijo Juan Carlos (nieto, por tanto, de Alfonso XIII), gran parte de cuya educación se había desarrollado en España bajo la supervisión del propio dictador.

El general Franco muere el 20 de noviembre de 1975, y dos días después, el 22 de noviembre, Juan Carlos es proclamado Rey de España, momento a partir del cual tiene exactamente en términos jurídico-políticos los mismos poderes que Franco, los poderes de un Jefe de Estado en un Estado totalitario. Pero ya desde ese mismo instante comienzan a ponerse en marcha los engranajes del periodo que pasará a la historia como “*la transición*” (1975-1978), el periodo de conversión pacífica de un Estado totalitario en un Estado democrático. Y es que ya desde los primeros momentos el Rey parece apartarse del guion previsto por el dictador y empieza a situar en puestos clave de la organización política del Estado a personas de su confianza; destacadamente, Torcuato Fernández Miranda (quien fue su profesor de Derecho Constitucional) como Presidente de las Cortes Españolas (el nombre oficial de las no democráticas cortes franquistas) y del Consejo del Reino; y un joven Adolfo Suárez como presidente del Gobierno, en

sustitución del inmovilista Carlos Arias Navarro. Torcuato Fernández Miranda, Adolfo Suárez y el propio Rey son los principales artífices de la *Ley para la Reforma Política*, la popularmente conocida como “ley bisagra”, una ley que permite que el régimen franquista (puerta cerrada) se transforme en un régimen democrático de pluralismo y libertades políticas (puerta abierta) sin violencia y sin que ese tránsito suponga una ruptura de la continuidad (tanto a efectos internos como externos) del Estado. La *Ley para la Reforma Política*, aprobada por las Cortes (todavía) franquistas el 4 de enero de 1977, fue una valiosa pieza de ingeniería jurídico/política sobre la que pivotó el éxito de la transición.

En lo que a los efectos de esta ponencia más interesa, la aprobación de la *Ley para la Reforma Política* suponía que las Cortes franquistas acordaban su propia disolución y convocaban elecciones generales, las primeras elecciones generales libres en España tras más de cuarenta años. Libres y plurales, sin restricciones, porque pese a la resistencia de algunos sectores del ejército y de la todavía existente maquinaria política del régimen, pudo participar el Partido Comunista tras su legalización el 9 de abril de 1977; es más que probable que un buen número de los procuradores en Cortes que aprobaron la *Ley de la Reforma Política* unos meses antes, ese 9 de abril se echaran las manos a la cabeza y se arrepintieran de su voto, pero ya no habría marcha atrás.

El resultado de esas primeras elecciones tenía una importancia crucial, pues, aunque formalmente no estaba dicho en ningún documento oficial, todo el mundo era consciente de que materialmente serían unas verdaderas cortes constituyentes cuyo papel era sentar las bases constitucionales de un nuevo régimen político.

Las elecciones generales tuvieron lugar el miércoles 15 de junio de 1977, y los resultados en el Congreso dieron lugar a un panorama parlamentario (véase la tabla izquierda de la *Ilustración número 2*) sin mayoría absoluta, con una victoria en votos y diputados de la Unión de Centro Democrático (UCD, partido que en el contexto de la época podría calificarse de “centro-derecha”, liderado por Adolfo Suárez); en segundo lugar, a no mucha distancia de la UCD, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE, partido de izquierdas liderado por Felipe González), y, tras estos dos grandes partidos, la presencia minoritaria de una serie de fuerzas políticas (las más importantes de ellas, el Partido Comunista de Santiago Carrillo y Alianza Popular, partido de derechas liderado por Manuel Fraga) que se repartían entre la izquierda, la derecha y diversos grupos nacionalistas).

Ilustración 2 – Transición democrática



De acuerdo con las reglas pactadas, se formó una ponencia (grupo reducido de trabajo) con la misión de elaborar un primer borrador de texto constitucional para ser debatido en las Cortes Generales. Esta ponencia estaba integrada por siete miembros que, en relación proporcional a los resultados de las elecciones, se distribuyeron, en un primer momento, de la siguiente forma: tres miembros designados por la UCD, dos por el PSOE, uno por el PCE y otro por AP; las fuerzas nacionalistas, con este criterio, en principio quedaron fuera del reparto, pero al final, el PSOE les cedió uno de sus puestos, quedando definitivamente constituida la ponencia constitucional con el reparto y miembros que se puede observar en la fotografía de la Ilustración 2.

Era una ponencia muy plural en términos políticos, con representantes de la izquierda y de la derecha, nacionalistas periféricos y centralistas, republicanos y monárquicos... una ponencia en la que compartieron mesa y diálogo quien durante años había sido ministro del interior durante el régimen del general Franco (Manuel Fraga) y quien durante la dictadura franquista había sufrido encarcelamiento por su actividad política (Jordi Solé).

Tras varios meses de trabajo, el resultado fue el primer borrador de Constitución de toda la historia española que se lleva a las Cortes Generales sin excluir a nadie, fruto del consenso, del acuerdo, de las recíprocas renunciaciones y de la recíproca aceptación de ideas de los rivales por parte de todas las tendencias políticas. Ciertamente, se trataba de un borrador de constitución que no satisfacía plenamente a nadie, pero

esa era, precisamente, su principal virtud: ninguna fuerza política podía identificarse al cien por cien con todos sus contenidos, pero, a cambio, ninguna podía considerarse excluida, porque todas contribuyeron en parte al resultado final. Hubo importantes renunciaciones: algunos renunciaron a la república, otros a la pena de muerte, algunos a continuar con un Estado centralista, otros a un Estado federal... Todas y cada una de esas renunciaciones (y su envés: las correspondientes aceptaciones) fueron el cimiento del consenso constitucional; un cimiento que sólo pudo ser posible por la responsabilidad, la consciencia y el sentido de Estado, de los siete ponentes y de quienes los respaldaban. Tras más de ciento cincuenta años de fracasos en nuestra historia constitucional, tras una última guerra civil y casi cuarenta años de dictadura, no era momento para reproducir errores del pasado, era momento para mirar al futuro y poner las bases de una nueva etapa de estabilidad y concordia.

El espíritu de los siete miembros de la ponencia constitucional se prolongó en el Congreso de los Diputados, donde tras varios meses de deliberaciones, debates, negociaciones, acuerdos, rupturas (en la propia sede parlamentaria y entre bambalinas), al final, el 31 de octubre de 1978, el proyecto de Constitución fue votado en el Congreso y aprobado por la más amplia mayoría que jamás había obtenido un proyecto constitucional en Cortes: de los 350 diputados que integraban el Congreso, 325 votaron a favor y sólo 6 en contra (véase más detalle de la votación en la ilustración núm. 3).

Ilustración 3 – Votación en el Congreso del Proyecto de la Constitución

Partidos políticos no Congresso		Resultado da votação	
• UCD:	165 Diputados	• Sim e abst. (1)	
• PSOE:	118 "	• Sim	
• PCE:	020 "	• Sim	
• AP:	016 "	• Sim, não (5) e abst. (3)	
• PDCat.:	011 "	• Sim	
• PNV	008 "	• Branco (7)	
• Otros	016 "	• Sí, não (1) e abst. (3)	
Diputados:	350.		
Sim:	325 → 92,9 %		
Não:	006 → 01,7 %		
Abstenção:	014		
Não votou:	005		

Hasta aquí, todos y cada uno de los pasos de *la transición* habían sido firmes y se habían materializado en éxitos clamorosos: la aprobación de la *Ley para la Reforma Política*, las primera elecciones democráticas, la formación y funcionamiento de la ponencia constitucional, la aprobación del proyecto de constitución en las Cortes... Sí. Pero quedaba el último paso, el paso sin el cual todo lo demás habría sido una operación bienintencionada para baldía: el texto constitucional tenía que ser sometido a referéndum y no podía ganar “por un poquito”, sería irresponsable y ridículo pretender cimentar el futuro de un Estado democrático en un apurado “cincuenta y tantos por ciento”. El futuro de España no se podía cimentar (una vez más) en el ocasional y fluctuante éxito de una mitad de España frente a la otra.

Y no era fácil, pues aunque se estimaba que los ciudadanos españoles deseaban mayoritariamente apoyar el nuevo proyecto, era difícil calcular a priori el efecto intimidatorio que podía suponer sobre la población, por un lado, la incertidumbre con que todavía entonces se veía la neutralidad de las Fuerzas Armadas, y por otro, la presión y el miedo que transmitían las acciones criminales de diversos grupos terroristas de extrema izquierda y de extrema derecha (declarados enemigos de la transición política y de un futuro Estado español democrático), muy especialmente, de la banda criminal ETA. Por lo que respecta a lo primero, las Fuerzas Armadas, en conjunto, mantuvieron la neutralidad durante la transición y, después, tras la aprobación de la Constitución Española, asumieron fielmente su nuevo papel de “garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional” (art. 8.1 CE), lo que no impidió movimientos involucionistas de algunos sectores reaccionarios y minoritarios del Ejército, que se plasmaron en un plan golpista que fue abortado en noviembre de 1978 antes de ponerse en marcha (la “operación Galaxia”), y en un golpe militar frustrado el 23 de febrero de 1981, con acciones militares (a la sazón, afortunadamente, incruentas) en Madrid y Valencia. Por lo que respecta a lo segundo, fueron varios los grupos criminales que con motivación o excusa política operaron durante la transición; la más activa de estas organizaciones era la banda ETA, grupo terrorista y nacionalista de extrema izquierda arraigado en el País Vasco; esta banda terrorista se había gestado en tiempos de la dictadura, lo que en algunos ámbitos nacionales e internacionales le había granjeado cierta simpatía, por entender que era una fuerza de lucha antifranquista, y que caído el régimen cesaría su “lucha armada”;

no fue así, y la banda terrorista ETA se convirtió en el más sanguinario de los grupos criminales de la transición, asesinando durante tal periodo a más de ochenta personas, la mayoría de ellas en el País Vasco.

Y en ese contexto, llegó el referéndum constitucional del día 6 de diciembre (hoy fiesta nacional española) de 1978, en el que el éxito del “sí” resultó arrollador, superando muchas de las previsiones más optimistas (véase detalle en ilustración número 4). No sólo se produjo en toda España una muy alta participación (67,1 % del censo electoral), sino que el “sí” fue abrumadoramente mayoritario: 87,9% de los votos emitidos. Los ciudadanos españoles por primera vez en la historia se habían puesto de acuerdo en determinar conjuntamente las bases políticas y jurídicas de su marco de convivencia.

Ilustración 4 – Resultado general del referéndum del 9 de diciembre de 1978



En algunas partes de España los resultados fueron espectacularmente positivos, como es el caso de Cataluña, donde tanto la participación (67,9%) como el “sí” (90,5%) superaron la media española. Por su parte, en el contexto complejo del País Vasco, también ganó el “sí” por una amplia mayoría, con un entusiasmo menor (69,1 %) que en el resto de España y con una participación sensiblemente más baja (44,7%); ello puede explicarse por la acción conjunta de dos factores; uno, que el Partido Nacionalista Vasco (partido nacionalista de derechas, que tanto entonces como habitualmente suele ser la fuerza política más votada en el conjunto de las tres provincias vascas) recomendó la abstención; y dos, la descrita presión de la banda terrorista

ETA que, junto con su entorno político, propugnó el “no” e hizo todo lo posible por amedrentar a los votantes vascos; a título meramente ilustrativo, ETA había asesinado en 1977 a doce personas, nueve de ellas en el País Vasco; pues bien, en 1978, la cifra ascendió a un total de 64 víctimas, tres de ellas tiroteadas en un bar de la ciudad de San Sebastián el día 5 de diciembre, en la jornada de reflexión previa al referéndum; el mensaje de la banda criminal no podía ser más claro; aun así, al día siguiente, en el País Vasco votaron “sí” un 69,1% y “no” solo un 23,5%.

Ilustración 5 – Resultados generales del referéndum del 6 de diciembre de 1978



Tras ser aprobada en referéndum, la Constitución sería sancionada y promulgada por el Rey el 27 de diciembre de 1978 y sería publicada oficialmente y entraría en vigor el día 29 de diciembre de 1978.

3 El vigente modelo constitucional y las reformas “puntuales” de 1992 y 2011

Tres fueron las grandes transformaciones que la Constitución Española de 1978 introdujo respecto del régimen precedente: el reconocimiento y garantía de un amplio catálogo de derechos y libertades individuales y colectivas, la democratización de las instituciones políticas, y la división y distribución territorial del poder público, en

definitiva, las bases del estado democrático y social de derecho que se perfila ya desde el art. 1.1 del texto constitucional.

A esos elementos, como señas de identidad de nuestro sistema puede añadirse que la soberanía nacional reside en el pueblo (art. 1.2) y que la forma del Estado es la monarquía parlamentaria (art. 1.3).

Desde entonces hasta el día de hoy, la Constitución sólo ha sido objeto de dos reformas. Se trata de dos reformas muy concretas (la modificación de un precepto y la adición de un nuevo artículo) que no alteran las señas de identidad antes descritas.

La primera de ellas tuvo lugar por reforma de 27 de agosto de 1992, trae causa de exigencias de la Unión Europea y afecta al derecho de sufragio de los extranjeros en España. Desde 1978, la redacción original del art. 13.2 de la Constitución Española establecía que:

13.2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales.

Sin embargo, la Unión Europea, a partir del Tratado de Maastricht en 1992, fue más allá, reconociendo expresamente que “todo ciudadano de la Unión Europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado”. Para evitar una discordancia entre el texto constitucional y las exigencias de la Unión Europea, las Cortes Generales (actuando conforme a lo recomendado por el Tribunal Constitucional tras ser consultado al respecto, y prolongando el consenso político de la transición) modificaron el art. 13.2 de la CE introduciendo el inciso “y activo”, quedando redactado de la siguiente forma (plenamente coincidente con la exigencia transnacional actualmente contenida en el art. 22.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea):

13.2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio pasivo y activo en las elecciones municipales.

La segunda reforma fue más polémica, se aprobó por el procedimiento de urgencia el 27 de septiembre de 2011, en medio de la crisis financiera internacional y estando nuestro Estado sometido a la presión de los mercados y a las exigencias de control presupuestario

establecidas desde las instituciones de la Unión Europea. Esta modificación supone una modificación profunda del art. 135 CE y aunque fue pactada por los dos principales partidos del arco parlamentario (el PSOE, de izquierdas, sustento parlamentario del Gobierno en esa época; y el Partido Popular [PP], de derechas, principal partido de la oposición) y se obtuvo con creces la mayoría parlamentaria cualificada necesaria para aprobar la modificación, pese a eso, digo, la búsqueda de consenso con otras fuerzas parlamentarias no fue una prioridad, y el resultado, aunque en términos jurídicos fue más que suficiente, en términos políticos quedó lejos del consenso de 1978.

La redacción original del art. 135 establecía que:

1. El Gobierno habrá de estar autorizado por Ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito.
2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión.

Si lo que se pretendía era garantizar la estabilidad presupuestaria de todas las Administraciones Publicas, el precepto reproducido se trataba, sin duda, de una previsión insuficiente, pues limitaba su alcance subjetivo a la Administración del Estado, no suponiendo ningún límite para las haciendas autonómicas o municipales. Desde esa perspectiva puede comprenderse la conveniencia de modificar su contenido. Ahora bien, el texto definitivamente aprobado, que es el que sigue:

Art. 135.

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una Ley Orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de

enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación al producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

5. Una Ley Orgánica desarrollará los principios a que se refiere este artículo, así como la participación, en los procedimientos respectivos, de los órganos de coordinación institucional entre las Administraciones Públicas en materia de política fiscal y financiera. En todo caso, regulará:

a) La distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones Públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse.

b) La metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural.

c) La responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

6. Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere este artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias.

Desde una perspectiva técnica llama la atención (y no de una forma positiva) el nivel de detalle del precepto (más propio de una norma de inferior rango que de un texto constitucional) y la inclusión de conceptos (también más propios de norma de inferior rango) como “déficit estructural” o “créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública”. Sin necesidad de entrar en otros aspectos de carácter sustantivo, me limitaré sólo a destacar que incluso pudiéndose compartir la finalidad que persigue el precepto, es una pena que sus redactores no hayan acertado a buscar una fórmula positiva más acorde en extensión y contenido a lo que, entiendo, debe ser el texto de una Constitución.

Por último, otro elemento a señalar es que aunque hay varios preceptos de la Constitución diseñados teniendo en cuenta a la Unión Europea (por ejemplo, el art. 93, concebido en 1978 para posibilitar la cesión del ejercicio de competencias constitucionales a organizaciones internacionales; o la ya comentada reforma del art. 13.2), el nuevo art. 135 es el primer y único precepto de la Constitución en el que se cita expresamente a tal organización internacional.

4 La “oportunidad/inoportunidad” de una posible reforma constitucional en el actual momento político.

Por tanto, a la vista de lo expuesto en el anterior apartado, en cuarenta años de vigencia de la Constitución, sólo en dos ocasiones posibles alteraciones de su contenido han sido llevadas (y con éxito) a las Cortes, y en ambos casos se trataba de dos ajustes muy concretos en cuanto a su alcance y afección sobre el texto constitucional (la adición de dos palabras a un artículo y una modificación más profunda de otro más), sin que ni uno ni otro caso supusieran un cuestionamiento o un ajuste de aspectos fundamentales estructurales del texto constitucional.

¿Significa esto que camino ya del medio siglo de vigencia continuada no existen motivos ni debate social o político sobre los contenidos del modelo impulsado por los políticos que hicieron posible la transición democrática y, acto seguido, fue aprobado por una arrolladora mayoría de una, ya distante el tiempo, generación de ciudadanos españoles? Sin duda, no. Son muchos e importantes los elementos que desde siempre han sido objeto de debate social y, cada vez con más frecuencia (no tanto en los primeros años de democracia) del debate político. De entre todos ellos destacan dos aspectos fundamentales: la forma de Estado y el modelo de distribución territorial del poder.

Por lo que respecta a la forma de Estado, el debate entre monarquía y república (federal o unitaria) siempre ha estado presente, con mayor o menor intensidad en función de circunstancias coyunturales.

La configuración monárquica del Estado, es decir, la renuncia a la república, fue en los años setenta del siglo XX un alto precio que las fuerzas de izquierda y nacionalista (en una muestra de responsabilidad y visión del Estado a la vista de las circunstancias del momento) pagaron como contribución a la existencia de consenso y garantía de un transición pacífica. Con independencia de las convicciones o sentimientos republicanos o monárquicos de cada uno, no cabe duda que ese precio ni

condiciona ni puede condicionar eternamente el debate sobre la forma de Estado, y que si en algún momento se plantea seriamente la reforma de la Constitución, esta cuestión tiene que ser uno de los principales objetos de debate, sea cual sea el resultado (mantenimiento de la monarquía o sustitución por un modelo republicano) al que conduzca.

Sin embargo, en lo que respecta al debate sobre un Estado federal o unitario (y a diferencia de lo que sucede con la dialéctica monarquía/república), tengo la convicción de que se trata de un debate que se mueve en no pocas ocasiones entre el oportunismo, la candidez y la artimaña. El federalismo es un concepto que tiene que ver más con la génesis de un Estado que con la organización del poder. Es decir, los Estados verdaderamente federales no lo son porque el poder esté organizado de una manera o de otra, sino que lo son por la forma en que el Estado se gestó; un Estado federal surge por la unión de dos o más Estados independientes que en un determinado momento de su historia deciden renunciar a sus respectivas soberanías individuales (Estados Unidos, Alemania...) manteniendo una cierta estructuración territorial del poder y formando conjuntamente un nueva e indivisible soberanía común; con esta operación a los viejos Estados (en términos de Derecho Internacional) sólo les queda de “Estados” el nombre, pues el único verdadero Estado, él único verdadero sujeto de Derecho internacional es la Federación que todos ellos han formado. El Estado español es en la actualidad un Estado unitario y jamás a lo largo de la historia ha tenido un momento fundacional “federal”. Convertir España en un Estado federal supondría algo más que una nueva Constitución, supondría una refundación del Estado, supondría renunciar a la soberanía nacional, reconocer soberanía a cada una de las partes que lo integran (¿a qué partes?, ¿a las Comunidades Autónomas, que son entidades político/administrativas que jamás han estado dotadas de soberanía?, ¿a todas? ¿A Cantabria –donde yo nací- y a La Rioja, por ejemplo, también les reconocemos soberanía?, ¿no?, ¿a esas no y a otras sí?, ¿y por qué a unas sí a otras no?) para que a partir de ese momento cada una de esas partes decida “soberanamente” si desea asociarse federalmente con las demás, unirse al conjunto (a la nueva Federación) o convertirse en nuevos pequeños Estados independientes. Eso y no otra cosa es lo que significa la construcción de un Estado federal. Por eso, tras las propuestas federalistas entiendo que en unos casos hay artimaña (los nacionalismos periféricos que defienden como posible punto de encuentro el federalismo, no pensando en formar parte de una Federación, sino de no

formar parte de ella); y en otros candidez u oportunismo (los partidos de ámbito estatal que cuando realizan propuestas “federales” parecen olvidar el elemento esencial del federalismo es ese momento genético, esa refundación del Estado –que va más allá de la aprobación de un nueva Constitución- que exige la liquidación de la soberanía nacional). ¿Es posible formular propuestas federalistas que no merezcan los calificativos que les he dedicado en este párrafo? Sí, es posible, existen, y son perfectamente legítimas: aquellas formuladas por políticos que con sinceridad les dicen a sus votantes (y a sus rivales) que defienden un modelo federal, es decir una refundación del Estado renunciando a que la soberanía nacional resida en el conjunto del pueblo español para acto seguido trocearla de acuerdo con los criterios que proponga esa fuerza política, y para que por último, cada nueva parte soberana del puzle decida si se une a la federación o si prefiere caminar por su cuenta; esta que acabo de describir es una propuesta que se puede compartir o no (yo no lo comparto), pero es una propuesta sincera sobre la que se puede discutir en un proceso constituyente.

Con independencia de todo lo anterior y para acabar con estas líneas dedicadas al federalismo, una cosa es llamar “federal” a un Estado como el español sin contar con una previa refundación del Estado sobre la base del fraccionamiento territorial de la soberanía y posterior reunificación (sin refundación en estos términos, hablar de “federación” no es más que mera frivolidad conceptual); y otra cosa es proponer utilizar o incorporar a nuestro sistema *técnicas* de organización territorial ensayadas en Estados federales (lo que puede ser perfectamente viable). Todo lo anterior en cuanto a la forma de Estado.

En cuanto al modelo de distribución territorial del poder, en 1978 se recogió en el Título VIII y la Disposición Adicional Primera de la Constitución un modelo descentralizado (en este ámbito fueron las tendencias centralistas de los partidos de la derecha las más sacrificadas en virtud de la busca de consenso) técnicamente imperfecto, lleno de ambigüedades, deliberadamente abierto, que al día de hoy sigue siendo fuente de múltiples problemas y conflictos (jurídicos y políticos). A las fuerzas políticas nacionalistas y a un sector de la izquierda la descentralización les parece escasa; a los partidos de la derecha y aun sector de la izquierda el nivel de descentralización que se ha alcanzado al amparo de este marco constitucional les parece excesivo (en temas como sanidad, educación, seguridad, régimen tributario...). Todos están de acuerdo en que el modelo técnico de descentralización constitucional

es defectuoso, pero más allá de eso las posiciones sobre el quantum descentralización parecen al día de hoy irreconciliables.

Por tanto, si la pregunta es si existen motivos para al menos discutir en sede parlamentaria en términos serios y políticos sobre una posible profunda reforma constitucional (tema del que en los últimos años con frecuencia hablan los partidos políticos, al máximo nivel, a izquierda y derecha del arco parlamentario), mi opinión es que sí.

Ahora bien, si la pregunta es si existen en la actualidad condiciones para que ese debate pueda producirse de una forma seria, responsable, generosa, con altura de miras (más allá de la búsqueda de inmediatos réditos electorales), fructífera, una reforma, en definitiva, en un contexto equiparable al que tuvo lugar en la España de la transición, mi respuesta ya no es ni tan contundente ni tan positiva.

En el actual marco político español es posible que haya amplios consensos sobre determinados aspectos concretos como, por ejemplo, la incorporación de algunos nuevos derechos de los ciudadanos, la reducción de los aforamientos, quizá la reforma del sistema bicameral en las Cortes Generales... pero más allá de eso (que no está mal), una posible transformación más profunda, estructural, que afecte a los temas medulares a los que ya he hecho referencia, sería, en mi opinión, difícil que no condujera a una situación de vencedores sobre vencidos, a una Constitución nuevamente configurada como otrora, como el “botín de guerra del vencedor”, a un triste panorama no muy distinto del que tuvo el constitucionalismo español a lo largo del siglo XIX y parte del XX.

5 Tres propuestas ambientales para integrar en la Constitución Española

Y es precisamente en relación con la posibilidad de posibles acuerdos para modificaciones puntuales de la Constitución con lo que quiero concluir mi ponencia. En concreto, lo que voy a exponer en esta parte final son tres propuestas de modificación vinculadas con el medio ambiente que, en mi opinión, sería positivo que fueran valoradas y consideradas en una posible futura (y quizá cercana) reforma de la Constitución española.

Se trata en primer lugar, de la positivación del principio de desarrollo sostenible; en segundo lugar, del reconocimiento del derecho al agua; y, por último, de incluir en el art. 149.1 de la Constitución

un título competencial estatal sobre espacios naturales protegidos supraautonómicos.

b) Positivización del principio de desarrollo sostenible

La Constitución española, redactada en 1978, ni positivizó ni pudo positivizar un concepto como el de “desarrollo sostenible” formulado como tal nueve años más tarde en el contexto de la ONU en el célebre y recurrente informe Bruntland.

Ahora bien, la necesidad de equilibrio entre la protección del medio y el desarrollo económico y social, la ponderación de intereses, el tomar decisiones medioambientales en el presente que limiten el impacto de nuestra actividad económica sobre el medio pensando en las generaciones futuras, todo eso, en definitiva, nace mucho antes de 1987. El informe Bruntland no se inventa el desarrollo sostenible partiendo desde la nada, lo que hace es articular técnicamente e impulsar una sensibilidad que arranca desde mucho tiempo atrás. Los orígenes de esa nueva sensibilidad podemos encontrarlos ya antes de la I Guerra Mundial, en el nacimiento de la ingeniería forestal y la ciencia dasonómica en Alemania (destacadamente en Sajonia) y en Estados Unidos (muy especialmente en las ideas y políticas de Gifford Pinchot, de 1905 a 1910 primer Jefe del Servicio Forestal de los Estados Unidos). Décadas más tarde, tras el desastre global humano y medioambiental de la II Guerra Mundial, fueron cada vez más las voces que desde ámbitos científicos, culturales, sociales y políticos se sumaban a esta nueva forma de entender el progreso y la moderna relación de los seres humanos con la naturaleza.

Por eso, no es de extrañar que (aunque hubiera que esperar a 1987 a que la ONU consagrara internacionalmente la forma y nombre de estas ideas), la Constitución Española de 1978 contuviera preceptos que implicaban la consideración y armonización de objetivos y preocupaciones medioambientales, económicas y sociales:

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

Artículo 130.

1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles
2. Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.

Tomando precisamente esos preceptos como base, el Tribunal Constitucional sentó en el fundamento jurídico cuarto de su Sentencia 102/1995, de 25 de junio de 1995, que en cuanto al medio ambiente, en la Constitución

se configura un derecho de todos a disfrutarlo y un deber de conservación que pesa sobre todos, más un mandato a los poderes públicos para la protección (art. 45 C.E.). En seguida, la conexión indicada se hace explícita cuando se encomienda a los Poderes públicos la función de impulsar y desarrollar se dice, la actividad económica y mejorar así el nivel de vida, ingrediente de la calidad si no sinónimo, con una referencia directa a ciertos recursos (la agricultura, la ganadería, la pesca) y a algunos espacios naturales (zonas de montaña) (art. 130 C.E.), lo que nos ha llevado a resaltar la necesidad de compatibilizar y armonizar ambos, el desarrollo con el medio ambiente (STC 64/1982). Se trata en definitiva del «desarrollo sostenible», equilibrado y racional, que no olvida a las generaciones futuras, alumbrado el año 1987 en el llamado Informe Bruntland, con el título «Nuestro futuro común» encargado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Eso significa que desde 1995, el Tribunal Constitucional español considera que el desarrollo sostenible, exactamente en los mismos términos en que es configurado desde la ONU en 1987, es un principio constitucional implícito. Desde 1995 han sido ya varias las ocasiones en que en resoluciones judiciales contencioso-administrativas, tribunales españoles del más alto nivel han incluido en la *ratio decidendi* de sus pronunciamientos la invocación del desarrollo sostenible como principio constitucional; es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1997 (Roj STS 3814/1997) y de otras dos de 31 de marzo de 1998 (Roj STS 8385/1998 y STS 2151/1998), o de las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Valenciana de 8 de octubre de 2008 (Roj: STSJ CV 6169/2008), y de Andalucía de 7 de marzo de 2006 (ROJ STSJ AND 248/2006).

Pues bien, si desde hace décadas la jurisprudencia española entiende que del texto de la constitución puede deducirse como

principio el desarrollo sostenible, mi primera propuesta medioambiental para incluir en una posible reforma de la norma suprema es rescatar este principio del ámbito nebuloso de lo “implícito” y positivizarlo, reconocerlo de forma explícita en el texto.

c) Reconocimiento del derecho al agua

En la actualidad, el “derecho al agua” es en el contexto internacional algo más que buenos deseos. En el año 2010 fue reconocido expresamente por la ONU por medio de sendas resoluciones, la *Resolución 64/292 de la Asamblea General, El derecho humano al agua y al saneamiento, de 28 de julio de 2010, A/RES/64/292*, y la *Resolución 15/9 del Consejo de Derechos Humanos, Los derechos humanos y el acceso al agua y al saneamiento, de 6 de octubre de 2010, A/HRC/RES/15/9*; y, además, por fin, tras casi veinte años de espera, en 2104 entró en vigor la *Convención de Nueva York sobre derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación de 1997*.

No obstante, cuando en 1978 se redacta la Constitución, hablar de un “derecho humano al agua” con respaldo internacional no era más que una entelequia. Por esa razón, en el texto constitucional de 1978 no aparece por ningún lado el “derecho al agua”, ni entre los derechos y libertades articulados con la técnica del derecho subjetivo, ni entre los articulados como meros principios rectores.

Es posible que el derecho al agua, tal y como se configura en textos internacionales pueda implícitamente deducirse de algunos contenidos del texto constitucional. Al fin y al cabo, nuestra Constitución reconoce la dignidad de la persona (art. 10.1), el derecho a la vida (art. 15.1), a la protección de la salud (art. 43.1, este último no como derecho subjetivo, sino como principio rector), y el art. 10.2 establece que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Sin embargo, tal posibilidad interpretativa, en mi opinión, no es suficiente, y de la misma manera que propongo la tipificación del principio de desarrollo sostenible, también es predicable como otra posible modificación con contenido medioambiental de nuestra Constitución la incorporación expresa del derecho al agua, un derecho fundamental que debe concretarse en los términos previstos en los

tratados internacionales ratificados por España y en las normas legales establecidas a tal efecto.

d) Inclusión de un título competencial estatal que abarque espacios naturales protegidos supraautonómicos

El art. 149.1 de la Constitución, a lo largo de treinta y dos apartados enumera las competencias del Estado, sean exclusivas, sean compartidas (con distintos alcances o niveles) con las Comunidades Autónomas. Uno de los principios a los que responde ese reparto consiste, en términos territoriales, en atribuir al Estado las competencias en determinadas materias sobre ámbitos que afectan a varias Comunidades Autónomas, y permitir asumir a las Comunidades Autónomas estatutariamente las competencias sobre esas mismas materias cuando el ámbito territorial no excede del de la propia Comunidad. Así, por ejemplo, el Estado tiene competencia exclusiva para legislar y ejecutar en las siguientes materias en todos los casos en que afecten territorialmente a más de una Comunidad Autónoma:

- a) Ferrocarriles (art. 149.1.21^a)
- b) Transportes terrestres (art. 149.1.21^a)
- c) Aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22^a)
- d) Autorización de instalaciones eléctricas (art. 149.1.22^a)
- e) Obras públicas (art. 149.1.24^a)

Sin embargo, el constituyente olvidó incluir una referencia similar para el caso de espacios naturales protegidos que afecten al territorio de más de una Comunidad. El párrafo del art. 149.1 que atribuye la competencia estatal sobre protección del medio ambiente es el 23^a: “Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas para establecer normas adicionales de protección (...)”.

Cuando, tras la entrada en vigor de la Constitución se constituyeron las Comunidades Autónomas, el Estado les fue transfiriendo la gestión de los espacios naturales protegidos de ámbito autonómico a aquellas Comunidades que había asumido tal competencia estatutariamente, pero continuó gestionando con normalidad aquellos espacios naturales que se extendían por el territorio de más de una Comunidad hasta que llegó la sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, en cuyo fundamento 19^o se explica que:

la supraterritorialidad no configura título competencial alguno en esta materia [...]. Ciertamente, los espacios naturales tienden

a no detenerse y mucho menos a coincidir con los límites de las Comunidades Autónomas. Pero ello no es suficiente para desplazar la competencia de su declaración y gestión al Estado, so pena de vaciar o reducir la competencia autonómica en la materia.

Este criterio (coherente con la literalidad del art. 149.1.23^a) ha sido mantenido por el Tribunal Constitucional en otros pronunciamientos posteriores como las Sentencias 194/2004, 33/2005 o 32/2006.

Esta jurisprudencia ha conducido a que en la actualidad los espacios naturales supraautonómicos españoles se gestionen no por el Estado (como sí sucede con los ferrocarriles, las carreteras, las cuencas hidrológicas o las obras públicas), sino por las propias Comunidades Autónomas, sin que exista ninguna razón que en realidad justifique que en este ámbito concreto el principio constitucional rector del reparto de competencias sea distinto del utilizado en los demás casos expuestos.

Por la razón expuesta, se propone atribuir al Estado de forma expresa la gestión de los espacios naturales protegidos supraautonómicos, utilizando expresamente el mismo criterio de la territorialidad supraautonómica ya expresamente recogido en relación con los ferrocarriles, los transportes terrestres, las aprovechamientos hídricos, las autorizaciones de instalaciones eléctricas y las obras públicas.

Referencias

BUSTILLO BOLADO, Roberto O. (2014): “El desarrollo sostenible como concepto jurídico y como principio constitucional”, en BUSTILLO BOLADO, R.; GÓMEZ MANRES (Dir.), cit., p. 35-43.

BUSTILLO BOLADO, Roberto O.; GÓMEZ MANRESA, M^a Fuensanta (Dir.) (2014): *Desarrollo sostenible: análisis jurisprudencial y de políticas públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

CARR, Raymond (1983): *España: de la Restauración a la democracia, 1875-1980*, Ariel, Barcelona.

CERVI, J. R., SCHMIDT, J. P. (2016): “O necessário equilíbrio entre Estadocomunidade-mercado para uma política ambiental sustentável e efetiva”, *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, v. 6, p. 1-52.

- CERVI, J. R.; BRAVO, A. A. S. (Org.) (2015): *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*, Punto Rojo Libros, Madrid.
- EMBED IRUJO, Antonio: *El derecho al agua* (2006), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- ESDAILE, Charles; TUSELL, Javier (2007): *Historia de España. Época contemporánea 1808-2004*, Ed. Crítica, Madrid.
- GARCÍA DE CORTÁZAR, Fernando; GONZÁLEZ VESGA, José Manuel (2017): *Breve historia de España*, Alianza Editorial, Madrid.
- MARTÍN REBOLLO, Luís (2018): *Manual de las leyes Administrativas*, 2. ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍN REBOLLO, Luís (2018), *Leyes administrativas*, 24. ed., 2018, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MOVILLA PATEIRO, Laura: *El Derecho internacional del Agua. Los acuíferos transfronterizos* (2014), Bosch.
- PÉREZ-PRENDES, José Manuel (2017): *Escritos de historia constitucional española*, Marcial Pons, Madrid.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Alba (2018): “El derecho al agua en el contexto internacional y en el ordenamiento jurídico español”, en *Revista de Derecho Agua y Sostenibilidad (REDAS)* núm. 2, pgs. II-1-1 a II-1-36.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (2018): *Constitucionalismo histórico español*, 9. ed., Editorial Universitas, Madrid.
- TUSELL, Javier (1997): “La transición española a la democracia”, en *Historia 16*, Madrid, febrero 1997.
- VV.AA. (1996), *Memoria de la transición*, El País, Madrid.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL DERECHO ARGENTINO: UN ESTUDIO DE CASO

THE IMPLEMENTATION OF THE HUMAN RIGHT TO WATER IN ARGENTINE LAW: A CASE STUDY

Mariano Castillo¹ 

¹ Universidad de Buenos Aires (UBA), Buenos Aires, Argentina. Doutor em Direito.
E-mail: castillomarianoc@gmail.com.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2978>

Recebido em: 20.02.2019

Aceito em: 28.03.2019

Resumen: Se analiza la implementación del derecho humano al agua en la Argentina, a través de un caso de estudio que comprende un área significativa tanto en su aspecto territorial, poblacional, como jurisdiccional. Se comienza recogiendo algunos criterios que aporta la doctrina internacional respecto de la implementación normativa del derecho internacional en el orden interno. Se analiza en torno a ello ciertos ejes centrales en el derecho argentino. Luego se realiza un análisis de la fuente jurídica internacional y la identificación del contenido del derecho a implementar. Se continúa con el análisis del reconocimiento del derecho humano en el orden interno, tanto con fundamento normativo como jurisprudencial. Seguidamente se detalla la normativa nacional y la normativa local aplicable al caso de estudio. Se identifican las provisiones específicas de la normativa detallada y de qué manera estas cumplen con la implementación de alguno de los elementos constitutivos del derecho humano al agua en el plano internacional. Se concluye identificando algunas asimetrías o deficiencias en

Abstract: He implementation of the human right to water in Argentina is analyzed, through a case study that includes a significant area in its territorial, population, and jurisdictional aspects. It begins by gathering some criteria provided by international doctrine regarding the normative implementation of international law in the internal order. It analyzes about this certain central axes in the Argentine law. Then an analysis of the international legal source and the identification of the content of the right to implement is carried out. It continues with the analysis of the recognition of the human right in the internal order, both with normative and jurisprudential basis. Next, the national regulations and the local regulations applicable to the case study are detailed. The specific provisions of the detailed regulations are identified and in which way they comply with the implementation of some of the constitutive elements of the human right to water at the international level. It concludes by identifying some asymmetries or deficiencies in the implementation. In relation to the method used, a documentary, normative,



la implementación. En relación con el método utilizado, se realiza un análisis documental, de normativa, jurisprudencia y bibliografía, en el cual se aplica la hermenéutica jurídica. El análisis se circunscribe a la normativa internacional sobre el derecho humano al agua, y su aplicación a un estudio de caso, sobre la regulación legal del servicio público de agua y saneamiento que se presta en el ámbito territorial de CABA Y Pcia. de Bs. As., Argentina..

Palabras clave: Derecho internacional de los Derechos Humanos. Derecho humano al agua. Implementación del derecho humano al agua.

jurisprudential and bibliographical analysis is carried out, in which the legal hermeneutics is applied. The analysis is limited to international regulations on the human right to water, and its application to a case study on the legal regulation of the public water and sanitation service that is provided in the territorial area of CABA and Province of Bs. As., Argentina.

Keywords: International Law of human rights. Human right to water. Implementation of the human right to water.

Sumário: Introducción; 1 Implementación del derecho internacional en la normativa nacional; 2 El derecho internacional y el derecho interno en Argentina; 3 El derecho humano del acceso al agua; 4 Fuente Internacional; 5 Obligaciones de los Estados; 6 Elementos específicos del derecho; 7 Elementos del derecho humano al agua a implementar en el ordenamiento jurídico interno; 8 El reconocimiento jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 9 Normativa Nacional Federal; 10 Normativa específica relativa al caso de estudio; 11 Identificación de la implementación en las disposiciones de la normativa específica del caso de estudio; 12 Asimetrías en la implementación; 13 Conclusión; Referencias.

Introducción

El acceso al agua es indispensable para vida humana. Asimismo, su materialización presenta un doble desafío, tanto en el aspecto jurídico como en el práctico. Es decir, respecto del marco jurídico y de las decisiones políticas, administrativas, y de los proyectos y obras que se llevan a cabo para brindar a una población dicho servicio.

El presente artículo se enfoca en la implementación legislativo-normativa del derecho humano al acceso al agua potable, a través del análisis diferentes niveles de normas en el derecho argentino.

Desde el plano jurídico, el derecho humano al agua y saneamiento presenta un interesante caso de análisis respecto de la implementación de varias áreas del derecho internacional público, como de su interrelación e integración. Entre ellas destacamos a las fuentes e interpretación del derecho internacional público, con particular referencia al derecho de

los tratados, a los derechos humanos, y al derecho ambiental. Cabe destacar que solo su articulación y análisis integrado permite trabajar dentro de un paradigma de desarrollo sostenible.

Desde la perspectiva de la ley nacional, interna, (municipal law) destacamos las ramas del derecho constitucional, administrativo, ambiental, consumidor y los derechos humanos.

El derecho constitucional recepciona los derechos fundamentales, en particular la protección ambiental, de los derechos humanos, y de los derechos de los consumidores. Por su parte el derecho administrativo recepta el marco regulatorio para la prestación del servicio público que permitirá satisfacer el derecho humano al agua. Por su parte el derecho ambiental, y del consumidor complementará y desarrollará los aspectos específicos que regulan y reglamentan el ejercicio de los derechos y deberes asociados a sus respectivos bienes jurídicos protegidos.

1 Implementación del derecho internacional en la normativa nacional

La implementación del derecho internacional en el orden interno se presenta como el primer paso tanto para el cumplimiento de las obligaciones internacionales que asume el Estado, como para la efectiva realización del derecho particular en cuestión. A modo de guía identificamos ciertos elementos que permiten realizar un primer análisis respecto de la implementación del derecho internacional en el orden interno.

1.1 La relación entre el derecho internacional y el derecho interno¹

Tradicionalmente se consideran dos posturas, el monismo y el dualismo. Mientras que la primera asume que el derecho internacional forma parte del derecho interno del Estado, la segunda requiere de actos positivos de incorporación en el orden interno. Cabe tener en cuenta que varios Estados pueden utilizar tanto sistemas mixtos, como otorgar un estatus especial para los tratados de derechos humanos.

En consecuencia, la relación entre el derecho internacional e interno se manifiesta en el carácter operativo del derecho internacional

1 REPORT on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts. Strasbourg, 8 December 2014, Study No. 690/2012

en cuestión. Dependiendo del sistema interno, y el carácter otorgado a ese derecho, como corolario se podrán identificar los elementos necesarios para en su caso tornar operativo y efectivo ese derecho. En particular, respecto de los derechos humanos, este campo se puede desagregar en tres subniveles, que se detallan a continuación:

a) La jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el orden interno²

b) Las cláusulas constitucionales de interpretación³

c) Legislación que permite la recepción de tratados sobre derechos humanos y las decisiones de los órganos de monitoreo en el orden jurídico interno.⁴

Estos tres elementos se relacionan con la legislación interna y los mecanismos jurídicos particulares necesarios para llevar a cabo la implementación de los tratados de derechos humanos. Requieren la identificación de las normas, principalmente constitucionales, y las consecuencias jurídicas que se derivan de ellas.

1.2 La implementación legislativa

De acuerdo con McGraw (2011) la implementación legislativa surge como un requisito implícito del artículo 27 del Convenio de Viena sobre derecho de los tratados. Dicho artículo dispone la prohibición para los Estados parte de un tratado, de utilizar disposiciones de su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales emanantes de dicho tratado. Por implicancia se puede concluir que la ausencia de legislación que implemente el tratado tampoco resultaría en un fundamento útil o válido para sustentar el incumplimiento. Esto aunado a la noción del cumplimiento de buena fe de los tratados,⁵ y los criterios de responsabilidad de los Estados, donde no cabría la posibilidad de tal fundamento, puesto que el Estado estaría alegando su propio incumplimiento.

1.3 Expresión o reconocimiento del derecho (comprensiva e inequívoca)⁶

2 Ibid

3 Ibid

4 Ibid

5 Conforme artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados

6 Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (<https://www.un.org/development/desa/disabilities/resources/>)⁶

La expresión del derecho específico en una norma interna se presenta como un elemento esencial, y un punto de partida para la implementación del derecho. Se relaciona con los puntos 1, 2 y 4. Ello, puesto que el reconocimiento expreso implica una norma interna, que puede variar según se siga el sistema monista o dualista. Asimismo, implica una implementación legislativa, que dependiendo de la enunciación, contenido y desarrollo internacional del derecho, este requerirá una definición o expresión más o menos concreta y una subsecuente reglamentación respecto de las condiciones de su ejercicio.

Reglas y estándares específicos a través de regulación y reglamentación específica⁷

Este aspecto se refiere a los diversos instrumentos y niveles normativos necesarios para desarrollar la reglamentación del derecho que permita su efectivo disfrute. Implica la elaboración de las condiciones del ejercicio del derecho.⁸

2 El derecho internacional y el derecho interno en Argentina

En la relación entre el derecho internacional y el derecho interno,⁹ podemos encontrar una de las normas fundamentales del derecho internacional. Dicha norma implica la superioridad del derecho internacional por sobre el derecho interno. Esto tiene clara fuente convencional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 27 que analizamos supra.

En la Argentina hemos superado por vía jurisprudencial el viejo debate dualista-monista, si bien se mantiene una estructura formal respecto del acto complejo federal para la aprobación de tratados a nivel interno, la operatividad directa de los tratados se ve reconocida.¹⁰

handbookfor-parliamentarians-on-the-convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities.html). Chapter Five: National legislation and the Convention – Incorporating the Convention into domestic law

7 Ibid

8 Solanes (2009) realiza un análisis de las principales tendencias regulatorias en el sector, e identifica los principios jurídicos comunes, entre los que destacamos los deberes de eficiencia, buena fe, y debida diligencia.

9 Crawford, Brownlie (2012)

10 “Ekmekdjian” (Fallos: 315:1492): “...ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. “Que la necesaria aplicación

De entre las grandes evoluciones que ha realizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), en lo que importa al tema, destacamos dos cuestiones. Por un lado, que los tratados son superiores a las leyes, y por el otro que las disposiciones contenidas en ellos son operativas, y exigibles, independientemente de su efectiva reglamentación. En todo caso, la falta de reglamentación evidencia un incumplimiento ilegítimo por parte del Estado, el cual no puede utilizarse para fundar la falta de consecución de los derechos. Dulitzky (2006) sostiene que el Estado no puede, a fin de eximirse de responsabilidad internacional, su derecho interno, ya sean las normas, las deficiencias, o lagunas que pueda haber, puesto que el derecho interno no puede justificar el incumplimiento de un tratado.

Con respecto a la materia específica de los Derechos Humanos debemos considerar la regla que surge de los artículos 75 inc. 22 de la constitución argentina. A priori diremos que dicho artículo otorga rango constitucional a la protección brindada a su objeto jurídico protegido. En particular, el art. 75 inc. 22, otorga rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos allí enumerados. Ello conlleva una herramienta jurídica útil a la hora de argumentar la operatividad de los derechos, y en particular en relación con la regulación de carácter inferior que reglamente su ejercicio. Puesto que dicha superioridad establece un límite preciso a la normativa reglamentaria impidiéndole desnaturalizar o limitar irrazonablemente los derechos.

Como se verá seguidamente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) resulta para la Argentina el tratado internacional que sirve de fundamento jurídico al derecho humano al agua. Nótese que dicho tratado se encuentra incluido en la enumeración de tratados sobre derechos humanos con rango constitucional que realiza el mentado artículo 75 inc. 22 de la constitución argentina. Por ello resulta relevante considerar la obligación que surge de implementar legislativamente dicho convenio. Respecto del PIDESC, Mendiola (2009) identifica la obligación inmediata de tomar medidas, entre ellas las medidas legislativas que efectivicen el ejercicio de los derechos contenidos en el pacto. Asimismo, Nogueira Alcalá (2009) identifica la obligación de medidas

del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.”

legislativas, y remitiéndose a las directrices de Maastricht,¹¹ puntualiza como violaciones a los derechos la no regulación y la no modificación o revocación de regulaciones contrarias a los derechos humanos.

3 El derecho humano del acceso al agua

El derecho humano de acceso al agua ha tenido una larga gestación y evolución, que se evidencia en una plétora de instrumentos de variado carácter. Valdés de Hoyos y Uribe Arzate (2016), si bien críticos del contenido y carácter vinculante del derecho humano al agua analizan dichos instrumentos y destacan el reconocimiento del derecho, como su contenido mínimo. Por su parte McGraw (2011) identifica el contenido mínimo y la obligatoriedad o carácter vinculante a través de un análisis del derecho internacional público, incluyendo a la costumbre, los principios generales del derecho internacional, y específicamente al PIDESC como instrumento de carácter normativo o de codificación. Justo (2013) argumenta la necesidad de la consagración del derecho al agua como derecho humano, lo cual vincula al piso mínimo de protección que esta categoría de derechos otorga y en función de un nuevo paradigma que implica considerar al desarrollo desde una visión con base en los derechos humanos.

Por su parte se encuentra en la jurisprudencia de la Corte IDH referencias a la obligatoriedad y operatividad del derecho. Por ejemplo, en el caso Vélez Loor la Corte IDH reconoció el derecho al agua como un elemento esencial dentro de las condiciones de detención. Como fundamento aportó, además de los instrumentos sobre derecho internacional humanitario, a la resolución AG ONU 64/292.¹² Por su parte, en el caso Kawas Fernández se reconoce la importante vinculación entre la protección ambiental y la satisfacción de los derechos humanos.¹³ Esto último evidencia un doble nivel, donde por un lado la protección ambiental del recurso hídrico es parte del derecho, y a su vez es un viabilizador, o detrimento, para el ejercicio del derecho humano. Este estrecho vínculo se ve en ciertas obligaciones del Estado que surgen como consecuencia del derecho humano al agua y saneamiento.

11 Principios de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22-26 de enero de 1997

12 CORTE IDH. CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23/11/2010; par.215

13 CORTE IDH. CASO KAWAS FERNÁNDEZ VS. HONDURAS. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009; par.148

4 Fuente Internacional

La doctrina internacional destaca la evolución en el reconocimiento del derecho humano al agua a nivel internacional en una miríada de documentos con diverso carácter jurídico internacional. A los fines del presente análisis destacamos ciertos documentos que permiten identificar aquellos aspectos exigibles y en consecuencia implementables de dicho derecho. En este acápite abordaremos principalmente la Resolución AG ONU 64/292, el PIDESC, y la Observación General 15 CECSCR.

De fuente internacional, la Resolución AG ONU 64/292 “Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos;”

Destacamos cómo hito el reconocimiento del derecho que realiza este documento. Asimismo, surge palmariamente la relación entre este derecho en particular y los demás derechos, entre ellos recordemos la salud, que se constituye como un puente con el derecho al ambiente, puesto que ambos son mutuamente necesarios.

El Pidesc, que desarrolla los derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, implica aquellos de carácter material relacionados con las necesidades básicas del ser humano y que “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana.” El pacto posee un comité que evalúa su cumplimiento y dispone a través de sus observaciones generales de una herramienta para identificar y desarrollar el contenido de los derechos enunciados en el pacto. En este sentido, y con relación al derecho al agua, se ha emitido la Observación General 15 CECSCR.

El fundamento jurídico del derecho humano al agua surge de los artículos 11 y 12 del PIDESC. La OG 15 destaca el primer párrafo del artículo 11 el cual establece que “Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.” A su vez se lo vincula con el derecho a la salud conforme surge del artículo 12.¹⁴

14 E/C.12/2002/11 20 de enero de 2003, CUESTIONES SUSTANTIVAS QUE SE PLANTEAN EN LA APLICACIÓN DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES Observación general N° 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional

De la referida observación general se pueden identificar aquellos elementos que componen el derecho dentro del marco del Pacto. Dichos elementos nos aportan ejes clave a ser implementados, y pueden utilizarse para analizar el nivel de implementación. De ellos destacamos dos niveles. Un nivel referido a las obligaciones en cabeza de los Estados parte del Pacto, y otro nivel referido a elementos específicos del derecho.

5 Obligaciones de los Estados

Este nivel se compone de tres aspectos o dimensiones, respeto, protección y cumplimiento. El respeto supone que la acción u omisión del Estado no impida el ejercicio del derecho.¹⁵ La protección implica la obligación del Estado como garante del derecho. Para ello debe tomar medidas tanto legislativas como ejecutivas para proteger el ejercicio del derecho y asegurar la prestación efectiva y eficiente, actuando como órgano de contralor.¹⁶ El cumplimiento conlleva la adopción y ejercicio de medidas tendientes al efectivo ejercicio del derecho.¹⁷ Los tres niveles se relacionan con la obligación de implementación normativa. Mientras que el respeto se orienta hacia un límite a la discrecionalidad y contenido de la reglamentación del derecho, las dimensiones de protección y cumplimiento suponen medidas normativas positivas. La implementación normativa resulta un eje crucial, puesto que conforme Jouravlev (2000) del marco regulatorio adoptado depende la eficiencia del servicio de agua.

6 Elementos específicos del derecho

Este nivel plantea el desarrollo del contenido del derecho al agua. A nivel general se destaca que el agua para fines domésticos y personales debe tener prioridad.¹⁸ Esto se ve en relación a la provisión de agua para otros usos como los industriales o comerciales. También a nivel general se considera la protección ambiental. Específicamente la protección de los recursos hídricos naturales, contra afectación,

de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en adelante “OG 15”, par. 3

15 OG 15 par. 21

16 OG 15 par. 23-24

17 OG 15 par. 25

18 OG 15 par. 6

contaminación, y uso no sustentable.¹⁹ En este plano la protección ambiental del recurso se presenta como un elemento indispensable para la continuidad de la satisfacción del derecho en el futuro. La adopción de medidas legislativas, si bien no constituye un elemento del derecho en sí,²⁰ constituye parte de la obligación de los Estados conforme el Pacto. A su vez resulta esencial la disponibilidad de mecanismos de reclamo y la posibilidad del acceso a la justicia por vía de Recursos judiciales idóneos.²¹

A nivel macro se identifican tres facetas del derecho, íntimamente ligadas entre sí. La disponibilidad, la calidad, y la accesibilidad. Por disponibilidad se entiende al abastecimiento continuo y suficiente para uso personal y doméstico. La calidad requiere que el agua sea salubre y con olor, color, y sabor aceptables para el consumo humano. El campo accesibilidad se compone de cuatro puntos, la accesibilidad física, económica, a la información, y en condiciones de no-discriminación. La accesibilidad física supone la posibilidad de acceso al suministro, en cada hogar, institución educativa o lugar de trabajo. La accesibilidad económica sostiene que los costos y cargos directos deben ser asequibles y no comprometer el ejercicio de otros derechos. El acceso a la información plantea la posibilidad de solicitar, recibir y difundir información.²² El acceso a la información y participación se configura como un elemento clave para efectividad del marco regulatorio, el rendimiento de cuentas y la actividad de control y contralor (Jouravlev, 2000). Finalmente, la No discriminación presupone el criterio de prestación del derecho y se relaciona con la prestación efectiva y la no limitación al mismo. La no discriminación se vincula especialmente con los distintos grupos vulnerables sea por razones económicas de género u otras.²³

A nivel micro la observación general enumera las llamadas obligaciones básicas que surgen del derecho.²⁴ Estas se constituyen en el piso mínimo que el Estado se encuentra obligado a cumplir desde que es parte del Pacto, y se contrapone a la plena satisfacción de cada

19 OG 15 par. 8

20 OG 15 par. 45

21 OG 15 par. 55

22 Esto se vincula con la participación y el rendimiento de cuentas, véase OG 15 par. 48 y 49.

23 OG 15 par. 12

24 OG 15 par. 37

derecho enumerado en el Pacto que conforme el mismo tiene carácter progresivo.

7 Elementos del derecho humano al agua a implementar en el ordenamiento jurídico interno

Al interpretar en forma integrada la OG 15 junto con el PIDESC, se pueden identificar los elementos esenciales del derecho al agua que deben ser implementados en la normativa nacional. A los fines del presente análisis, se propone la identificación de la normativa nacional en relación con los elementos específicos del derecho enumerados en el punto anterior, y sintetizados/graficados en la tabla I.

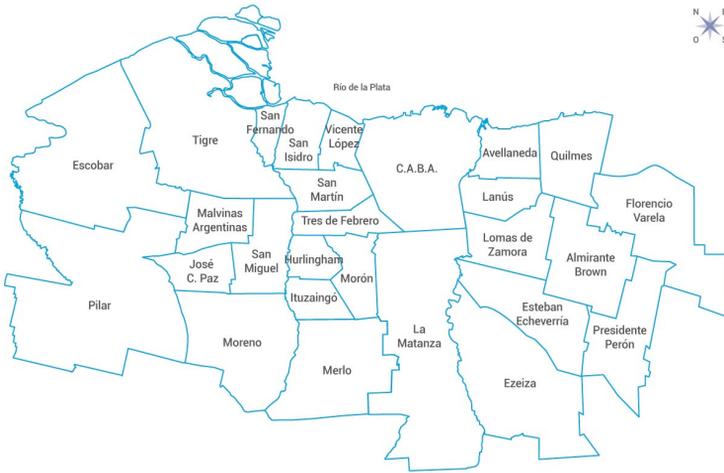
Tabla I

I	Prioridad del agua para fines domésticos y personales
II	La protección ambiental de recursos hídricos naturales, contra afectación, contaminación, y uso no sustentable.
III	Disponibilidad
IV	Calidad
V	Accesibilidad Física Económica Acceso a la información No discriminación

El análisis de la normativa nacional se presenta dividido en dos grupos. Un primer grupo aborda la normativa nacional o federal, y un segundo grupo que desarrolla la normativa relativa al caso de estudio.

El caso de estudio se refiere al sistema establecido para la prestación del servicio público que viene a satisfacer el derecho al agua y saneamiento dentro del ámbito territorial que abarca tres jurisdicciones. Es decir, tanto la jurisdicción nacional, de la Ciudad autónoma de Buenos Aires y parte de la provincia de Buenos Aires. Actualmente se encuentran incluidas 26 localidades del Gran Buenos Aires. La figura 1 ilustra en un mapa el área territorial a que se hace referencia.

Figura 1



Fuente: ERAS - <http://www.eras.gov.ar/institucional/eras/>

8 El reconocimiento jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Resulta útil antes de abordar la normativa nacional de implementación, destacar la doctrina vigente de la CSJN respecto del reconocimiento del derecho humano al agua. El reconocimiento jurisprudencial de derechos reafirma y operativiza el reconocimiento normativo.

En el precedente de Corte Suprema de Justicia de la Nación “*kersich*”²⁵ se reconoció la importancia de la protección del acceso al agua potable, dentro del campo de los derechos de incidencia colectiva. La acción entablada de la que deriva la sentencia bajo análisis se encaminaba contra Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA) tendiente a que esta parte “comience a realizar (...) los trabajos y tareas necesarios a fin de adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario, según los parámetros establecidos por la Organización Mundial de la Salud en coincidencia con la norma del artículo 982 del Código Alimentario Argentino”.

Allí se reconoció la necesidad de tutela judicial urgente “... en la medida que está en juego el derecho humano de acceso al agua potable, la salud y la vida de una gran cantidad de personas y al mismo

25 Fallos: 337:1361

tiempo existe una demora de la demandada en la solución definitiva de esta situación.” Para fundar el derecho humano al agua, la CSJN recurre a la Observación General n° 15 del “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de Naciones Unidas, a la resolución A/RES/64/292, del 30/07/2010, de Naciones Unidas, y cita variada jurisprudencia internacional.²⁶

Consideramos a su vez la causa “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza”²⁷ donde se discutía el uso de las aguas del río Atuel, con cauce interjurisdiccional entre ambas provincias constituyéndose en una cuenca superficial interjurisdiccional conforme las disposiciones de la ley 25.688. En la causa bajo análisis la Provincia de La Pampa demandó a la Provincia de Mendoza. En su demanda, dicha provincia actora, argumentó sosteniendo que esta última incumplía la obligación de negociar y celebrar de buena fe los convenios para regular los usos del río Atuel – que atraviesa ambas provincias - y solicitó que se declare la presencia de daño ambiental, como consecuencia de los incumplimientos señalados y se ordene su cese y la recomposición del ambiente. Sostuvo, además, que debía fijarse un caudal de agua mínimo a ingresar al territorio pampeano, teniendo en cuenta el derecho humano al agua, al crecimiento armónico y equilibrado entre las provincias. Pidió asimismo que se le ordene a la provincia demandada la realización de las obras necesarias para optimizar la utilización del recurso agua en su sistema de riego y se la condene a indemnizar los perjuicios sufridos con motivo de los incumplimientos.

La CSJN sostuvo respecto a las obligaciones que surgen respecto del agua que “(e)n general se dice que los estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y programas podrían figurar: a) reducción de la

26 “(CIDH Caso “Comunidad Indígena Jakie Axa vs. Paraguay”, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, n° 125, párrafo 127; CIDH Caso “Vélez Loor vs. Panamá”, sentencia del 10 de noviembre de 2010, Serie C, n° 218, párrafo 215; CIDH Caso “Pacheco Teruel y otros vs. Honduras”, sentencia del 27 de abril de 2012, Serie C, n° 241, párrafo 67); y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía de defensa en juicio que asiste al recurrente (artículo 15 de la ley 48; causas CSJ 232/2010 (46-L)”L., S. R. y otra c/ Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo” y CSJ 811/2008 (44-P) “Pilquiman, Crecencio c/ Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural”, sentencias del 10 de diciembre de 2013 y del 7 de octubre de 2014, respectivamente).”

27 “Provincia de La Pampa c/ Provincia de Mendoza” (Río Atuel)1° de diciembre de 2017

disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia.”

Al calificar la dimensión o manifestación del derecho al agua potable en el caso sostuvo que “...se especifica en el presente caso, en el derecho a un caudal de agua para la sustentabilidad del sistema.”

Dichos precedentes recogen y vinculan la cuestión del acceso al agua potable como derecho humano intrínsecamente ligado a la protección ambiental, donde dicha protección viabiliza la ejecución y disfrute del derecho al agua, pero así también este último se manifiesta como contenido en el derecho ambiental reclamado.

9 Normativa Nacional Federal

La tabla II sintetiza la normativa federal a la que se hará referencia en su carácter de implementación de un número de los elementos enumerados supra.

Tabla II

Norma	Título/Resumen
Constitución Nacional, artículo 41	Derecho al ambiente
Constitución Nacional, artículo 42	Derecho del consumidor
Ley 23.313	Pactos internacionales Pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales, de derechos civiles
Ley 25.675	Política ambiental nacional Presupuesto mínimos para gestión sustentable
Ley 25.688	Regimen de gestión ambiental de aguas Su aprobación

Ley 24.240	Defensa del consumidor Regimen legal
Ley 18.284 / Decreto Reglamentario 2126/1971 Cap. XII art. 982	Codigo alimentario

El artículo 41 CN establece el derecho a la protección del ambiente. Esto lo hace disponiendo el derecho a una calidad de ambiente, es decir califica al ambiente que se tiene derecho como “sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano”. El objetivo de la protección ambiental se encamina al desarrollo humano, y se lo califica a su vez a través del estándar de sustentabilidad y equidad intergeneracional. Lo cual conforme argumenta Gelli (2008) implica un desarrollo económico racional y sostenido en el tiempo, que asegure el desarrollo humano tanto presente como venidero.

A su vez el artículo 42 CN al establecer el derecho de los consumidores, identifica en lo que nos interesa, la protección a la salud, seguridad, información, y trato digno. Gelli (2008) identifica tres objetivos en la norma, la protección del consumidor, las garantías a los competidores, y la transparencia del mercado. Dentro del primer objetivo identifica dos áreas de protección, una respecto a los derechos patrimoniales y la otra respecto a los derechos personales. En estas dos áreas encontramos la protección o seguridad respecto a los intereses económicos, el trato digno, la protección de la salud y de la vida. Nótese asimismo que el acceso a la información es un presupuesto esencial tendiente a garantizar tanto la protección patrimonial como personal del consumidor. Estos cinco puntos se evidencian claramente dentro de los elementos a implementar del derecho humano al agua, conforme la normativa internacional, y a su vez pueden encontrarse en el plexo normativo que constituye la implementación.

Si bien a modo genérico, el texto constitucional recepta los aspectos sustanciales a implementar del derecho humano al agua, el texto carece de una expresión positiva e individual de dicho derecho en particular.

La ley 23.313, que incorpora el texto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y del Pacto de Derechos Económicos, culturales y sociales al ordenamiento jurídico argentino, e implica la culminación del acto complejo federal. El acto complejo federal supone el trámite

para dar validez interna y permitir al poder ejecutivo ratificar un tratado a nivel internacional.²⁸

La ley general del ambiente (25.675) establece a nivel federal los presupuestos mínimos de protección ambiental, y se configura como el punto de partida de la reglamentación del artículo 41 de la CN. Se destaca que incorpora tres aspectos de regulación. Un primer aspecto relativo a los principios ambientales y la política ambiental nacional, un segundo aspecto relativo al reconocimiento del estándar de protección ambiental y los criterios de responsabilidad, los seguros, como así de evaluación de impacto, y un tercer aspecto relativo a cuestiones procedimentales que abarcan tanto cuestiones de jurisdicción, como probatorias y del efecto de la sentencia, y de gestión de la protección del ambiente a nivel administrativo.

La ley de Cuencas (25.688) establece los presupuestos mínimos ambientales a nivel federal relativos a la materia específica de cuencas superficiales. Se orienta en base a los siguientes tres objetivos la “preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional”. Define el concepto del uso de aguas, incorporando el requisito de un permiso para ello. Establece la noción de cuencas para la gestión del recurso, disponiendo la creación de los organismos de gestión de cuencas interjurisdiccionales, los comités de cuencas hídricas. Finalmente establece las funciones o deberes de la autoridad nacional.

La ley defensa Consumidor 24.240 desarrolla la cláusula constitucional, art. 42 CN, y establece la reglamentación del ejercicio de los derechos allí establecidos. Se presenta como una ley de orden público, que establece ciertos principios en la materia. Entre los que se destaca el acceso a la información, el trato digno, la obligatoriedad de la oferta y del contrato, como así también limitaciones a cláusulas abusivas, y la responsabilidad objetiva y solidaria. Asimismo, se regulan cuestiones centrales de los servicios públicos, y se incluyen cuestiones como los llamados daños punitivos y una prescripción amplia favorable al consumidor.

28 Respecto del acto complejo federal véase Dobovšek, J. (2012) Inclusión de los tratados en el derecho argentino; *Aequitas Virtual*, vol. 6, Núm. 18, véase también Travieso, J. (2000) *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina: tratados, leyes, doctrina, jurisprudencia*; Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

El Código alimentario 18.284 y su Decreto Reglamentario 2126/1971, que define los estándares de salubridad respecto de los alimentos a nivel federal.

10 Normativa específica relativa al caso de estudio

La tabla III sintetiza la normativa específica relativa al caso de estudio, a la que se hará referencia en su carácter de implementación de un número de los elementos enumerados supra.

Tabla III

Número	Título/Resumen
303/2006	Servicios publicos Aguas argentinas s.a. - rescindese contrato de concesion
304/2006	Servicios publicos Agua y saneamientos argentinos s.a. - constitucion
26.100	Servicios publicos Decretos nros. 304//2006, 373/2006 y resolucion nro.676/2006 - ratificanse
26.221	Agua potable y desagues cloacales Convenio tripartito - aprobacion
763/2007	Servicios publicos Ley n° 26.221 - reglamentacion
170/2010	Obras publicas Modelo de “instrumento de vinculacion entre el estado nacional y aysa”
3/2012	Ministerio de planificacion federal, inversion publica y servicios Agua potable por habitante y por dia
4 – E/2016	Ministerio del interior, obras publicas y vivienda Agua y saneamientos argentinos s.a. (aysa)

Los decretos 303 y 304 del 2006 implican el punto de inflexión del sistema anterior hacia el sistema actual. Por medio de ellos se da por finalizada la concesión de la empresa Aguas Argentinas, y se da paso a la etapa de la nueva empresa concesionaria Aguas y Saneamiento Argentino. El decreto 303/2006 da por terminada la concesión del servicio público de agua potable en cabeza de la empresa Aguas Argentinas debido al incumplimiento del contrato de concesión. El incumplimiento se relaciona en específico con el punto 4.5 del contrato

que establece la prestación del servicio con una presión equivalente a 10 m.c.a.

El decreto 304/2006 dispone la constitución de la sociedad “Agua y Saneamientos Argentinos Sociedad Anónima”, en la órbita de la Secretaría de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios. El objeto social de dicha entidad se determina en la prestación del servicio de provisión de agua potable y desagües cloacales.

A su turno la ley 26.100 ratifica, al nivel del poder legislativo, lo dispuesto en los decretos 303 y 304 del 2006, complementando el marco de legalidad de lo actuado.

El nuevo régimen se erige con la ley 26.221 como su piedra fundacional. Esta ley contiene cuatro ejes centrales. Primero aprueba el Convenio Tripartito entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Segundo caracteriza de servicio público a la prestación de agua potable y desagües cloacales objeto de la concesión. Tercero a nivel institucional disuelve el anterior ente de control (ETOSS) y crea para el nuevo régimen al nuevo ente de control (ERAS) y a la agencia de planificación (APLA) que tiene por objeto el control de las obras de infraestructura necesarias para la prestación del servicio. Cuarto, aprueba el marco regulatorio para la prestación del servicio.

El decreto reglamentario 763 del 2007, reglamenta diversos preceptos de la ley 26.221 “a los efectos de su inmediata aplicación”. Para ello establece que es deber de los “funcionarios y empleados de los organismos, entidades y empresas intervinientes (...) asegurar, promover, controlar y hacer cumplir los objetivos de los servicios y su prestación en condiciones de eficiencia, en beneficio de los usuarios presentes y futuros mediante la implementación de adecuadas prácticas regulatorias, técnicas y gerenciales y mecanismos que aseguren la transparencia y control adecuados.”

Que según surge del Artículo 20 y concordantes del Marco Regulatorio aprobado por la ley 26.221 y del Artículo 2º de su decreto reglamentario 763/2007, pesa sobre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios la obligación de aprobar el modelo de instrumento de vinculación entre el ESTADO NACIONAL y la Empresa AGUA Y SANEAMIENTOS ARGENTINOS SOCIEDAD ANONIMA (AySA) y de su correspondiente suscripción. Obligación

que se da cumplimiento a través de la resolución 170 del 2010 de dicho ministerio.

Que por intermedio de la resolución 3 del 2012 se reglamenta el límite a las posibilidades de restricción del servicio por parte AYSA. Esto se realiza estableciendo el caudal mínimo en cien litros de Agua Potable por habitante y por día, y notando que por conexión (inmueble de prestación del servicio) no podrá ser menor a 400 por día, lo que presupone un estimado de cuatro habitantes por conexión. Dicho mínimo se establece respecto del extremo habilitado por el marco regulatorio para la restricción del servicio por falta de pago.

Finalmente nos referiremos a la resolución 4-E del 2016, que establece el deber de AYSA de elaborar un informe relativo a cada partido (jurisdicción de nivel municipal) que se incorpora al área servida por la concesión. Que dicho informe debe contener un diagnóstico del servicio y que permita la elaboración en conjunto con la autoridad de los planes para hacer efectiva la prestación del servicio.

11 Identificación de la implementación en las disposiciones de la normativa específica del caso de estudio

El reconocimiento del derecho se puede ubicar en el caso bajo análisis, en las siguientes normas. Los decretos 303 y 304 del 2006, la ley 26.100, la ley 26.221 y su decreto reglamentario (763/2007) y la resolución 170 del 2010.

En particular se destaca, conforme surge de los considerandos de la disposición 3 del 2012, que el espíritu de la ley 26.221 otorga carácter de Derecho Humano al acceso al agua. A su vez el decreto reglamentario (763/2007) en su artículo 3 hace referencia a la prestación mínima del servicio”. Mientras que la resolución 170 del 2010 destaca en sus considerandos el requisito legal de la aprobación del modelo del contrato de concesión, y el carácter complementario que dicho contrato tendrá en coadyuvar al cumplimiento de los deberes que surgen conforme el artículo 1 del decreto 763 del 2007.

Nótese asimismo que el carácter de derecho humano ya lo otorga el decreto 303 del 2006, y este punto es destacado por el preámbulo de la ley 26.221.

11.1 Disponibilidad

La disponibilidad del servicio, es decir del agua, se implementa en el marco regulatorio (Anexo 2 ley 26.221). En particular los artículos 1, 2 y 4 que definen al servicio, el alcance de la prestación y los objetivos del servicio. Los artículos 13 y 14 relativos a la presión y caudal de agua. El art. 15 respecto a la continuidad del servicio de abastecimiento de agua potable. A su vez la limitación a la restricción del servicio o mínimo establecido por los arts. 1 y 2 de la disposición 3 del 2012 que establecen un piso mínimo exigible para el derecho al agua.

El mencionado artículo 1 define al servicio incluyendo tres partes, primero se refiere al agua potable que incluye "...la captación y potabilización de agua cruda, transporte, distribución y comercialización de agua potable;" segundo se refiere al servicio de saneamiento que implica "...la colección, transporte, tratamiento, disposición y comercialización de desagües cloacales...". Tercero incluye desde la visión de equidad, y se relaciona con la no discriminación y accesibilidad, incluyendo a los servicios de carácter social conforme se definan por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

El artículo 2 faculta a la concesionaria a realizar lo que define como actividades complementarias, entre las que destaca "...el estudio, proyecto, construcción, renovación, ampliación y explotación de las obras de provisión de agua y saneamiento urbano y fiscalización de los efluentes industriales, así como la explotación, alumbramiento y utilización de las aguas subterráneas y superficiales."

El artículo 4 presenta los objetivos del marco regulatorio en ocho incisos. El inciso a) establece el objetivo de la eficiencia en el servicio, el cual se mide en relación con el cumplimiento del contrato de concesión. Se incluye en el inciso b) la protección de tres bienes jurídicos, la salud pública, los recursos hídricos, y el ambiente. El siguiente punto plantea una visión de prestación progresiva y sin regresividad del servicio, al establecer que se apunta a garantizar el mantenimiento del sistema y promover su expansión. A continuación, se plantea el objetivo de "...un sistema normativo que garantice la calidad, regularidad y continuidad del servicio...". En esencia se establecen los tres criterios para medir las disposiciones del propio marco y se brinda una herramienta útil para medir la razonabilidad de su interpretación y aplicación. Se apunta a su vez a proteger a los distintos sujetos involucrados, y garantizar la operación del servicio. Finalmente, en los incisos g) y h) se establece la

razonabilidad de y equidad de las tarifas, y la información y educación ambiental de la población, respectivamente.

El artículo 15 dispone la continuidad del servicio de agua y establece que las interrupciones no pueden deberse a fallas en el sistema o a una capacidad inadecuada. En caso de interrupción, el estándar implica la restitución del servicio en el menor tiempo posible, lo cual se puede considerar como un criterio complejo para su exigibilidad. Por ello es que se dispone que en cortes mayores a dieciocho horas la concesionaria se encuentra obligada a prestar un servicio de emergencia.

Los artículos 1 y 2 de la disposición 3 del 2012 plantean, en línea con el carácter de derecho humano y conforme los lineamientos de la OMS, un mínimo de cien litros por día por persona, y un mínimo de 400 litros por conexión, ósea inmueble de prestación, que presupone cuatro personas por inmueble.

11.2 Calidad

La calidad se implementa a través del art. 58 del referido marco regulatorio,²⁹ el cual define al carácter genérico o amplio del derecho. Dicha disposición debe leerse en relación con el art. 5 inc. d que establece la definición de agua potable. A ello se le suma el art. 12 que implementa los requisitos de la noción de “agua potable” y debe vincularse con el Anexo A que dispone lo relativo a los parámetros de la “Calidad del Agua”.

El art. 58 define al carácter amplio del derecho al disponer que todas las personas, físicas o jurídicas, dentro del área de prestación del servicio, tienen derecho a la prestación del mismo. El artículo 59 precisa que la condición esencial para ser usuario es ser propietario, poseedor, tenedor de un inmueble en condiciones para la prestación del servicio. Si bien el criterio utilizado se puede considerar restrictivo, responde a un criterio práctico de la prestación del servicio y se complementa con los servicios de carácter social.

Asimismo, debe leerse en relación con lo dispuesto en el art. 5 inc. d) que define al concepto de agua potable vinculándolo a su aptitud para “el consumo humano, la higiene personal, el uso doméstico habitual”.

29 Anexo 2 Ley 26.221

Dicha definición se implementa a su vez en el artículo 12 que refiere a nivel de calidad a los requerimientos técnicos establecidos en el Agua Anexo A del marco regulatorio.

11.3 Accesibilidad

a) Física

La Accesibilidad Física se implementa a través del art. 9 del marco regulatorio en sus incisos a), b), c), d), y e). Dentro de los requisitos generales destacamos los siguientes: primero, la cobertura del servicio, que se vincula con la disponibilidad de acuerdo al contrato de concesión y los planes que se aprueben. Segundo, la calidad del agua, según los criterios dispuestos en los anexos A y C. Tercero, se establece la presión de agua como una meta a la que se orienta en 10 m.c.a., aclarando que no implica un valor absoluto, pero que sin embargo “...como en los otros parámetros de calidad, los avances y escalones intermedios hasta el objetivo final no admitirán retrocesos en los planes a ejecutar.” Cuarto se refiere a la continuidad del servicio, que debe asegurar la disponibilidad a durante todo el día. El quinto punto implica el deber de minimizar las interrupciones e informar a los usuarios de ellas, estableciendo cuando sea necesario de medidas de emergencia.

b) Económica

La Accesibilidad económica se ve se implementada por intermedio de los artículos 72 y 74 del marco regulatorio, relativos a la tarifa del servicio y a la composición de los costos, respectivamente. Vinculado a la inclusión de grupos vulnerables por factores económicos el art. 76 del referido marco dispone una “Tarifa social” diferenciada y menor que se regula en particular en el Anexo E. Asimismo el art. 81 aporta a la implementación abordando la cuestión de la situación de atraso en el pago de la tarifa del servicio.

El artículo 72 introduce el criterio del equilibrio económico financiero de las tarifas, y por tal se requiere que estas permitan cubrir los costos operativos, de inversión, impositivos, y financieros. Por su parte el artículo 74 incorpora los principios generales del régimen tarifario, el cual se orienta a cumplir con la universalidad del servicio. Se destacan la uniformidad, y el criterio de uso racional del servicio, el equilibrio entre la oferta y demanda del servicio y la compensación y equilibrio del costo de operación a través de la tarifa percibida de un segmento de usuarios respecto a otros grupos.

El artículo 76 dispone la creación y aplicación de una tarifa social, que posibilite a los sectores de bajos recursos el acceso a los servicios de agua y saneamiento. Su implementación se vincula con las disposiciones del Anexo E.

Debe considerarse el artículo 81 que faculta a la concesionaria al corte o restricción del servicio por falta de pago de la tarifa. El corte se habilita únicamente para el servicio no residencial, mientras que al servicio residencial solo podrá ser pasible de restricción. Se establece el criterio central de la protección de la salud pública, que prohíbe el corte o restricción del servicio tanto hospitales, sanatorios y cárceles. Debe tenerse presente que la restricción tiene un límite establecido por la disposición 3 del 2012.

c) No discriminación

La no discriminación se implementa por medio del art.10 del citado marco regulatorio. Dicho artículo dispone la obligatoriedad de la prestación del servicio, que implica el deber de la concesionaria de “extender, mantener y renovar las redes externas, conectarlas y prestar los servicios de agua potable...” conforme el plexo normativo regulatorio. Debe recordarse que la no discriminación toma el carácter de “trato digno” en el marco de la normativa federal de protección del consumidor en el artículo 8 bis.³⁰

d) Acceso a la información

La implementación del acceso a la información se da a través del art. 27 incs. c), i), k),³¹ y el art.42 inc. d), h), j), v), y), z),³² que se orientan

30 Ley 24.240

31 c) Dar publicidad general e instrumentar formas eficaces de comunicación con suficiente antelación de los planes de expansión de servicios, y del impacto y desarrollo de los mismos en la comunidad. i) Realizar los estudios para predecir el comportamiento de los requerimientos de servicios sanitarios en el mediano y largo plazo, a fin de planificar las obras y acciones necesarias para satisfacerlas. k) Efectuar y publicar consultas y encuestas periódicas para medir el grado de demanda anual de los usuarios y de la comunidad respecto a la ejecución de los planes.

32 d) Dar publicidad general e instrumentar formas eficaces de comunicación con suficiente antelación de los cuadros tarifados aprobados, como asimismo de los deberes y obligaciones de la Concesionaria para con los usuarios de la Concesión. h) Establecer y mantener actualizado un sistema informativo que permita el eficaz ejercicio de la acción de contralor, para lo cual podrá requerir a la Concesionaria toda la información necesaria. j) Establecer los procedimientos de consultas de opinión y de audiencia pública cuando estuviera prevista y reglamentar el funcionamiento de la Comisión Asesora del organismo y de la Sindicatura de Usuarios. v)

a la disponer obligaciones en línea a la producción de la información relevante en cabeza de los organismos de contralor. Específicamente el derecho de acceso a la información se establece en los Arts. 94, 99, 100, 103.

El artículo 94 establece en cabeza de la concesionaria el deber de generar y mantener la información necesaria para la efectiva y eficiente prestación del servicio y su correcto control, como así también ponerlo a disposición de los interesados y en particular de los entes de contralor y la autoridad de aplicación. Se destaca en particular el requisito respecto de la información contable.

Directamente vinculado a ello se encuentra el artículo 99 que dispone el deber de la concesionaria de elaborar informes, los que incluyen un registro y muestreo del servicio prestado, y permiten evaluar si su prestación se realiza de acuerdo a los requisitos de la normativa regulatoria.

El artículo 100 a su turno implementa el informe en particular, que el deber establecido por el artículo 99 le requiere a la concesionaria. Se requiere un informe anual que incluya como mínimo lo necesario para el análisis del informe y estado de calidad en relación con las metas del servicio, los métodos de calidad y de monitoreo, el desempeño frente a emergencias, y las razones por las que no se ha podido cumplir con una meta u objetivo del servicio.

Finalmente consideramos el artículo 103 que establece como deber de la concesionaria la operatividad propia del acceso a la información. Particularmente dispone que es deber de la concesionaria informar a los usuarios de la información elevada a los entes de control conforme los requisitos de los artículos 99 y 100. Asimismo, debe ponerla a disposición de quien la solicite en sus oficinas comerciales. El artículo 103 establece también el deber del ente regulador de hacer pública la información respecto al desempeño del servicio.

e) Ambiental

Proporcionar a la población en general un pronto acceso a la información amplia, adecuada, comprensible y veraz, sobre las modalidades del servicio, el desempeño de la Concesionaria, y toda otra información pertinente acerca de los servicios controlados. y) Efectuar y publicar consultas y encuestas periódicas para medir el grado de satisfacción anual de los usuarios y de la comunidad. z) Realizar anualmente un balance económico social del servicio evaluando los costos y beneficios generados por el mismo para la sociedad en su conjunto y un informe sugiriendo las medidas que a su entender corresponde adoptar en beneficio del interés general.

La dimensión ambiental, dentro del marco regulatorio se implementa por medio de los arts. 119,120,121,122. El artículo 119 dispone la pauta general del respeto a la normativa regulatoria y tendiendo a “coadyudar a la protección de la salud pública, los recursos hídricos y el medio ambiente.” En consecuencia, el artículo 120 dispone el deber de la concesionaria de operar conforme a la regulación vigente respecto a los estándares de emisión de contaminantes. A su vez el artículo 121 establece el requisito de la realización de evaluaciones de impacto ambiental sobre las obras, y considerarán los efectos directos e indirectos tanto de la construcción como de la operación.

Finalmente, el artículo 122 dispone respecto de la contaminación hídrica que la concesionaria se encuentra obligada a cumplir con las regulaciones al respecto emanada de la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable, estableciendo una fuente federal a las regulaciones ambientales aplicables.

Existe una fuerte vinculación material entre ambos derechos, puesto que los costos y servicios ambientales involucrados en uno se relacionan directamente con el otro. Una menor contaminación de aguas implica un recurso en mejores condiciones para su aprovechamiento y satisfacción del derecho de acceso al agua y saneamiento. Mientras que un correcto manejo de los excedentes y efluentes que dichos servicios generan redundará en un impacto diverso y menor en el ecosistema y medio ambiente que contiene el recurso.

12 Asimetrías en la implementación

A nivel normativo se detectan los siguientes puntos que evidencian deficiencias o asimetrías en la implementación.

12.1 A nivel nacional

A nivel de la normativa nacional o federal, el Código Civil y Comercial de la Nación reemplazo en 2015 a dos códigos, el civil y el comercial. En el anteproyecto se incluía una redacción del Art. 241 que incorporaba el derecho humano al agua, sin embargo, como destacan Minaverry y Martínez (2016) dicha incorporación se dejó de lado al ingresar el proyecto al Congreso de la Nación para su debate.³³

33 “Cabe destacar que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial en el art. 241, expresaba que “Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua para fines vitales”.” Minaverry y Martínez (2016)

Destacamos como una segunda asimetría, a nivel de normativa federal, la falta de reglamentación de varias normativas ambientales, y en particular la ley 25.688 de cuencas. Nótese que la falta de reglamentación ha sido notada por el defensor del pueblo de la nación y puesta en conocimiento de las autoridades, requiriéndoles la subsanación y consecuente reglamentación.³⁴

12.2 A nivel del caso

A nivel específico del caso, el artículo 86 dispone el deber de emitir una normativa que reglamente los derechos, obligaciones y procedimientos del usuario. A la fecha de redacción del presente artículo las autoridades competentes no han dictado dicha normativa denominada “Reglamento del Usuario”.

Del texto del artículo 86 surge que la obligación implica para la concesionaria, el deber de presentar una propuesta de Reglamento del usuario, conforme los lineamientos básicos establecidos en el Anexo D. Surge implícitamente de su texto y conforme a la hermenéutica jurídica que le corresponde a la autoridad de aplicación el dictado de la norma en cuestión. Que la falta de su dictado evidenciaría en todo caso una inobservancia de las obligaciones propias, como de las facultades de control.

Esta ausencia de reglamentación puede ser observada a la luz de las disposiciones de la mentada observación general 15. Dicha observación analiza la responsabilidad del Estado por violaciones al Pacto, y se destaca que surge responsabilidad por un incumplimiento el deber de una correcta implementación legislativa a nivel interno del derecho humano al agua. Calificando de incumplimiento por omisión en relación con la ausencia de medidas idóneas que aseguren el efectivo ejercicio del derecho.³⁵ Ello se suma a la remisión que realiza dicha observación general al artículo 2 párrafo 1 del Pacto por el cual los Estados parte se obligan a disponer de “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”, a los fines de cumplir con sus obligaciones conforme el Pacto.³⁶

13 Conclusión

34 Resolución 39/2007 DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION 04-jun-2007

35 OG 15 par. 43

36 Ibid par. 45

En el presente artículo se ofreció un análisis de la implementación del derecho humano al agua en la Argentina. Dicho análisis se llevó a cabo a través de un estudio de caso que involucra diversos niveles normativos que abarcan la pirámide jurídica argentina. Se identificó la fuente jurídica internacional y se estudió el contenido del derecho internacional a implementar. En torno a este punto la codificación y evolución del derecho analizado encuentra un punto de apoyo en el PIDESC, y en jurisprudencia internacional (CIDH). Se identifica, conforme la doctrina internacional, a los siguientes elementos principales del derecho humano al agua para su implementación: la prioridad en la asignación del agua, protección ambiental del recurso hídrico, disponibilidad, calidad, y accesibilidad. Se plantean y articulan los criterios elegidos para realizar el análisis de la implementación. Para ello se destacaron criterios sugeridos por la doctrina internacional para la implementación de derechos humanos en el ámbito nacional. Se destaca la importancia que reviste la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Asimismo, resulta relevante la necesidad de una implementación legislativa en normas positivas. En función de ello, se puntualizó la situación dentro del derecho argentino, respecto a las cuestiones sistémicas que pueden viabilizar o dificultar la implementación y efectivización de derechos con origen internacional. A ello se le adhiere un análisis de profundización indagando el nivel del reconocimiento del derecho humano en el orden interno. Se ofrecen pilares destacados dentro de las fuentes normativa y jurisprudencial. En función de lo cual se evidencia el carácter intradisciplinar de la cuestión, vinculando las distintas materias de la enciclopedia jurídica. Luego se realizó el estudio de la normativa nacional federal y la normativa local aplicable al caso de estudio. Se identificaron las provisiones específicas de la normativa estudiada, y la contribución o función que cumplen aquellas con la implementación, en particular, de cada elemento constitutivo del derecho humano al agua (internacional). Ello conforme la identificación de elementos realizada en un principio. Finalmente, se ofrece la identificación de destacadas asimetrías o deficiencias en la implementación analizada.

Referencias

CRAWFORD, J.; BROWNLIE, I. *Brownlie's Principles of Public International Law*. Oxford: United Kingdom: Oxford University Press, 2012.

DOBOVŠEK, J. Inclusión de los tratados en el derecho argentino. *Aequitas Virtual*, v. 6, n. 18, 2012. Disponible online: https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/1157/1401#_ftn. Visto el 28/01/2019.

DULITZKY, A. Implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sistemas federales. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Republica Argentina. Capítulo I. En: ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C.; BOVINO, A. (Comp). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*. Buenos Aires: CELS, 2006.

GELLI, M. *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. 4 ed. amp. y act., Buenos Aires: La Ley, 2008.

JOURAVLEV, A. *Water utility regulation: issues and options for Latin America and the Caribbean*. ECLAC, 2000. Disponible online: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/31553/S0010870_en.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Visto el 28/01/2019.

JUSTO, J. *El Derecho Humano al Agua y Saneamiento frente a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*, CEPAL, 2013. Disponible online: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Water/ContributionsSustainability/ECLAC7.pdf>. Visto el 28/01/2019

McGRAW, G. *Defining and defending the right to water and its minimum core: legal construction and the role of national jurisprudence* Volume 8, Issue 2 Loyola University Chicago International Law Review, 2011.

MENDIOLA, M. (2009). *La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en naciones unidas*. Disponible online: http://observatoridesc.org/sites/default/files/Marta_Mendiola_-_La_exigibilidad_de_los_DESC_en_NU.pdf. Visto el 28/01/2019.

MINAVERRY, C.; MARTÍNEZ, A. El derecho de acceso al agua para consumo humano en el nuevo código civil y comercial de la nación de argentina; *Revista Actualidad Jurídica Ambiental Centro Internacional de Estudios de Derecho Ambiental (CIEDA CEMAT)* 2016), 2016.

NOGUEIRA Alcalá, H. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, 2009, p. 143-205, 2009.

SOLANES, M. *Common Regulatory Principles and Regulation of Water and Sanitation Services*; IISD, 2009. Disponible online: https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/water_and_sanitation.pdf. Visto el 28/01/2019.

TRAVIESO, J. *Los derechos humanos en la Constitución de la República Argentina: tratados, leyes, doctrina, jurisprudencia*. Buenos Aires: Eudeba, 2000.

HOYOS, Valdés de; ARZATE, Uribe. El derecho humano al agua. una cuestión de interpretación o de reconocimiento. *Cuest. Const.* [online], 2016, n. 34, p. 3-25, 2016.

DIREITOS HUMANOS: DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA À EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

HUMAN RIGHTS: FROM PARTICIPATIVE DEMOCRACY TO THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Liton Lanes Pilau Sobrinho^I 

Leone Frizon^{II} 

Micheli Piucco^{III} 

^I Universidade de Passo Fundo (UPF), Programa de Pós-Graduação em Direito da UPF, Passo Fundo, RS, Brasil e Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIVALI. Doutor em Direito. E-mail: liton@upf.br

^{II} Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, Brasil. Mestrando em Direito. E-mail: leonfrizon@gmail.com

^{III} Universidade de Passo Fundo (UPF), Passo Fundo, RS, Brasil. Mestranda em Direito. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.2898>

Recebido em: 10.12.2018

Aceito em: 15.04.2019

Resumo: O objetivo do presente artigo é tecer considerações acerca da efetivação dos Direitos Fundamentais, através da democracia participativa. Faz-se necessário percorrer as formas de democracia, como a direta, indireta e a participativa, no contexto brasileiro. Assim, para a proteção e guarda dos direitos, se faz necessário que os Direitos Fundamentais tenham eficácia plena. E, somente se atingirá a eficácia dos Direitos Fundamentais, se e somente se a democracia for exercitada, garantindo a participação do cidadão na tomada de decisões do Estado. Desse modo, é através da democracia que o cidadão é inserido no Estado, e a ele é propiciado o direito de se pronunciar. Diante disso, o estudo versará sobre a real eficácia dos Direitos Fundamentais a partir de um ideal de democracia participativa, como forma

Abstract: The aim of this article is to make considerations about the realization of Fundamental Rights, through participatory democracy. It is necessary to go through the forms of democracy, such as direct, indirect and participatory, in the Brazilian context. Thus, for the protection and reservation of rights, it is necessary that Fundamental Rights have full effectiveness. And, only if the effectiveness of the Fundamental Rights will be achieved, if and only if democracy is exercised, guaranteeing the participation of the citizen in the decision making of the State. In this way, it is through democracy that the citizen is inserted in the State, and he is given the right to pronounce. Given this, the study will focus on the real realization of Fundamental Rights from an ideal of participatory democracy, as a necessary



necessária para alcance desta eficácia na prática. Para a construção do presente trabalho utiliza-se o método indutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

way to reach this realization in practice. For the construction of the present work the inductive method and the bibliographic research technique are used.

Palavras-chave: Democracia Direta. Democracia Participativa. Eficácia. Direitos Fundamentais.

Keywords: Direct Democracy. Participatory Democracy. Efficiency. Fundamental Rights.

Sumário: 1 Introdução; 2 Perspectivas acerca da Democracia; 3 Os Direitos Humanos e a importância da participação popular para sua eficácia; Considerações finais; Referências.

1 Introdução

No presente trabalho será apresentado um panorama acerca da efetivação dos direitos fundamentais, sobre o prisma da democracia participativa. Para isso, se faz necessário discorrer sobre os modelos de democracia direta, representativa e participativa. Desse modo, há a possibilidade de avaliar se a democracia é exercitada de forma satisfatória, e se os mecanismos da democracia direta, representativa e participativa são suficientes hodiernamente para efetivação dos direitos fundamentais e, qual entre eles, pode ser reconhecido como o melhor instrumento de garantias.

O conceito de democracia possui várias vertentes. A democracia direta, ou seja, aquela onde efetivamente o povo delibera sobre questões sociais, não há representantes ou intermediários, é do povo o poder de decisão, como último ato volitivo da deliberação. De outra banda, a democracia representativa é o oposto da direta, onde a população, exercitando seu poder de escolha através do voto, elege seus representantes, e esses atuam em prol do coletivo, e devem fazer valer a vontade da sociedade, é, em termos, o cordão umbilical entre eleitores e eleito, esse legitimado pela soberania popular. Na democracia participativa o povo participa de forma ativa nas decisões políticas, ou seja, o povo utiliza instrumentos da democracia direta, mas com mecanismos da democracia semidireta.

Quanto aos direitos fundamentais, são eles frutos das Constituições e de normas de Direito Internacional ratificadas pelos Estados, resguardando um núcleo de garantias para o cidadão, e os protegendo das arbitrariedades estatais. Logo, através do efetivo exercício da democracia e da participação popular nos meios e discussões sociais, os cidadãos possuem o poder de fiscalizar e exarar

sua vontade de consciência, reftreando a atuação estatal e fazendo valer as normas constitucionais de proteção dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são normas essenciais a todos os cidadãos, individualmente e socialmente. Representam valores básicos justificados na própria sociedade e, na necessidade de serem considerados como “normas fundamentais” a todos e, que com o tempo passam pelo processo de positivação, ganham instrumentos para serem garantidos e, posteriormente efetivos. Ocorre que, quanto ao último processo, ele não ocorre. Os direitos fundamentais mesmo sendo garantidos através da positivação, não são eficazes na sociedade e, isso pode ocorrer por diversos motivos, como a forma de democracia utilizada.

Portanto, a eficácia social dos direitos fundamentais é primordial atualmente, mas é necessária a participação dos indivíduos e da sociedade, de forma geral, para que isso ocorra. Assim, através da democracia participativa é permitido ao povo o direito de pronunciar-se sobre decisões onde há discussão sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Para isso, a mudança de modelo democrático de representativo para participativo é essencial, pois permitirá que as pessoas participem e juntas encontrem meios de exigir que seus direitos sejam cumpridos. Além disso, investimentos em cultura e educação são necessários. Com isso, possibilitar-se-á uma verdadeira inclusão dos cidadãos nas decisões estatais e, conseqüentemente, sociais.

2 Perspectivas acerca da Democracia

O conceito de democracia não é estanque, passou por diversas transmutações e está longe de possuir uma concepção estagnada ou hermética. Com o avanço da tecnologia e o aceleração dos fluxos de comunicações, surgiram novas formas de participação da população da tomada de decisões estatais, conseqüentemente, surgiram novas formas de democracia. Logo, da concepção clássica de democracia até as concepções mais modernas, houve inúmeras mutações acerca do próprio conceito de democracia, que interferem demasiadamente nas formas de governo utilizadas pelos países.

Assim, a democracia é considerada como contrária a qualquer forma de governo autocrático, e traz a ideia de um conjunto de pressupostos de regras, que são classificadas em primárias ou

fundamentais, estabelecendo quem está legitimado a decidir, além dos procedimentos a serem observados.¹

Para Bobbio, mesmo em um grupo, com diversos indivíduos, a decisão deve ser calcada em uma base, esta base são as regras e procedimentos estabelecidos, que proporcionam legitimidade nas decisões. A democracia, estabelece que esta decisão a ser tomada é realizada por uma parte dos cidadãos, não de todos eles, mais de um número elevado.² Bobbio considera que ao mencionar-se que ocorreram processo evolutivos da democracia, o que se está querendo referir é que o âmbito de generalização do direito ao voto é alargado, abrangendo mais pessoas, como, por exemplo, a possibilidade de voto às mulheres. Como ponto chave e fundamental para compreensão da democracia, determinando que a regra é a prevalência da decisão da maioria, as decisões coletivas são analisadas, vinculando a todos, mas prevalece a decisão da maior parte dos votantes, independente do objeto em análise.³

Além da necessidade de um número elevado de cidadãos participando de forma direta ou indiretamente das decisões, da existência de regras procedimentais, conforme Bobbio, ainda é necessária uma terceira condição. Esta terceira condição determina que as pessoas legitimadas a decidirem devem possuir mais que uma alternativa de escolha, para que essa seja realmente realizada. Para que isso ocorra, os legitimados a decidirem precisam ter algumas garantias como o direito à liberdade, direito de reunião, liberdade de expressão e de opinião, entre outros. Todas estas regras são por assim dizer consideradas como preliminares estabelecendo os primórdios e o desdobramento do jogo e não propriamente as regras do jogo.⁴

O Estado Liberal demonstra ser pressuposto histórico e jurídico para que se constitua um Estado Democrático. Explica-se o motivo. Em primeiro lugar, são necessárias determinadas liberdades para o exercício da democracia em um Estado, como as já mencionadas, o contrário também é verdadeiro tornando liberalismo e democracia interdependentes, pois a democracia é essencial para que as liberdades

-
- 1 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 18-19.
 - 2 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 18-19.
 - 3 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 18-19.
 - 4 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 20.

sejam usufruídas pelos indivíduos. Para Bobbio, isso pode ser demonstrado a partir do fato que a história mostra, que quando um cai, o outro cai junto.⁵

A informação, disseminada de forma democrática, é ponto de partida para um diálogo aberto com a sociedade. Parte-se do pressuposto de que a informação seja diáfana e precisa, minimizando os riscos de sua inconsistência, destituída de veracidade, e, ainda, podendo conter vícios com o intuito manipulador.

Segundo Silva, apontando os estudos de Habermas “A racionalidade comunicativa aponta para uma prática argumentativa enquanto tribunal da razão que possibilita a resolução de desacordos que não podem ser solucionados pelas rotinas comunicativas do dia a dia.”⁶ Continua asseverando Silva que:

Em termos genéricos, a esfera pública plebiscitário-aclamativa era conceptualizada enquanto área da vida social estruturada e denominada pelos *mass media*, constituindo, portanto, um espaço de conflitos sociais sobre a influência e o controlo da informação caracterizada por uma racionalidade de tipo estratégico, ou seja, um domínio infiltrado pelo poder, contaminado por imperativos sistémicos. Neste contexto, a esfera pública via desaparecer a inocência do seu princípio de publicidade às mãos da manipulação estratégica dos meios de comunicação social. A transparência dava lugar à opacidade.⁷

Rezende Pinto discorre sobre a razão comunicativa para Habermas “O conceito de razão comunicativa de Habermas pressupõe, portanto, uma diferenciação entre os mundos objetivo, social e subjetivo”.⁸ Rezende Pinto continua asseverando que, para Habermas essa diferenciação discrimina o pensamento moderno do místico, e o pensamento moderno assumiriam que as interpretações sociais variam conforme a realidade social e a natural, e, ainda, que as crenças e valores mudam do mundo objetivo e do mundo social.⁹

5 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 20.

6 SILVA, Felipe Carreira da. *Espaço Público em Habermas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002, p. 97.

7 SILVA, Felipe Carreira da. *Espaço público em Habermas*. P. 54.

8 REZENDE PINTO, José M. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar*. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-863X1995000100007>. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 80.

9 REZENDE PINTO, José M. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas:*

Segundo Habermas, a teoria da racionalidade comunicativa estampa uma sinergia entre a fala voltada a compreensão recíproca, com a referência de todos ao único e idêntico mundo prático.¹⁰

Essa racionalidade comunicativa exprime-se na força unificadora da fala orientada ao entendimento mútuo, discurso que assegura aos falantes envolvidos um mundo da vida intersubjetivamente partilhado e, ao mesmo tempo, o horizonte no interior do qual todos podem se referir a um único e mesmo mundo objetivo.¹¹

Segundo Sousa Alves, “aquele que participa de uma argumentação demonstra a sua racionalidade na forma em que age e responde às razões pró ou contra que são apresentadas.”¹² Contudo, é necessária a participação da sociedade nas deliberações públicas de exercício da democracia, exercitando a sua cidadania que provem da soberania do povo. Soberania essa que provem do artigo 1º, I, Constituição Federal¹³, que elenca a soberania como fundamento do Estado Democrático de Direito.

A participação democrática se transmuta em institutos que possibilitem a participação social. Desse modo trazem a sociedade para dentro do Estado. Assim como, é preciso estabelecer uma zona de diálogo comum para que o ente público dialogue com a sociedade e, com isso, possibilite a participação democrática.

Nunca na história brasileira esteve tão presente a necessidade de que haja uma efetiva participação social, exercitando sua democracia. Desse modo, a maior participação da sociedade, atrelada ao alto grau de informações disponíveis, aliadas a racionalidade do discurso social em uma zona de convergência de opiniões, possibilita que a democracia seja efetivamente exercitada, e que haja um controle do poder pelo poder. Assim, há uma fiscalização da sociedade para com seus representantes.

conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 80

10 HABERMANS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 107.

11 HABERMANS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*, p. 107.

12 SOUSA ALVES, Marco A. Racionalidade e argumentação em Habermas. *Revista eletrônica de Direito*. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>. Acesso em: 15 agos. 2018, p. 186.

13 BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 agos. 2018.

A democracia moderna surge como uma forma de representação política, na qual o representante persegue os interesses do povo, não sendo o mandato vinculativo, sendo um mandato livre. O mandato livre iniciou na ideia de soberania do monarca e, posteriormente, foi transferido para o poder Legislativo, poder representante e eleito pelo povo. Para Bobbio, esta ideia de “proibição de mandato imperativo” é violada constantemente, a partir do momento em que os parlamentares representam interesses particulares. E essa violação, não acarreta qualquer sanção, a não ser a de seu partido político, que na maioria das vezes é necessário para uma reeleição e, então, vincula o mandato do parlamentar.¹⁴

Diante do trabalho proposto, faz-se necessário entender os modelos de democracia direta e representativa, para poder fazer o levantamento das hipóteses de solução, segundo Rauschenbach.

O debate entre os que argumentam em favor das instituições representativas e contra os processos de democracia direta é tão velho como a ideia da democracia em si. Platão já pensava que uma república somente pode ser governada pela elite; ele posicionou-se claramente contra o modelo de Atenas, onde todos os cidadãos participavam na tomada de decisões políticas. Vale ressaltar que, naquela época, a categoria do cidadão não incluía mulheres nem escravos. Aristóteles promovia o conceito da constituição mista, que unia elementos monárquicos, aristocráticos e democráticos; ele admitia uma participação parcial da população. Mais tarde, ao referir-se à Revolução Francesa, Edmund Burke alegou que a participação da população levava a uma simplificação excessiva das questões políticas.¹⁵

Para Rauschenbach, a democracia é constituída por vários paradoxos, podendo ser citados dois mais pulsantes. O primeiro paradoxo para o autor é o que: “[...] o estado democrático depende de condições que ele mesmo não pode garantir. Ele não pode interferir no uso da liberdade que oferece, porque, do contrário, ele a obstrui simultaneamente.”¹⁶ E o segundo, é o paradoxo entre o princípio da

14 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 24-25.

15 RAUSCHENBACH, Rolf. *Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática*. Rev. Sociol. Política, v. 22, n. 49, p. 205-230, mar. 2014, p. 208.

16 RAUSCHENBACH, Rolf. *Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática*. P. 209.

democracia e do Estado de direito, “a democracia sem nenhuma limitação pode resultar no fim da liberdade do indivíduo. Por isso, existe o Estado de direito, que protege o indivíduo, mas acaba interferindo na liberdade democrática.”¹⁷

Primeiramente, a democracia direta condiz exatamente com a participação popular em todas as decisões, reconhecido por Bobbio como algo impossível, todos decidirem tudo, sendo que além de impossível também não é desejável.¹⁸ Para Rauschenbach, ainda há no Brasil um problema fundamental em torno da discussão sobre democracia, ao passo que no plano teórico há uma dicotomia no debate sobre a democracia, basicamente, uma polarização entre a visão pessimista e a visão otimista. E no plano empírico, há poucas experiências de efetivo exercício da democracia direta, o que faz com que não se possa avaliar, efetivamente, essas participações em um plano quantitativo, ante a sua escassez.¹⁹

Para Lyra, Bobbio se preocupava “[...] com uma democracia direta que viesse a exigir dos cidadãos a sua “participação em todas as decisões a eles pertinentes”.²⁰ E com, isso Bobbio “[...] temia que se configurasse, senão o “homem total”, de Marx, o “cidadão total” de Rousseau: “a outra face igualmente ameaçadora do Estado total”²¹

A democracia representativa é classificada por serem deliberadas as decisões não por todos os pertencentes ao povo, mesmo que as questões sejam coletivas, que atinjam a todos, mas por pessoas eleitas, ou seja, por representantes desse povo que vota. Nas democracias representativas os partidos políticos são o principal meio de acesso a tomada de decisões de poder, o cidadão vota em um partido e em seu programa de governo e não em uma pessoa. “Este sistema reflete as divisões de classes existentes na sociedade, sobretudo pelo surgimento de partidos de massa e da militância política, com destaque para aqueles ligados às causas operárias.”²²

17 RAUSCHENBACH, Rolf. *Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática*. P. 209.

18 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 42.

19 RAUSCHENBACH, Rolf. *Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática*. P. 209.

20 LYRA, Rubens Pinto. *Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira*. Brasília, ano 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 12.

21 LYRA, Rubens Pinto. *Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira*, p. 13.

22 KIARECZ, Marlon Silvestre. *A crise da democracia representativa no Brasil*.

O incômodo com a existência de muitos partidos talvez reflita uma imagem idealizada da democracia partidária como jogo de poucos competidores, portanto mais previsível. Ora, em todos os países de democracia consolidada a liberdade de competição propicia a apresentação de partidos efêmeros, e candidaturas folclóricas sem com isso pôr em xeque a estabilidade do sistema. O debate político e o voto dos eleitores é que decidem, e geralmente decidem por poucos partidos efetivos.²³

Para Habermas, “[...] o povo, no plano jurídico, continua sendo soberano e, no plano político, para suas decisões, tem à sua disposição no Parlamento uma instituição provida constitucionalmente de todos os poderes desejáveis, visto sob um prisma democrático”.²⁴ Aqui é importante mencionar, que não somente o parlamento seja eleito para que haja uma representatividade de forma democrática em um Estado, a representação pode ocorrer de diversas outras formas.²⁵

Desse modo, a democracia participativa possibilitou outras formas de participação direta do povo nas decisões políticas fundamentais do governo. Assim, com novos mecanismos de participação houve grandes avanços no tocante à inserção dos cidadãos nas decisões políticas estatais. Conforme Miguel “[...] a participação na base não é um substituto à representação política. Ao contrário, entre suas funções está o aprimoramento das instituições representativas”.²⁶ Assim, para Sintomer:

A democracia participativa desenvolveu-se em grande medida no Brasil, e o renascimento da noção de democracia participativa desde os anos 1990 é, ao menos em parte, consequência da difusão do Orçamento Participativo, conhecido mundialmente. Outras dinâmicas são menos conhecidas fora do Brasil, mas são igualmente muito significativas:

Cadernos de Pós-Graduação, Porto Alegre, v. XI, 2016, p. 366.

23 DULCI, Otávio. Os percalços da reforma política. *Teoria e Debate*, n. 62, abr./maio 2005. Disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/2005/05/30/os-percalcos-da-reforma/>. Acesso em: 13 agos. 2018.

24 HABERMAS, Jurgen. Participação Política. In: CARDOSO, F. H. & Martins, C. E. *Política e sociedade*. São Paulo. Nacional. 1983, p. 386.

25 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*, p. 44.

26 MIGUEL, L. Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. *Lua Nova*, São Paulo, 2017, p. 89. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00083.pdf>. Acesso em: 22 agos. 2018.

os conselhos participativos e as conferências sobre temas específicos da ação pública (sobretudo em questões sociais e culturais), do nível local aos níveis estadual e federal; formas de economia solidária; e uma diversidade de outros tipos de interação entre a sociedade e o Estado. O Brasil tornou-se um líder mundial em democracia participativa e é a maior peça em um complexo quebra-cabeças em que a América Latina é a figura central.²⁷

A redemocratização no Brasil caracterizou-se por diminuir a legitimidade das elites estatais, fazendo com que o conflito, que orbitava em torno da participação democrática da sociedade, tomasse um caminho diverso, pelo fato de que houve um grande processo de organização da sociedade civil.²⁸ Desse modo, possibilitando que a sociedade participasse das decisões políticas brasileiras de forma democrática, e sem retirar tolher a representação política partidária.

A participação da sociedade nas decisões estatais é de extrema importância, pelo fato de que possibilita uma aproximação entre sociedade e governo. Onde as decisões governamentais devem ser sempre pautadas pela defesa dos direitos da sociedade, e quando essa participa das decisões ocorre uma maior fidedignidade da tomada de decisões e uma melhor aceitação da sociedade.

Portanto, a democracia representativa, é aquela em que os cidadãos escolhem seus representantes através do sufrágio, e com isso conferem um mandato para que poucos representem muitos, perante a tomada de decisões de poder. Desse modo, o cidadão transfere sua parcela de poder para seus representantes, para que esses tomem as decisões de poder que mais tutelem os direitos da sociedade. Mas, não basta ser representado, o cidadão deve participar ativamente junto aos representantes, através da participação democrática na tomada de decisões do Estado. Somente participando de forma atuante junto ao Estado, o cidadão terá possibilidade de exercitar sua parcela de poder e cooperar para o resguardo de seus direitos, assunto em que será desenvolvido no próximo capítulo.

27 SINTOMER, Yves. Prefácio. In: MARX, Vanessa (org.). *Democracia participativa, sociedade civil e território*. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014, p. 08-09.

28 VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. *FGV. Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jul./set. 2016, p. 713. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v14n3/1679-3951-cebape-14-03-00705.pdf>. Acesso em: 25 agos. 2018.

3 Os Direitos Humanos e a importância da participação popular para sua eficácia

A compreensão do que concernem os direitos humanos é essencial para uma sociedade poder efetivá-los cotidianamente. Para além dessa compreensão, é importante que todos os cidadãos tenham uma participação ativa na vida em sociedade, das discussões, lutas e reivindicações. Para isso, é necessária a existência de uma democracia participativa e, não apenas representativa, de modo que os cidadãos conheçam seus direitos e participem do meio social em que eles se desenvolvem e efetivam. Assim, poderão em sociedade exigir sua eficácia para toda coletividade.

Para Peces-Barba, um dos mais atuais e principais problemas voltados ao tema dos direitos fundamentais está o de sua efetividade, pois as dimensões da vigência e validade demonstram-se na prática insuficientes para que sejam os direitos efetivos em sociedade. Observa-se que a teoria e a prática estão distantes e, a positivação e prática são discrepantes. Para o autor, os direitos fundamentais são considerados como conquistas sociais históricas e surgem no trânsito para a modernidade.²⁹

O autor realiza uma importante diferenciação dos termos direitos humanos e direitos fundamentais e, da razão da utilização de direitos fundamentais ao invés de direitos humanos. Para Peces-Barba quando utiliza-se a expressão “direitos humanos” pode-se estar fazendo referência a uma pretensão moral ou ainda a um direito subjetivo, em que este é protegido por normas do ordenamento jurídico. Além disso, o autor considera que a utilização da expressão direitos humanos é aplicada de forma distinta e, muitas vezes, incompatíveis por comunidades diversas. Assim, a expressão direitos humanos não é a mais adequada a ser utilizada.³⁰

Buscando o termo mais adequado, Peces-Barba ressalta que prefere a utilização do termo direitos fundamentais a termos como direitos humanos, direitos morais, direitos naturais, entre outros. Para o autor, Direitos Fundamentais é uma expressão mais precisa

29 PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*. Con la Colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 113.

30 PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p. 24.

e não ambígua, como a expressão bastante utilizada atualmente, direitos humanos. Além disso, abarca as dimensões que os direitos humanos podem ser referidos, sem que haja qualquer reducionismo.³¹ Considerando os estudos do autor, utilizaremos a expressão por ele entendida como a mais adequada, ou seja, direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais devem partir de uma Pretensão Moral Justificada. Esta justificativa deve advir da dignidade da pessoa humana, em que sejam fundamentados em valores básicos sociais, que se formaram a partir da modernidade. Com a explicação dessa pretensão teremos a questão relativa ao *por que* dos direitos fundamentais, ou seja, a fundamentação teórica de tais direitos. Essa pretensão moral deve ser positivada ou com a possibilidade de sua previsão legal, pois ao não ser positivada, a pretensão não passaria de um direito natural.³²

Além de ser uma pretensão moral justificada e, de estarem previstos no texto legal, os direitos fundamentais devem ser exigíveis de forma igualitária por todos. A perspectiva de norma jurídica exigível é de que os direitos por mais que estejam positivados e declarados, devem ser garantidos, pois haverá momentos em que serão colocados em discussão e, que poderão ser objetos de tentativas para violação dos direitos consagrados. Esses direitos devem possibilitar serem exigíveis pelos indivíduos às autoridades. As garantias são assim, instrumentos para os direitos fundamentais serem exigíveis.³³

Como mais um dos requisitos para se constituir um direito fundamental, está elencada à realidade social favorável ao desenvolvimento dos direitos fundamentais, com as condições adequadas para que os direitos sejam efetivados. Os direitos fundamentais atuam na sociedade, fazem parte da realidade social e, por ela e seus fatores são condicionados, pois nela é que serão aplicados. Um dos fatores principais voltados a inefetividade de tais direitos está relacionado com a desconsideração da realidade social.³⁴ Sem que a sociedade considere

31 PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p. 36-37.

32 PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: teoría general*, p. 109.

33 PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. P. 109.

34 GARCIA, Marcos Leite. A concepção Tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio. *O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali*

tais direitos como “fundamentais” proporcionando a eles sua devida importância, por mais que estejam positivados e garantidos serão inefetivos.

Segundo a concepção Tridimensional dos Direitos Fundamentais, são consideradas três perspectivas axiológicas dos direitos fundamentais, sendo elas a da validade, a da vigência e a da efetividade.³⁵ Essas características são consideradas como as principais e as dimensões dos direitos fundamentais (ética, jurídica e social). Para Garcia, a concepção tridimensional traz o que o autor considera como uma concepção integral fenômeno de tais direitos, e terá grande importância na delimitação das características para elaboração de um conceito dos direitos fundamentais.³⁶

Na perspectiva da dimensão ética, os direitos fundamentais são elencados como pretensões morais justificadas, fundamentadas em valores considerados como básicos. Seus valores principais, considerados como dois pilares de sustentação são o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade. Seus demais pilares de sustentação são compostos pelos direitos de liberdade, solidariedade e pela segurança jurídica.³⁷

Em sua segunda dimensão, a jurídica, a ideia visualizada é de que a norma além de positivada deve possibilitar definir os meios de sua efetivação, ou seja, deve prever de que maneira poderá ser garantida em sociedade. Assim, além de positivados os direitos fundamentais devem ter os instrumentos, as garantias de serem exigíveis e efetivados, não bastando apenas à positivação, mas a positivação, sua garantia e, posteriormente a efetivação dos direitos em sociedade.³⁸

e Perugia. 2016. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/O%20direito%20contempor%C3%A2neo%20e%20di%C3%A1logos%20cient%C3%ADficos%20Univali%20e%20Perugia.pdf>. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 19.

35 GARCIA, Marcos Leite. *A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos*. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 16.

36 GARCIA, Marcos Leite. *A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos*. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 16.

37 GARCIA, Marcos Leite. *A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos*. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 16.

38 GARCIA, Marcos Leite. *A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos*. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 18.

Na Dimensão social ou fática, os direitos fundamentais são visualizados a partir da realidade social como uma condição essencial para que sejam efetivados. Assim, esses direitos somente serão efetivos quando ocorrer à conscientização social da sua importância prática. Segundo Garcia, somente com uma educação que considere os valores de cidadania e, também dos direitos fundamentais é que poderão ser reivindicados os direitos humanos para a idealização de um mundo mais favorável.³⁹ Como ressaltou Bobbio, parte-se do pressuposto que os direitos humanos são desejáveis pela sociedade.⁴⁰ Assim, a relevância que o social concede a esses direitos, fará com que eles sejam efetivados ou não.

Aqui, segundo os estudos realizados, é evidenciada a importância da participação social nas discussões sociais e na busca por suas reivindicações, conforme já elencado pelos autores mencionados. Além das normas internas, os indivíduos também podem estender suas manifestações aos direitos internacionalmente já garantidos e ratificados por seus Estados. Assim, muitos direitos já foram consagrados e não detêm garantias ou mesmo as detendo não possuem eficácia em razão do desconhecimento e, muitas vezes, da falta de exigibilidade dos indivíduos aos seus governantes.

Bobbio ressaltou que o problema dos direitos humanos não está em fundamentá-los, mas sim em garanti-los. Para o autor, o problema ligado ao fundamento não é inexistente, mas foi resolvido com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948. A Declaração Universal representou uma forma de manifestação de valores comuns a toda a sociedade global, gerando um consenso sobre a validade dos direitos e deveres consagrados, após o cometimento de graves atrocidades durante a Segunda Guerra Mundial.⁴¹

O autor elenca três formas de fundar os valores. O primeiro é deduzir esses valores de objetivos considerados como constante. A segunda forma é considerá-los como verdades que são evidenciadas em si mesmas. A terceira e última forma é a descoberta de que são aceitos em determinado período da história. Quanto ao último, percebe-

39 GARCIA, Marcos Leite. *A concepção tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos*. Acesso em: 20 agos. 2018, p. 21.

40 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12.

41 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. P. 16.

se que o valor será mais fundado na proporção em que for aceito. Somente posteriormente a Declaração Universal é que consegue-se perceber que toda a sociedade global possui valores comuns e que são compartilhados.⁴²

Elencando os pensamentos de Bobbio, Peces-Barba e Garcia, pode-se observar que entre eles há um consenso. Esse consenso é de que a efetividade dos direitos fundamentais depende de questões puramente sociais, como a falta de educação e de cultura dos indivíduos, que muitas vezes desconhecem seus direitos, mas em tantas outras vezes não proporcionam aos direitos fundamentais sua devida importância, por não precisarem deles naquele momento como indivíduos. Assim, a percepção é de que a falta participação dos indivíduos em questões sociais é ocasionada por motivos estritamente individuais, em que o indivíduo apenas se preocupa com os direitos fundamentais quando deles precisa. As pessoas não se preocupam com a sociedade, somente consigo próprias.

Deve-se considerar que para que os direitos fundamentais sejam efetivos e a participação social ocorra, as liberdades são elementos básicos. As capacitações pessoais podem ser aumentadas por meio de políticas públicas voltadas a elas e, também são influenciáveis por aspectos essencialmente sociais como o exercício da democracia pela população. Com o melhoramento das potencialidades sociais das pessoas, as liberdades, que também são direitos essenciais, serão chaves para o desenvolvimento de toda a sociedade.⁴³ Nesse desenvolvimento, inclui-se a eficácia dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Sen destaca que a evolução dos sistemas democráticos é essencial ao desenvolvimento. O autor elenca três virtudes para justificar esta conclusão. A primeira é da importância essencial da democracia para a sociedade. A segunda, as contribuições procedimentais e, a última o papel que desenvolve na construção dos valores e também das normas. Deve-se considerar que por mais valiosa que a democracia seja a sociedade, o reconhecimento da necessidade e da importância de seguir passos já estabelecidos e efetivos é necessário para o seu funcionamento. Para isso, além de formas institucionalmente estabelecidas, as regras

42 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. P. 17-18.

43 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 32-33.

do jogo, é necessário que a prática se efetive para que a justiça social ocorra.⁴⁴

Ainda referente aos direitos fundamentais, pode-se perceber que nos Estados periféricos, como o caso do Brasil, a eficácia desses direitos é ainda menor que nos demais. Além disso, os meios de comunicação repassam ideias contrárias ou mesmo desconexas com o tema, sendo que a sociedade reflete as informações, exaltando em diversos momentos expressões vexatórias sobre os defensores dos direitos fundamentais e dos próprios direitos fundamentais que a todos são tão essenciais.⁴⁵

Segundo Garcia a separação dos direitos fundamentais com a realidade vivenciada socialmente é algo impossível. O meio a serem aplicadas tais normas será essencial para sua eficácia ou sua falta de eficácia e, depende de fatores como a conscientização social dos direitos e deveres dos cidadãos, de políticas públicas, de educação e cultura considerando os direitos fundamentais como direitos que são inclusivos.⁴⁶ Para o autor:

A mudança de mentalidade da sociedade é a única possibilidade de arraigar a consciência dos direitos fundamentais como reais valores a serem considerados. Dessa maneira, então algumas características dos direitos fundamentais devem ser amplamente debatidas visando construir uma realidade social mais favorável aos mesmos.⁴⁷

Somente através da cultura e da educação a mentalidade dos cidadãos será modificada em prol dos direitos fundamentais.⁴⁸ Assim, através de políticas públicas voltadas as questões da essencialidade dos direitos fundamentais a todos, independente da necessidade momentânea por eles, da mudança de consciência desenvolvida e impulsionada por uma educação de qualidade e desenvolvimento cultural dos cidadãos é que a médio e em longo prazo os direitos humanos terão alcançado

44 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. P. 185-187.

45 GARCIA. Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. *Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 197.

46 GARCIA. Marcos Leite. *Efetividade dos Direitos Fundamentais*: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. 2008, p. 201-202.

47 GARCIA. Marcos Leite. *Efetividade dos Direitos Fundamentais*: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. 2008, p. 204.

48 GARCIA. Marcos Leite. *Efetividade dos Direitos Fundamentais*: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. 2008, p. 204.

o posto a que são propostos, ou seja, de direitos em sua literalidade fundamentais e essenciais a todos os cidadãos a nível mundial.

Para a real eficácia dos direitos fundamentais, considerando normas internas e normas internacionais ratificadas, além do exercício de uma democracia participativa, compreendendo a participação em sociedade de todos os indivíduos é que os direitos que são pilares da dignidade da pessoa humana e, assim, primordiais a todos terão a devida importância e eficácia nos Estados.

Considerações finais

A democracia do modo em que está sendo utilizada pelos cidadãos, como os brasileiros, demonstra a ineficácia da consagração dos direitos fundamentais na sociedade. Os cidadãos votam e ao elegerem seus representantes (democracia representativa), acreditam que a eles é que compete toda a sua representação em sociedade, o que acarreta que os eleitores se manifestem somente nas eleições e esqueçam que vivem em uma sociedade com diversas complexidades, com violações dos seus direitos diariamente.

Calcado em pensamentos de que a violação não está ocorrendo com o ser individual, naquele momento, a sociedade demonstra a sua despreocupação com o que ocorre com seus demais membros pelo simples fato de estar fechada em seu individualismo, e isso pode ser percebido não somente internamente entre indivíduos do mesmo Estado, mas principalmente com as atrocidades que estão sendo cometidas pelos Estados e, pelos próprios cidadãos nacionais contra migrantes e refugiados.

Diante disso, pode-se perceber que a questão que envolve esses direitos e a falta de busca social por eles está ligada estritamente com a eficácia e importância social que a elas é proporcionada ou não proporcionada. Conforme mencionado, vigência e validade das normas são insuficientes. Mesmo considerando os direitos fundamentais como construções sociais (devem ser justificados moralmente, positivados, com instrumentos para serem garantidos e, o último serem efetivos), serem realidades sociais eles não completam suas garantias de eficácia exatamente por faltar o social na sua exigibilidade e garantia de importância.

Questões como a possibilidade de capacitações dos indivíduos são essenciais para que eles participem das discussões e reivindicações

sociais, que são proporções que perpassam a forma democrática. Para isso, os investimentos em educação e cultura de qualidade são extremamente importantes. Nesse aspecto, políticas públicas voltadas a essas questões são necessárias e devem ser realizadas de forma imediata, pois seu resultado não será a um curto espaço de tempo.

Quanto à democracia participativa, essa traz a ideia de que as pessoas devem participar ativamente em sociedade, fazendo com que fiquem mais sensíveis aos problemas sociais. Assim, ao estarem diante dos problemas, que não necessariamente sejam os seus, mas que estão em seu entorno, ficam mais preocupadas com a mudança social, com a consagração e efetivação dos direitos fundamentais nas sociedades locais e mundiais.

Por isso a ideia aqui desenvolvida envolvendo as questões de efetivação dos direitos fundamentais e a forma de democracia participativa. Com o desenvolvimento da democracia participativa, com a efetiva participação social de questões a elas inerentes, com a construção de um ideal de cooperação entre indivíduos, os direitos fundamentais também serão pautas sociais e, serão reivindicações exigíveis por todos e, dessa forma, terão sua eficácia social. Para além da democracia participativa, também é necessário o desenvolvimento e a busca pelo desenvolvimento das capacitações dos indivíduos, com uma construção cultural e uma educação de qualidade.

Referências

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 agos. 2018.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DULCI, Otávio. Os percalços da reforma política. *Teoria e Debate*, n. 62, abr./maio 2005, disponível em: <https://teoriaedebate.org.br/2005/05/30/os-percalcos-da-reforma/>. Acesso em: 13 agos. 2018.

GARCIA, Marcos Leite. A concepção Tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. *In: O Direito contemporâneo e diálogos científicos Univali e Perugia*. Organizadores: CRUZ, Paulo Márcio; BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio. 2016. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/O%20direito%20contempor%C3%A2neo%20e%20di%C3%A1logos%20cient%C3%ADficos%20Univali%20e%20Perugia.pdf>. Acesso em: 20 agos. 2018.

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direitos Fundamentais: notas a partir da visão integral do conceito segundo Gregorio Peces-Barba. *In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. Reflexões da pós-modernidade: Estado, Direito e Constituição*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HABERMAS, Jürgen. Participação Política. *In: CARDOSO, F. H. & Martins, C. E. Política e sociedade*. São Paulo. Nacional. 1983.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos*. Trad. Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A crise da democracia representativa no Brasil. *Cadernos de Pós-Graduação*, Porto Alegre, v. 11, 2016.

LYRA, Rubens Pinto. *Teorias clássicas sobre a democracia direta e a experiência brasileira*. Brasília, ano 35, n. 140 out./dez. 1998.

MIGUEL, L. Felipe. Resgatar a participação: democracia participativa e representação política no debate contemporâneo. *Lua Nova*, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n100/1807-0175-ln-100-00083.pdf>. Acesso em: 22 agos. 2018.

PECES-BARBA, Gregório. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Con la Colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

RAUSCHENBACH, Rolf. Processos de democracia direta: sim ou não? Os argumentos clássicos à luz da teoria e da prática. *Rev. Sociol. Política*, v. 22, n. 49, p. 205-230, mar. 2014.

REZENDE PINTO, José M. *A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação*

à administração escolar. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-863X1995000100007>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SINTOMER, Yves. Prefácio. In: *Democracia participativa, sociedade civil e território*. Org. Vanessa Marx. Porto Alegre: UFRGS/CEGOV, 2014.

SILVA, Felipe Carreira da. *Espaço público em Habermas*. Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2002.

SOUSA ALVES, Marco A. Racionalidade e argumentação em Habermas. *Revista eletrônica de Direito*, São Paulo. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/RevistasEletronicas/Kinesis/Artigo13.M.Souza.pdf>. Acesso em: 15 de agos. 2018.

VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. *FGV. Cad. EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, jul./set. 2016, p. 713. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cebape/v14n3/1679-3951-cebape-14-03-00705.pdf>. Acesso em: 25 agos. 2018.

POR UMA DESCRIÇÃO DA JUSTIÇA EM LUHMANN

FOR A DESCRIPTION OF JUSTICE IN LUHMANN

Fernando Rister de Sousa Lima^I 

Orlando Villas Bôas Filho^{II} 

^I Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Filosofia do Direito e do Estado. E-mail: fernando.lima@mackenzie.br

^{II} Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM) São Paulo, SP, Brasil. Doutor em Direito. E-mail: ovsbf@usp.br

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v14i33.3055>

Recebido em: 08.04.2019

Aceito em: 15.04.2019

Resumo: O propósito deste artigo é descrever a justiça enquanto fórmula de contingência, tal como proposta pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Para tanto, em um primeiro momento, será necessário apontar a especificidade que o autor atribui à abordagem do direito para, em seguida, sublinhar aspectos essenciais de sua visão acerca da justiça. A pesquisa bibliográfica é o recurso metodológico utilizado para reunir o referencial teórico essencial ao deslinde da problemática, guiada pela ideia de que o direito opera com base no código binário lícito/ilícito e a justiça do sistema jurídico é a fórmula de contingência, cuja finalidade é fornecer consistência e adequação social às decisões jurídicas. Como conclusão, pode-se, primeiramente, afirmar que decisão justa é aquela tomada obrigatoriamente sob o manto da fórmula de contingência, ou seja, com consistência e adequação.

Abstract: The purpose of this article is to describe justice as a formula of contingency, as proposed by the german sociologist Niklas Luhmann. For such, in a first moment, it will be necessary to point out the specificity that the author attributes to the approach of the law to, in turn, underline essential aspects of mis vision of justice. The bibliographic research is the methodological resource used to assemble the essential theoretical referential to the solution of the problem, guided by the idea that the law operates based on the binary code licit/ilicit and the justice of the law system is the formula of contingency, which goal is to provide consistency and social adequacy to law decisions. As a conclusion, one can, at first, claim that a fair decision is the one which is mandatorily taken under the scope of the formula of contingency, that is, with consistency and adequacy.

Palavras-chave: Justiça. Consistência. Adequação.

Keywords: Justice. Consistency. Adequacy.

Sumário: 1 Introdução; 2 Premissas epistemológicas da justiça sistêmica; 3 A fórmula de contingência como consistência interna e adequação social; 3.1 Justiça não axiológica; 3.2 Justiça autorreferente ao direito; 3.3 Justiça cognitivamente aberta; 4 Conclusão; Referências.



1 Introdução

No primeiro dia de aula do primeiro semestre da disciplina Teoria Geral do Direito – ou sob a nomenclatura Introdução ao Estudo do Direito (IED)¹ –, o professor pergunta aos alunos por que escolheram cursar a Faculdade de Direito. A resposta, quase sempre, gira em torno da busca por justiça ou outro valor que materialize este sentimento. Ademais, o vernáculo corrente no cotidiano forense diz respeito à justiça ou à injustiça de determinada decisão. Estudar o ideário justiça² permanece atual.³ Além do mais, o desenvolvimento econômico do

- 1 Algumas instituições recentemente adotaram a nomenclatura “Teoria Geral do Direito” como a Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (FDIR-UPM), outras “Teoria do Direito” e boa parte ainda conserva as tradicionais “Introdução ao Estudo do Direito” ou “Introdução à Ciência do Direito”.
- 2 Na temática justiça, encontram-se as mais diversas posições sobre o tema, seja no plano da Teoria do Direito, da Filosofia ou mesmo da Sociologia Jurídica. Entre tantos, convém mencionar Hans Kelsen, que se debruçou sobre o assunto de forma exauriente, possui diversos trabalhos. Para o mestre de Viena, a justiça absoluta não é cognoscível pela razão humana. Sendo, pois, o ideal de justiça algo subjetivo, chega-se à beira da irracionalidade. Ao presente, ressaltam-se livros já traduzidos para a língua portuguesa: *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *O problema da justiça*. 3. ed. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998; *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Ao contrário, por sua vez, John Rawls, valor a justiça, colocando-a como condição da manutenção das leis. Significa dizer: leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas quando são injustas. Porém, ressalta ser uma injustiça tolerável se for crucial para evitar injustiça maior. (*Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997). Sobre a justiça, ver p. 7, da qual se transcreve o seguinte trecho: “Para nós o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.”.
- 4 DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 3. ed., reformulado. São Paulo: Saraiva, 2006.
- 3 Nesse ambiente social, a função do direito, num leviano resumo, ao longo da história, tem-se centrado em educar, sanar e punir. O aplicador da norma constrói uma decisão com intuito de educar o infrator, a pena deve ser suficiente, e não mais do que isso, para ensiná-lo a não mais repetir a conduta, segundo clássica conquista iluminista. O Estado obriga o causador do ilícito a indenizar o dano, assim oferece à vítima uma restauração ao estado anterior à lesão. Ora, é preciso punir o agente delituoso, substituindo o particular que o faria pela justiça privada, como uma prestação de contas sociais. As regras foram desrespeitadas, é preciso vingar o Estado e a sociedade. Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. A cura di Raffaele De Giorgi. Milano: Mulino, 1990. p. 315. Ver ainda, ora sob o foco das decisões judiciais, mas também num enfoque histórico, WAMBIER,

homem e do Estado alterou por completo o contexto social e, com ele, a ideia do justo.⁴ O direito positivo não vem mais fundamentado em valores imutáveis; pelo contrário, a constante alternância do seu conteúdo passa a legitimá-lo.⁵ Essa alteração paradigmática interfere demasiadamente no processo de decisão legal. Não se pode limitar as interpretações normativas, mas sim a possibilidade decisional das controvérsias jurídicas, em todos os âmbitos.⁶

O objeto desta pesquisa é justamente identificar e descrever a justiça realizada pelo direito. Para desenvolver a pesquisa, utilizar-se-ão conceitos extraídos da teoria dos sistemas, de autoria do sociólogo alemão Niklas Luhmann, em razão de a teoria ter buscado fornecer subsídios de consistência às decisões judiciais, mediante o autocontrole do subsistema do direito. Superou-se a tese do jusnaturalismo e, ainda, evitou-se o risco de reducionismo da decisão a mero ato decisório sem compromisso com a função do sistema jurídico.⁷ Este avanço em relação aos positivistas e a desqualificação daqueles (jusnaturalistas) talvez tenha sido responsável pela sua classificação como neopositivista, com a ressalva de que os luhmannianos não aceitam tal rótulo.

Da fórmula de contingência, extraiu-se qualquer atuação cunhada sob valores ideais para simplesmente não adentrar os campos da virtude e dos princípios. A matriz luhmanniana da justiça, portanto, destoa por completo da alusão ao direito natural por não acreditar que a própria natureza seja justa, ao menos compreensível a olhos nus, daí

Teresa Arruda Alvim. Brevíssima retrospectiva histórica, para desembocar no “Estado de direito”, no direito codificado e na tripartição das funções dos poderes (O princípio da legalidade e a Necessidade de Motivação das Decisões). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.13-98. Identifica-se, ainda, na Revolução Francesa – sob a falsa ideologia de fraternidade, igualdade e liberdade – àqueles em serviço aos interesses da burguesia. Sobre a revolução francesa, consultar: DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*, p. 163-175.

4 Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*, p. 315-316.

5 Ibidem, p. 319.

6 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 141-142.

7 CAMPILONGO, Celso. *Governo representativo “versus” governo dos juizes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico*. Belém: UFPA, 1998. p. 56; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 281.

não existir obrigatoriamente uma relação entre o justo e o natural.⁸ Por isso, em vez de presunções sobre a natureza, criam-se suposições de autoespecificações como conclusão circular. As fórmulas de contingências, vistas de todos os subsistemas, referem-se à diferença entre indeterminado e determinado. O caminho para observar o inobservável é substituir uma diferença por unidade, uma vez que as diversas possibilidades comunicativas (contingência) também fazem parte do subsistema do direito.⁹ A decisão jurídica, na ótica da teoria sistêmica, é uma norma que representa um critério de solução.

2 Premissas epistemológicas da justiça sistêmica

A justiça do direito é sempre contingente (i): não há que se falar em justiça mediante conquista de valores outrora concebidos como imutáveis. A mudança de sentido nas operações jurídicas é sempre possível na sociedade complexa. A multiplicidade de escolhas sociais prepondera. A operação de seletividade dos sistemas parciais escolhe os valores que sua comunicação pontuará.¹⁰ A função do direito (ii) é a manutenção das expectativas normativas ao longo do tempo, combatendo as desilusões.¹¹ O sistema jurídico não aceitará o seu não cumprimento como certo e continuará a lutar pela sua efetivação. Manter-se-á, no ambiente social, a expectativa de serem cumpridos os valores escolhidos pelo próprio sistema.

8 LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. [trad. esp.] *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. p. 280-281.

9 Ibidem, p. 282.

10 Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*, p. 348: “Che cosa possa essere la giustizia nella società moderna, non è possibile stabilirlo in guisa dell’interpretazione di una norma o di un valore, ad esempio, mediante esegese del concetto di eguaglianza, ma può risultare solo dall’accordo con altre variabili che determinano il sistema giuridico in dipendenza da determinate condizioni ambientali. Constatazione sulla giustizia dipendono, quindi, anche dal fatto che per il sistema giuridico possano essere operazionalizzate asserzione sulla varietà, l’interdipendenza o la generalizzazione.”.

11 VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARA, Maria Constança Peres; FABRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). *Direito e filosofia: a Justiça na história da filosofia*, p. 143-144.

A complexidade do ambiente social (iii), cuja pressão é cada vez maior, exige prestações que o subsistema do direito não pode cumprir. Transformar, então, essa elevada complexidade de modo a torná-la adequada ao sistema é missão da justiça como fórmula de contingência¹², isto para o sistema de decisão corresponder melhor ao seu ambiente. O sistema jurídico precisará transformar a complexidade social em comunicação jurídica para, a partir daí, levá-la à decisão. Somente assim, poder-se-á ter uma decisão adequada.¹³ O subsistema do direito absorve, pois, a complexidade e a reduz à comunicação jurídica, que, na sequência, propicia a emissão da decisão. Cada sistema parcial tem a sua própria comunicação e exclusivamente por ela agirá: o subsistema da economia comunicar-se-á pela comunicação dinheiro/não dinheiro, o mesmo valendo para outros subsistemas. Não há de se falar em outra justiça que não aquela ligada à comunicação do sistema jurídico.¹⁴

3 A fórmula de contingência como consistência interna e adequação social

A partir de sua teoria dos sistemas, Niklas Luhmann considera que a justiça, no contexto da sociedade moderna funcionalmente diferenciada¹⁵, realizar-se-ia por meio de “fórmula de contingência”

12 Cf. LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*, p. 348-349: “1) Un sistema di decisione corrisponde meglio al suo ambiente nella misura in cui può rappresentare al suo interno complessità esterna e portarla a decisione, vale a dire, può decidere adeguatamente. Ciò richiede una ricostruzione non solo della grandezza e della varietà dell’ambiente, ma anche delle interdipendenze dell’ambiente nel sistema. Una tale comprensione delle interdipendenze esterne, tuttavia, incontra presto difficoltà che, allo stato attuale a quello prevedibile per il futuro della tecnica della decisione, sono considerate insuperabili. Ogni sistema di decisione, perciò, retrocede su criteri e procedimenti di riduzione della complessità.”

13 Ibidem, p. 321.

14 Ibidem, p. 370.

15 Acerca da diferenciação funcional que, na teoria de Luhmann, caracteriza a sociedade moderna, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Différentiation fonctionnelle*. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010. p. 144-148. Cabe notar que a perspectiva de Luhmann se dirige à sociedade moderna e, sobretudo, ocidental. Sua concepção acerca da justiça é, portanto, direcionada ao Ocidente moderno, motivo pelo qual é preciso ter cautela para não aplicá-la indiscriminadamente. A respeito, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO,

(*Kontingenzformel*) do sistema jurídico, cuja finalidade seria justamente fornecer controles de consistência e de adequação às decisões jurídicas.¹⁶ Trata-se de uma forma de autocontrole do subsistema jurídico que, por um lado, não é identificável com a natureza, pois isso seria inaceitável em função da fundamentação metafísica que implicaria, mas, por outro, não se reduz à simples decisão que conduziria ao decisionismo. Essa forma de autocontrole, proporcionada justamente pelo conceito de justiça, implica que, no cumprimento dessa função, seja reelaborada.¹⁷ Note-se, entretanto, que a descrição da justiça como fórmula de contingência consiste na perspectiva de uma observação externa, ou seja, sociológica, nos termos indicados anteriormente. No interior do sistema jurídico, porém, a justiça remanesce, segundo Luhmann, como ideia, valor ou princípio.¹⁸

3.1 Justiça não axiológica

A justiça, diferente do que tradicionalmente ocorre no âmbito das teorias que a ela se referem, deixa de apresentar qualquer conotação valorativa prévia, passando a ser apenas símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas, o que a torna estreitamente relacionada à função de estabilização de expectativas normativas desenvolvida pelo direito.¹⁹ Não se trata, portanto, de norma superior (*Übernorm*) colocada para além do subsistema jurídico, a partir da qual

Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio (Coord.). *Sociologia do direito: teoria e práxis*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 337-366.

- 16 Note-se que, a esse respeito, a terminologia de Luhmann não é precisa, uma vez que esse autor utiliza “fórmula de consistência” e “fórmula de contingência” no mesmo sentido. Segundo Jean Clam, “l’usage de cette terminologie n’est pas très précis dans la théorie du droit luhmannienne. Il y a un flottement dans la caractérisation de la justice comme formule de consistance ou de contingence (alors que la distinction est clairement établie pour l’économie). Ainsi dans *RdG* [*Das Recht der Gesellschaft*] le chapitre consacré à la justice est intitulé ‘la formule de contingence: Justice’ (*Kontingenzformel Gerechtigkeit*), alors que dans *RS* [*Rechtssoziologie*], il ne parle que de formule de consistance [...]” (*Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 225, nota 1).
- 17 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. p. 218 [trad. esp.] *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005. p. 280; [trad. ingl.] *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 213-214.
- 18 Ibidem, 2005, p. 280.
- 19 Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 207.

seria possível avaliá-lo criticamente.²⁰ Luhmann critica vivamente essa axiologização e essa eticização da justiça por considerar que, uma vez transformada em valor, esta mesma justiça perde sua íntima ligação com o direito e a função por ele exercida.²¹ De modo semelhante ao que ocorre na análise weberiana acerca do processo de racionalização interna do direito, vista em termos de sua progressiva desmaterialização, também em Luhmann, como corolário da autorreferencialidade dos subsistemas funcionais, há uma desintegração das condições de possibilidade de referência a uma instância substancial suprema, o que faz com que a justiça deixe de ser uma grandeza absoluta que serve à aferição do grau de perfectibilidade do direito positivo para tornar-se o modo pelo qual o direito exerce o seu autocontrole.²²

3.2 *Justiça autorreferente ao direito*

Como dito, na perspectiva da teoria dos sistemas, a justiça não pode ser concebida como valor transcendente, mas sim como fórmula de contingência que se liga estreitamente à própria consecução da função do subsistema jurídico e que, ademais, situa-se no seu interior

20 Luhmann critica concepções que ele considera atreladas ao paradigma do direito natural, tais como a de Manuel Atienza, que partiriam da premissa de que a pressuposição de uma ordem superior (o direito natural) seria a única forma de fundamentação crítica em relação ao direito positivo. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 220 (trad. ingl., p. 215; trad. esp., p. 281). Acerca do perfil crítico-avaliativo das teorias do direito natural, ver, por exemplo: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995. p. 26. A esse respeito, Gunther Teubner ressalta que a própria historização da justiça teria levado ao abandono de demandas filosóficas por uma universalidade temporal e espacial. Assim, segundo ele, nas condições contemporâneas de fragmentação social, concepções aristotélicas ou kantianas do que é uma sociedade justa teriam perdido plausibilidade (Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? *The Modern Law Review*. 72 (1), p. 1-23, 2009. p. 2, 5).

21 Cf. LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. p. 377 (trad. it., p. 319); CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 208.

22 Segundo Jean Clam, “la crise des conceptions ‘perfectionnistes’ [...] arrive, pour Luhmann, avec la transition vers la modernité [...]”. (*Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 215, 221). A respeito, Marcelo Neves ressalta que “torna-se irrelevante para Luhmann uma teoria da justiça como critério exterior ou superior ao direito positivo” (*Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84).

e não para além dele.²³ Portanto, conforme ressalta Marcelo Neves, “a justiça só pode ser considerada, conseqüentemente, a partir do interior do sistema jurídico, seja como adequada complexidade (justiça externa) ou como consistência das decisões (justiça interna)”²⁴. Conforme se verá adiante, trata-se de uma abordagem da justiça que, dissociada de uma conotação valorativa suprema, concebe-a articulada ao redor da questão da complexidade adequada do sistema jurídico e da consistência de suas decisões.²⁵

Percebe-se, desse modo, que Luhmann desenvolve um conceito de justiça compatível com a pressuposição de autorreferência dos subsistemas autopoieticos que compõem o sistema social, o que não ocorre com as teorias tradicionais da justiça, as quais, como regra, procuram um fundamento axiológico superior para a crítica do direito positivo. A postulação de um valor superior e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico, afetaria a sua autorreferência, além de não servir aos propósitos funcionais que lhe são ínsitos, pois a pressuposição de valores últimos – como o de uma justiça absoluta – aparta a autorreferência desses mesmos valores dos subsistemas funcionais. Isso significa que a pressuposição de uma ordem superior de valores cria um bloqueio à contingência justamente porque os valores absolutos (justiça, verdade etc.), ao refletirem a si mesmos, fornecem um fundamento último que não se submete à contingência, colocando-se, em razão disso, para além das funções desempenhadas pelos subsistemas sociais.²⁶

23 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218-219 (trad. ingl. p. 214; trad. esp., p. 279-280); LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 387 e ss.

24 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*, p. 84.

25 Cf. VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann, p. 129-150; GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 120-126.

26 Segundo Jean Clam, “la perfection fait fonction de mécanisme de blocage de la contingence en fondant des ordres autosubstitutifs, dont la réflexivité n’est cependant pas fonctionnelle. [...] La caractéristique des ordres axiologiques traditionnels est qu’ils ont à leur fondement des valeurs dernières qui se réfléchissent en elles-mêmes en s’appliquant chacune sa propre valeur. Ainsi la justice est juste et la vérité vraie, etc. En faisant référence à elles-mêmes, elles permettent à l’ordre propre d’arrêter tout renvoi à un ordre aliène et lui fournissent un fondement dernier non soumis à la contingence. [...] Son autoréférence se distingue cependant de l’autoréférence systémique par le fait qu’elle n’est pas fonctionnelle” (*Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 212-213). Complementarmente a

Contrariamente, enquanto fórmula de contingência, a justiça não visa medir o grau de perfectibilidade do subsistema jurídico, mas permitir a generalização congruente das expectativas normativas. Decorre daí a sua ligação indissociável com a consecução da função desse subsistema, que se realiza sob a forma de símbolo, não absoluto, mas intrassistêmico, de determinação da congruência generalizada das expectativas normativas.²⁷ É nesse sentido que Luhmann define a justiça mediante distinções, afirmando que ela é autorreferencial não como operação, mas como observação que se remete não para o nível do código do subsistema jurídico, mas para a posição dos programas condicionais. Quando a justiça se materializa não como teoria, mas como norma, passível de frustração em quanto tal, tem-se como consequência a possibilidade de existirem ordenamentos jurídicos injustos (ou dotados de maior ou menor grau de justiça), sem que, com isso, seja possível afirmar que a autoapoiese operativa desse subsistema, ou do seu código, possa ser justa.²⁸

3.3 *Justiça cognitivamente aberta*

Ao definir a justiça em termos de fórmula de contingência, Luhmann passa a atribuir-lhe a tarefa de garantir o controle da complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente²⁹. Ao sobrecarregar o subsistema jurídico com demandas que ele não pode cumprir, cria-se

isso, Marcelo Neves enfatiza que a referência a valores pretensamente universais acarretaria a imobilidade do sistema jurídico, bloqueando sua tarefa seletiva, de modo a gerar efeitos disfuncionais (*Entre Têmis e Leviatã*, p. 85).

27 Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 207-208.

28 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 218 (trad. ingl., p. 214; trad. esp., p. 279). Para uma análise dos programas na teoria de Luhmann, ver: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010. p. 431-434.

29 O termo alemão *Umwelt*, em português, pode ser traduzido como *entorno* ou como *ambiente*. Nas edições de língua inglesa, o termo aparece como *environment* e nas francesas como *environnement*. Nas traduções de língua espanhola, tal termo costuma ser traduzido como *entorno*. No Brasil, atualmente, a tendência tem sido traduzir o termo *Umwelt* como “ambiente”. Em minhas publicações mais antigas, costumava utilizar o termo “entorno” que, ademais, aparece também, embora circunstancialmente, em publicações de Celso Campilongo e de Marcelo Neves. Atualmente, tenho optado por utilizar o termo “ambiente”.

um grau de complexidade, a ser devidamente reduzido, sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento cognitivo.³⁰ Por esse motivo, Luhmann concebe a justiça como “complexidade adequada”³¹, que expressa a dimensão externa da justiça. Entretanto, a justiça também apresenta uma dimensão interna, que se expressa na consistência das decisões. Luhmann sintetiza sua concepção da justiça afirmando que ela se expressaria na complexidade adequada na tomada de decisões consistentes.³²

Ora, as fórmulas de contingência, entre as quais se insere a justiça, visam justamente fornecer um ponto ótimo que lhe permita lidar com o grau de complexidade que é imposto pelo ambiente, sem que isso importe comprometimento da consistência do sistema.³³ Tanto é assim que Jean Clam, aludindo ao papel desempenhado na teoria dos sistemas, ressalta que a justiça deve servir como mecanismo capaz de conjugar, de um lado, a salvaguarda contrafactual dos consensos normativos que asseguram a congruência das expectativas sociais e, de outro, a abertura cognitiva do direito em relação ao afluxo de complexidade proveniente de outros subsistemas sociais.³⁴ Isso significa que a justiça enquanto

30 Em Niklas Luhmann, a justiça só pode ser considerada a partir do interior do subsistema jurídico, seja em termos de complexidade adequada (justiça externa), seja em termos de consistência das decisões (justiça interna), o que remete, respectivamente, para a abertura cognitiva desse subsistema e para a sua capacidade de conexão da reprodução normativa autopoietica (*Entre Têmis e Leviatã*, p. 84).

31 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

32 Ibidem, p. 225; TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? *The Modern Law Review*. 72(1), 2009. p. 8.

33 Referindo-se aos subsistemas sociais, Jean Clam ressalta que “tous ces systèmes se laissent réguler par des ‘formules de contrôle’ ou ‘de consistance’ – souvent complémentaires de ‘formules de contingence’”. Ces grandeurs ne sont pas seulement axiologiquement neutralisantes (puisqu’elles font ‘abstraction’ des valeurs qui entrent en jeu dans leurs fomules, mais elles sont elles-mêmes neutres, comme produits de relationnements seconds et de négociation des valeurs neutralisées” (*Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 224-225). Cumpre observar que Niklas Luhmann compara a justiça com outras fórmulas de contingência de outros subsistemas funcionais. Assim, indica a escassez como fórmula de contingência da economia, a legitimidade como fórmula de contingência da política, a limitação, via negação, como fórmula de contingência da ciência e a ideia de um Deus único como fórmula de contingência na religião.

34 Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 221. Em sentido análogo, Marcelo Neves ressalta que se trata “por um lado (externamente), de abertura cognitiva adequada ao ambiente, capacidade de aprendizagem e reciclagem em face deste; por outro (internamente), da capacidade

fórmula de contingência visa compensar os efeitos decorrentes do fechamento operacional do subsistema do direito, que faz com que este perca um contato direto com seu ambiente. Trata-se de mecanismo interno ao próprio direito, que lhe permite dar respostas consistentes às irritações provenientes de seu ambiente.³⁵ Por essa razão, Gunther Teubner afirma que, enquanto fórmula de contingência, a justiça refere-se à relação do direito com o seu ambiente, sendo, portanto, a “complexidade adequada do sistema jurídico, a melhor consistência interna possível diante das exigências do ambiente extremamente divergentes”³⁶.

4 Conclusão

A justiça não pode ser vista como um terceiro valor ao lado daqueles que compõem o esquema binário do código do subsistema jurídico porque isso afetaria a sua estabilidade.³⁷ Enquanto observação

de conexão da reprodução normativa autopoietica” (*Entre Têmis e Leviatã*, p. 84).

35 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl., p. 218; trad. esp., p. 285).

36 TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes *et al.* Piracicaba: Ed. da Unimep, 2005. p. 71.

37 Cf. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 215 (trad. ingl., p. 212; trad. esp., p. 277). Tal como ocorre com outros termos utilizados por Niklas Luhmann, *Recht* e *Unrecht* (que veiculam os dois valores constantes no código do direito) são de difícil tradução. Javier Torres Nafarrate, tradutor para o espanhol do livro *O direito da sociedade [Das recht der gesellschaft]* optou por traduzi-los como direito (*Recht*) e não direito (*Unrecht*). Os tradutores franceses, em geral, traduzem *Recht/Unrecht* por *légal/illégal*. Também as traduções inglesas – como é o caso de *Law as a social system* – comumente traduzem o binômio *Recht/Unrecht* por *legal/illegal*. Ademais, conforme assinala Pierre Guibentif, a problemática terminológica que envolve os termos *Recht* e *Unrecht* não é exclusiva das demais línguas. No próprio alemão haveria ambiguidades semânticas relacionadas a tais termos, que trariam uma carga moral. Segundo esse autor, “l’opposition *Recht/Unrecht* connote ainsi, bien plus que l’idée technique d’une opposition entre ce qui est conforme et ce qui est contraire au droit (ce qui d’ailleurs serait désigné en allemand de manière univoque par l’adverbe *widerrechtlich*, courant dans le langage juridique), l’opposition entre le tort et la raison. Niklas Luhmann reconnaît d’ailleurs lui-même, à un moment donné, le caractère ‘moralement chargé de la terminologie’. Mais il ne renonce pas pour autant aux termes *Recht/Unrecht*, considérant pouvoir imposer un sens tout à fait indépendant de toute référence morale” (Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre (Coord.). *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993. p. 44-45). Para uma análise da carga moral dessa terminologia, ver LUHMANN, Niklas. *The coding of the legal system*, p. 149. No Brasil, Marcelo Neves e Celso Campilongo traduzem

de caráter normativo e dirigida aos programas condicionais, a justiça se coloca mais propriamente no plano daquilo que Luhmann denomina “observação de segunda ordem”, funcionando como autodescrição ou como representação da unidade do direito, o que faz com que, enquanto tal, seja “canonizada” de modo a tornar-se irrefutável dentro desse subsistema.³⁸ Como espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si não é um programa condicional, consiste apenas em um esquema para obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas condicionais.³⁹

No que concerne à questão da consistência, Luhmann ressalta que, em sua forma mais geral, a justiça, enquanto fórmula de contingência, foi tradicionalmente, e ainda hoje continua a sê-lo, identificada com a igualdade que, por sua vez, expressa um elemento formal que consigna todos os conceitos de justiça, não obstante signifique apenas regularidade e consistência. Assim sendo, a igualdade, tal como ocorre com todas as fórmulas de contingência, é vista como princípio que se autolegitima.⁴⁰ Considerada nesses termos, a justiça deixa de ser concebida como afirmação relativa à essência ou natureza do direito, um princípio fundador da validade jurídica ou um valor que fizesse o direito parecer algo digno de preferência.⁴¹ A justiça, enquanto fórmula de contingência, é tradicionalmente associada à igualdade, consistindo no tratamento igualitário e sólido dos casos jurídicos, o que, em última instância, expressa a própria estrutura do programa condicional ao qual se volta: “dado o fato ‘x’, ‘y’ é legal”. Ou seja, tal como já ressaltava Luhmann em seu livro *Rechtssoziologie*, a justiça tornar-se-

Recht por lícito e *Unrecht* por ilícito. Em meu livro, intitulado *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*, seguindo a opção sugerida por Javier Torres Nafarrate, utilizei os termos direito/não direito como tradução do binômio *Recht/Unrecht*. Posteriormente, sobretudo em livros como *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro* e também *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade* na obra de Niklas Luhmann, optei pela tradução lícito/ilícito.

38 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 219 (trad. ingl., p. 214-215; trad. esp., p. 280).

39 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223; 232-233 (trad. ingl., p. 218, 224-225; trad. esp., p. 285, 294).

40 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 222 (trad. ingl., p. 217; trad. esp., p. 283-284); LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, p. 410 (trad. it., p. 354).

41 Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 223 (trad. ingl., p. 218; trad. esp., p. 284-285).

ia a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência.⁴² Isso significa que, na sociedade moderna, o que se pode reputar como direito justo é a aplicação universal de critérios para a decisão, sem que haja a consideração das pessoas implicadas.⁴³ Ora, isso quer dizer que a igualdade passa a funcionar, no âmbito do subsistema do direito, como postulado regulador da congruência jurídica. Tal como enfatiza Jean Clam, os efeitos da generalização pela igualdade revelam uma racionalidade sistêmica que, por meio da validação universal fornecida pelo princípio da igualdade, provoca uma restrição das possibilidades decisórias do direito (*rétrécissement des voies de la décision juridique*), que corresponde a uma redução de complexidade.⁴⁴ Nesse sentido, o princípio da igualdade, com o qual tradicionalmente se associa a justiça, passa a ser um princípio de racionalização do direito, justamente porque, ao exigir a inclusão de todas as pessoas concernidas, permite que se generalize a validade desse subsistema, instalando limitações estruturais que inserem as decisões jurídicas em esquemas binários exclusivos, os quais, por sua vez, favorecem a emergência e a imposição da comunicação jurídica fundada na dicotomia direito (igual)/não direito (desigual).⁴⁵ É por essa razão que Luhmann pode afirmar que a

42 Cf. LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. [trad. port.]: *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. v. I, v. II, p. 284. (trad. port. v. 2, p. 87).

43 A esse respeito, Niklas Luhmann enfatiza que “não se trata mais da igualdade em termos de desempenho no bem e no mal (baseada na reciprocidade ou na retaliação), mas da igualdade na aplicação de premissas específicas da decisão, apesar da mudança de outras circunstâncias no contexto dos papéis (agora já ‘irrelevantes’)”. Com isso, abdicar-se-ia da equidade concreta da compensação implícita na interação individual. Igualdade perante a lei passa a significar: especificação e aplicação universal de critérios para a decisão “sem consideração da pessoa” (*Rechtssoziologie*, p. 284, trad. port. v. 2, p. 86-87).

44 Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 209.

45 Evidentemente que se está aqui bem distante de uma concepção normativa da justiça como equidade, tal como a que é proposta, por exemplo, por John Rawls (*Uma teoria da justiça*, p. 3-56). Essa oposição é muito bem analisada, ainda que em termos mais abrangentes e não centrados na problemática do conceito de justiça, por Jürgen Habermas, nas duas primeiras seções do capítulo II do livro *Direito de democracia (Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 65-94. Vale notar ainda que a posição de Luhmann também não se confunde com o princípio do *right to equal concern and respect* proposto por Ronald Dworkin que, baseando-se em grande medida na teoria da justiça de Rawls, também ostenta uma clara dimensão normativa (*Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São

igualdade contribui para a obtenção de consistência interna, por parte do direito.⁴⁶

Numa sociedade altamente complexa, entretanto, para se proporcionar justiça é preciso adaptar a complexidade social à comunicação sistêmica, vale dizer, é preciso moldar a complexidade externa ao sistema jurídico para, conseqüentemente, produzir comunicação adequada.⁴⁷

A propósito, a complexidade adequada é produzida à medida que a redução da comunicação social ao código binário lícito/ilícito torna possível um decidir consistente.⁴⁸ A positivação do direito proporcionou ao sistema jurídico diferenciação em nível de decisão que produz comunicação jurídica. O sistema jurídico é constituído pelas decisões em uma única comunicação, cuja reiteração rende a sua autonomia.⁴⁹ Essa exposição conceitual serve para afirmar que o sistema jurídico transforma outras comunicações em comunicações jurídicas, as quais, na cadeia comunicativa, emitirão outras comunicações, contudo sempre jurídicas, reduzindo, por conseguinte, a complexidade mediante código binário próprio: lícito/ilícito. Este processo é a justiça possível de ser proporcionada pelo sistema do direito.

Em pormenores, o sistema do direito está imerso na sociedade. A sociedade, por sua vez, abriga outros subsistemas que emitem suas próprias comunicações. À medida que o sistema parcial do direito é chamado a ofertar prestações a outros sistemas – como por exemplo, quando um contrato não é respeitado –, ele recebe a comunicação do ambiente e a transforma em comunicação jurídica e, como em um processo reflexivo, reduz a complexidade do litígio mediante a emissão de uma comunicação jurídica. A emissão de nova comunicação não garante, por si só, a obediência à decisão emitida. O sistema jurídico pode – e não é pouca coisa, vale dizer –, por meio de outras comunicações da

Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 279-282; 419-427). A respeito, Gunther Teubner ressalta que Rawls e Habermas conceberiam a justiça sem um fundamento histórico e social. Suas ideias estariam, portanto, presas à antiga tradição semântica europeia que definia os componentes básicos da justiça como a reciprocidade universal, o consenso e a racionalidade (Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? *The Modern Law Review*. 72(1), 2009, p. 3).

46 Cf. CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*, p. 211.

47 *Ibidem*, p. 333-334.

48 *Ibidem*, p. 344.

49 *Ibidem*, p. 346.

mesma natureza, fazer com que a expectativa normativa seja mantida ao longo do tempo. Significa afirmar que a justiça proporcionada pelo direito é também voltada à transformação de outras comunicações e, quando necessário, à comunicação jurídica.⁵⁰ Contudo, apenas a consistência interna das decisões jurídicas não é suficiente para que sejam consideradas justas; mais do que isso, é necessário que tenham adequação social, ou seja, complexidade adequada.⁵¹

Gunther Teubner sublinha que a justiça como fórmula de contingência ultrapassa explicitamente a consistência interna; ela não é concebida como imanente ao direito, mas como transcendente a ele. Assim, para que haja justiça é necessário que a consistência interna se articule para ter capacidade de dar resposta adequada às demandas plurais advindas do ambiente. Essa é a dupla exigência a ser adimplida para que se possa falar de justiça como fórmula de contingência. Por esse motivo, aliás, Teubner sublinha o caráter subversivo da própria justiça. A justiça, na concepção deste autor, figuraria como uma força interna ao direito que o subverte. A justiça apareceria como um processo idiossincrático por meio do qual a auto-observação do direito interrompe, bloqueia e sabota a recursividade rotinizada das operações legais, permitindo ao direito transcender a si próprio.⁵² É por essa razão que a justiça emerge como um paradoxo que, como observa Marcelo Neves, nunca é superado. Ou seja, trata-se de um paradoxo que pode ser processado e solucionado em casos concretos, mas nunca superado plenamente, pois sua superação implicaria o fim do direito como sistema

50 Sobre a função do direito na sociedade, ver CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann*: la contingence des normes, p. 347: “La funzione specifica del diritto nella società – in altro luogo l’averlo caratterizzata come generalizzazione congruente di aspettative di comportamento – si lascia esprimere soltanto nella forma di requisiti ulteriori di compatibilità e adattabilità. Con la possibilità di precisare questi requisiti e di farli valere come funzione sociale contro la pressione ambientale altrimenti specificata, al giurista è data la chance di affermare socialmente e politicamente la sua autonomia.”

51 Isso implica que o sistema jurídico reconstrua em si a complexidade do ambiente. Para tanto, o sistema precisa reduzir complexidade e o faz a partir de um alto grau de indiferença. Cf. LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*, p. 225 (trad. ingl., p. 219; trad. esp., p. 287).

52 Cf. TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice: contingency or transcendence formula of law? *The Modern Law Review*. 72(1), 2009, p. 8-13. Infelizmente, não há como analisar no contexto deste artigo a proposta de Teubner que, conjugando a perspectiva de Luhmann com as de Derrida e Levinas, analisa a justiça em termos de uma fórmula de transcendência.

social autônomo.⁵³ A justiça, portanto, afigura-se como “experiência do impossível”⁵⁴, o que a torna sempre algo fugidio em relação à busca que se expressa sempre como um tatear.⁵⁵

O direito não possui uma varinha de condão para o seu aplicador determinar o desaparecimento da situação ilícita. Ele não pode fazer isso. Não tem superpoderes. Entretanto, por vezes, o coro social pleiteia o contrário, mas sempre em vão. A modernidade oferece outra ideia sobre sua função. O ofício do direito, segundo o sociólogo alemão Niklas Luhmann, é garantir as expectativas normativas ao longo do tempo. A sociedade continuará a acreditar na efetivação das normas. As comunicações jurídicas garantirão que as expectativas sejam mantidas.

O direito atua no plano da expectativa: continuar-se-á a acreditar na preservação dos valores contemplados pelas normas. Não é pouca coisa, como afirma Campilongo.⁵⁶ Nesse aspecto, justiça, para Luhmann, é fórmula-contingência, cujo mister é dar consistência às decisões do sistema jurídico, por meio da redução da complexidade social do ambiente. Daí resulta que as decisões serão sempre binárias, *in casu*: lícito/ilícito. O fato de a justiça “possível de ser prestada” não saciar a vontade social não altera a realidade. Não há como cobrar dos operadores do direito (advogados, juízes e promotores) outra atitude, ao menos na atualidade. No momento histórico em que vivemos,

53 Marcelo Neves ressalta que “a relação entre justiça interna e externa é paradoxal. Não se pode imaginar um equilíbrio perfeito entre consistência jurídica e adequação social do direito [...]. Nesses termos, a justiça constitui um paradoxo [...] é sempre algo que falta, implicando a busca permanente do equilíbrio entre consistência jurídica e adequação social das decisões jurídicas. Esse paradoxo pode ser processado e solucionado nos casos concretos, mas ele nunca é superado plenamente, pois é condição da própria existência do direito diferenciado funcionalmente” (*Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 225-226).

54 Jacques Derrida afirma que “a justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça” (*Força de lei*. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 30). Vale lembrar que a mobilização do pensamento de Derrida é feita tanto por Teubner como por Neves.

55 Alain Supiot destaca justamente essa “recherche toujours tâtonnante de la justice» (*Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Seuil, 2005. p. 233).

56 CAMPILONGO, Celso. *Governo representativo “versus” governo dos juízes: a “autopoiese” dos sistemas político e jurídico*, p. 58; LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*, p. 280.

só o direito pode fazer com que a sociedade continue a acreditar na sua efetivação, mediante reiteraões comunicativas binárias, representadas pelo código: lícito/ilícito. Em suas operações, o direito opera sempre fechado; quer dizer, com base na binariedade suprarreferida.

Do exposto, extrai-se que a solução esperada pela sociedade depende muito mais dela do que propriamente do direito, cujo contexto social é apenas uma parte do ambiente social, no qual estamos inseridos. Para solucionar tais situações, a bem da verdade, é preciso que se proceda a uma alteração dos valores sociais, cuja comunicação também virá do interior do direito, simplesmente porque não se pode acreditar que uma parte (o direito) alterará o todo (a sociedade). O direito provém da sociedade e não o contrário.

Referências

ALCOVER, Pilar Giménez. *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*. Barcelona: Bosch, 1993.

ARNAUD, André-Jean. *Critique de la raison juridique*. 1. Où va la sociologie du droit? Paris: LGDJ, 1981.

ARNAUD, André-Jean. La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: éléments d'une démystification. *Droit et Société*, Paris, v. 2, p. 139-141, 1986.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Tradução de Wanda de Lemos Capeller e Luciano Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

ARNAUD, André-Jean. *Jean Carbonnier*. Un juriste dans la cité. Paris: LGDJ, 2012.

ARNAUD, André-Jean; FARÍÑAS DULCE, María José. *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*. Bruxelles: Bruylant, 1998.

ARON, Raymond; FOUCAULT, Michel. *Dialogue*. Paris: Nouvelles Éditions Lignes, 2007.

ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia*. Barcelona. Ariel, 2012.

BERTHELOT, Jean-Michel. *La construction de la sociologie*. 6e édition. Paris: PUF, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Governo representativo “versus” governo dos juízes: A “autopoiese” dos sistemas político e jurídico*. Belém: UFPA, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. “Aos que não vêem que não vêem aquilo que não vêem”. In: Raffaele, De Giorgi. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 11-26.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Interpretação do direito e movimentos sociais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CAPELLER, Wanda. De que lugar falamos? Retomando um velho papo sobre o Direito e a Sociologia. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, p. 10-25, jan. 2015.

CAPELLER, Wanda. *Relire Giddens*. Entre sociologie et politique. Paris: LGDJ, 2011.

CARBONNIER, Jean. *Flexible droit*. Pour une sociologie du droit sans rigueur. 10e édition. Paris: L.G.D.J, 2001.

CARBONNIER, Jean. *Sociologie juridique*. 2e édition. Paris: PUF, 2008.

CLAM, Jean. *Droit et société chez Niklas Luhmann: la contingence des normes*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

CLAM, Jean; PERRIN, Jean-François. Le modèle de Janus de la sociologie du droit. *Droit et Société*, Paris, v. 1, p. 95-110, 1985.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

CORTEN, Olivier. Éléments de définition pour une sociologie politique du droit. *Droit et Société*, Paris, v. 39, p. 347-370, 1998.

DE CICCIO, Claudio. *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*. 3. ed. Reformulado. Final. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE GIORGI, Raffaele. Introduzione all'edizione italiana. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *La differenziazione del diritto*. Milano: Società editrice il Mulino, 1990.

DE GIORGI, Raffaele. *Scienza del diritto e legittimazione*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DELPEUCH, Thierry; DUMOULIN, Laurence; GALEMBERT, Claire de. *Sociologie du droit et de la justice*. Paris: Armand Colin, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELMAUER, Douglas. Direito global e responsividade: uma abordagem crítico-sistêmica do direito em face dos novos desafios da sociedade mundial. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, São Paulo, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 132-149, jul.-dez. 2015.

ELMAUER, Douglas. *O direito na teoria crítica dos sistemas: da justiça autossubversiva à crítica imanente do direito*. 2015. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-08042016-163250/>. Acesso em: 12 ago. 2016.

FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1995.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FISCHER-LESCANO, Andreas. La théorie des systèmes comme théorie critique. *Droit et société*, Paris, v. 76, n. 3, p. 645-665, 2010.

GONÇALVES, Guilherme Leite. *Direito entre certeza e incerteza: horizontes críticos para a teoria dos sistemas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Guilherme Leite. Pós-colonialismo e teoria dos sistemas. Notas para uma agenda de pesquisa. In: BACHUR, João Paulo; DUTRA, Roberto (Coord.). *Dossiê Niklas Luhmann*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2013, p. 249-277.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUIBENTIF, Pierre. *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*. Paris: LGDJ, 2010.

GUIBENTIF, Pierre. Introduction. In: ARNAUD, André-Jean; GUIBENTIF, Pierre (Coord.). *Niklas Luhmann: observateur du droit*. Paris: LGDJ, 1993, p. 11-49.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais)

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1984. (Coleção Stvdivm – Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais.)

KELSEN, Hans. *A ilusão da justiça*. Trad. Sérgio Tellardi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Problema da justiça*. 3. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAVAL, Christian. *L'ambition sociologique*. Paris: Gallimard, 2012.

RABAULT, Hugues. Théorie des systèmes: vers une théorie fonctionnaliste du droit. *Droit et société*, Paris, v. 86, n. 1, p. 209-226, 2014.

RABAULT, Hugues. La réalité comme artefact : le constructivisme sociologique de Niklas Luhmann. *Droit et société*, Paris, v. 89, n. 1, p. 207-218, 2015.

SOUSA LIMA, Fernando Rister de. *Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

LUHMANN, Niklas. *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*. A cura di Alberto Febbrajo. Bolonha: Mulino, 1974.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia del diritto*. A cura di Alberto Febbrajo. Roma: Laterza, 1977.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. 1. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. v. 2. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999. [trad. it.: *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. Il Mulino, 1990.]

LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. A cura di Raffaella De Giorgi. Milano: Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali*. Traduzione Alberto Febbrajo; Reinhardt Schmidt. Bolonha: Mulino, 1990.

LUHMANN, Niklas. The autopoiesis of social systems. In: LUHMANN, Niklas (Org.). *Essays on self-reference*. New York: Columbia University Press, 1990. p. 1-21.

LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural coupling: the differentiation of the legal system. *Cardozo Law Review*, n. 5, v. 13, p. 1.419-1.441, march 1992.

LUHMANN, Niklas. La observación sociológica del derecho. *Crítica Jurídica*. n. 12. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 1993.

LUHMANN, Niklas. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*. A cura di Alberto Febbrajo. Milano: Giuffré, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Versão espanhola Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero Americana, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Edição e tradução Josetxo Beriain; José María García Blanco. Madri: Editorial Trotta, 1998.

LUHMANN, Niklas. Quod omnes tangit: remarks on Jürgen Habermas legal theory. Trad. Mike Robert Horenstein. In: ROSENFELD, M.; ARATO, A. (Ed.). *Habermas on law and democracy: critical exchanges*. Berkeley: University of California Press, 1998. p. 157-172.

LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. *Droit et Société*, n. 47, p. 15-73, 2001.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Nafarrate Torres. México: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993. [trad. esp.: *El derecho de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana, 2005; trad. ingl.: *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004].

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. 4. Auflage. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008. [trad. port.: *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983 e 1985. v. I, v. II].

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. 11. ed. Milano: Franco Angeli, 2003.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de direito a partir e para além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

RABAULT, Hugues. *Un monde sans réalité? En compagnie de Niklas Luhmann: épistémologie, politique et droit*. Québec: Presses de l'Université de Laval, 2012.

RABAULT, Hugues. La politique comme sémantique. *Droit et société*, vol. 80, n. 1, p. 213-224, 2012.

RABAULT, Hugues. Théorie des systèmes : vers une théorie fonctionnaliste du droit. *Droit et société*, v. 86, n. 1, p. 209-226, 2014.

RABAULT, Hugues. La réalité comme artefact : le constructivisme sociologique de Niklas Luhmann. *Droit et société*, v. 89, n. 1, p. 207-218, 2015.

ROULAND, Norbert. *Anthropologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1988.

ROULAND, Norbert. *L'Anthropologie juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

SERVERIN, Évelyne. *Sociologie du droit*. Paris: La Découverte, 2000.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*. Essai sur la fonction anthropologique du Droit. Paris: Seuil, 2005.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engracia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontexturalidade*. Tradução de Rodrigo Octávio Broglia Mendes *et al.* Piracicaba: Ed. da Unimep, 2005.

TEUBNER, Gunther. Économie du don et positivité de la justice: la paranoïa réciproque de Jacques Derrida et Niklas Luhmann. *Droit et société*. Vol. 65, n. 1, p. 105-122, 2007.

- TEUBNER, Gunther. Self-subversive justice : contingency or transcendence formula of law? *The Modern Law Review*, London, 72(1), p. 1-23. 2009.
- TREVES, Renato. Un inedit de Kelsen concernant ses sources kantianes. *Droit et Societé*, n. 7, p. 327-332, 1997.
- TROPER, Michel. *La philosophie du droit*. 2e. édition. Paris: PUF, 2008.
- VANDERLINDEN, Jacques. *Anthropologie juridique*. Paris: Dalloz, 1996.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Da ilusão à fórmula de contingência: a justiça em Hans Kelsen e Niklas Luhmann. In: PISSARRA, Maria Constança Peres; FABBRINI, Ricardo Nascimento (Coord.). *Direito e filosofia: a noção de justiça na história da filosofia*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 129-150.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *Teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Communication. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010. p. 69-72.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Différentiation fonctionnelle. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010. p. 144-148.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Programmes. In: ARNAUD, André-Jean (Dir.). *Dictionnaire de la globalisation*. Droit, science politique, sciences sociales. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2010. p. 431-434.
- VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A historicidade da dogmática jurídica: uma abordagem a partir da *Begriffsgeschichte* de Reinhart Koselleck. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA E COSTA, Carlos Eduardo Batalha da; BARBOSA, Samuel Rodrigues (Org.). *Nas fronteiras do formalismo: a função social da dogmática jurídica hoje*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27-61.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A sociologia do direito: o contraste entre a obra de Émile Durkheim e a de Niklas Luhmann. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 105, p. 561-593, jan./dez. 2010.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Ancient Law: um clássico revisitado 150 anos depois. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. 105, p. 533-566, jan./dez. 2011/2012.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. Uma teoria sociológica da justiça: Niklas Luhmann e a justiça como fórmula de contingência. *Revista da Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 387-408, jan./dez. 2013.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e a judicialização enfocadas a partir da “sociologia política do direito” de Jacques Commaille. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, São Paulo, ABraSD, v. 2, n. 2, p. 56-75, jul.-dez. 2015.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. O direito de qual sociedade? Os limites da descrição sociológica de Niklas Luhmann acerca do direito a partir da crítica antropológica. In: FEBBRAJO, Alberto; SOUSA LIMA, Fernando Rister; PUGLIESI, Márcio (Coord.). *Sociologia do direito: teoria e práxis*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 337-366.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Controle das decisões judiciais por de recursos de estrito direito e de ação rescisória*. Brevíssima retrospectiva histórica para desembocar no Estado de Direito, no direito codificado e na tripartição das funções dos poderes (O princípio da legalidade e a necessidade de motivação das decisões). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.